

PANORAMA GENERAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

Jorge WITKER V.*

SUMARIO: *Introducción. I. Solución de controversias en el GATT. II. Solución de controversias en el Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos (ALC). III. Solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).*

INTRODUCCIÓN

Es por todos conocido que las cortes judiciales son el foro común para resolver controversias. Sin embargo, en las últimas décadas, en las controversias que surgen dentro del contexto de las relaciones económicas internacionales, las partes en conflicto prefieren que aquéllas se arreglen fuera de las cortes. Debido a esta circunstancia, en muchos casos el juicio es sustituido por los “métodos alternativos de solución de controversias”.¹

Las razones que sustentan esta preferencia son múltiples y variadas, entre ellas encontramos la flexibilidad, la confidencialidad y la rapidez del procedimiento, así como también la neutralidad y experiencia de un tercero que puede intervenir en él.

No obstante, los métodos alternativos de solución de controversias no eliminan de modo definitivo el juicio, pues aunque las partes resuelvan ciertos temas por un método alternativo, posteriormente pueden necesitar el apoyo de una corte para ejecutar la decisión resultante de ese método.

* Este artículo contó con el apoyo de la maestra Fanni Goñi, a quien agradezco su colaboración.

1 Behrens, Peter, “Alternative Methods of Dispute Settlement in International Economic Relations”, en *Adjudication of International Trade Disputes in International and National Economic Law*, PUPIL, Volume 7, University Press Fribourg Switzerland, 1992, p. 3.

El gran mérito de los métodos alternativos es el de poseer mecanismos que buscan y evitan los efectos de ruptura que el juicio suele acarrear.²

Existen una gran variedad de procedimientos alternativos de solución de controversias contemplados en los sistemas legales nacionales, el derecho internacional, las organizaciones internacionales, y en la práctica y los usos del comercio internacional; sin embargo, podemos resumirlos en un grupo de "modelos"

Los métodos existentes dentro del derecho internacional contemporáneo pueden clasificarse en diplomáticos, adjudicativos y los de las instituciones internacionales.³

Los procedimientos diplomáticos buscan la solución a través de un acuerdo entre las partes. Éstos son: la negociación, los buenos oficios, la investigación, la mediación y la conciliación.

Los procedimientos adjudicativos buscan la solución mediante la intervención de un tercero. Éstos son: el arbitraje y la solución judicial.

Los procedimientos existentes en las instituciones internacionales son diplomáticos o adjudicativos, pero con algunas características propias.

Otra clasificación de los métodos de solución de controversias se hace atendiendo a su naturaleza: en políticos y jurídicos.⁴ Entre los primeros tenemos a la negociación, los buenos oficios, la mediación, y la conciliación. Entre los segundos se hallan el arbitraje y la decisión judicial.

Por lo que podemos concluir que los métodos más empleados para arreglar controversias fuera de las cortes, de acuerdo con su formalidad, son la consulta, la negociación, los buenos oficios, la investigación, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Estos métodos son aplicables a toda clase de controversias. El método indicado dependerá de las características particulares de cada una. Se puede emplear uno solo, o varios de ellos, ya sea de manera sucesiva o en forma simultánea.

Los métodos de arreglo mencionados pueden aplicarse a las controversias entre los Estados y también a las controversias entre las partes privadas.

La consulta tiene como principal función la de prevenir el surgimiento de una controversia.⁵ La consulta es empleada de manera fre-

2 *Ibidem*.

3 Murty, B. S., "Solución de controversias", en *Manual de derecho internacional*, Editado por Max Sorensen, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 628.

4 Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, 16a. ed., México, Porrúa, 1991, p. 391.

5 Behrens, p. 14; Leir, Michael R., "The Canada-U.S. Free Trade Agreement: New Directions in Dispute Settlement", *American Society of International Law. Proceedings of the 83rd Annual Meeting*, Chicago, April 5-8, 1989, p. 253.

cuenta en las relaciones económicas internacionales. Suele recurrirse a ella antes de entrar en negociaciones más formales. Ella está prevista y es obligatoria en varios acuerdos.⁶

La consulta también se emplea en transacciones económicas internacionales entre partes privadas. Así, algunos contratos contemplan una cláusula que establece encuentros periódicos entre las partes para analizar la marcha de la relación contractual.

La negociación es el arreglo directo entre las partes a través de las vías diplomáticas comunes, es decir, de Estado a Estado.

Las negociaciones son un requisito previo para recurrir a otros métodos de solución de controversias.

En la negociación se busca una solución que satisfaga a ambas partes; implica un beneficio común que las partes alcanzan mediante la cooperación en vez de la confrontación.⁷

Los buenos oficios. Cuando las partes en controversia no pueden resolver ésta directamente entre ellas, un tercero puede ofrecer sus buenos oficios para evitar que se agrave la situación y para persuadirlas de aceptar un método pacífico de solución de controversia. En la práctica, con los buenos oficios normalmente se trata de alentar a las partes a reanudar negociaciones. El tercero que realiza sus buenos oficios puede ser una persona o una comisión y siempre debe ser aceptado por todas las partes en conflicto.

La investigación. Debido a que una controversia frecuentemente conlleva un desacuerdo sobre un asunto de hecho, las partes pueden reducir su disputa mediante la aclaración de los mismos, encargando la investigación de los hechos a un tercero. Por eso, la investigación suele ocurrir después de que las negociaciones directas han sido exhaustivas y antes que las partes recurran a métodos más formales de arreglo. El tercero que investiga puede ser una persona o una comisión.

En la mediación interviene un tercero en forma activa en el proceso de arreglo, sugiriendo soluciones a las partes. El mediador puede actuar a solicitud de las partes o un tercero puede ofrecerse como tal, pero siempre deberá contar con el consentimiento de ellas.

La mediación puede cubrir asuntos de hecho, así como puntos de derecho, o ir más allá, conduciendo a las partes hacia un acuerdo e incluso garantizar su ejecución y continua observancia.

6 La consulta es obligatoria en los artículos XXII y XXIII del GATT.

7 Behrens, p. 16.

En la conciliación, el tercero realiza una investigación de los hechos, la que va definir los términos de la solución. Este tercero trata de “conciliar” las diferencias entre las partes.

La conciliación se diferencia de la investigación en que busca los términos para un arreglo aceptable por las partes. Difiere del arbitraje en la no obligatoriedad de las propuestas de arreglo. La diferencia con la mediación consiste en su función de búsqueda de hechos.⁸

En el arbitraje, las partes en controversia someten su diferencia a un tercero o tribunal especialmente constituido para ese fin, quien resuelve de acuerdo con las normas que ellas especifican (usualmente normas de derecho) y cuya decisión es aceptada como definitiva por los contendientes.

La característica principal del arbitraje es que conlleva un resultado legalmente obligatorio para las partes en controversia. Asimismo, cuando las partes se someten a él, ninguna puede unilateralmente abandonar el procedimiento.

Las partes expresan su consentimiento de someterse a arbitraje a través del “acuerdo arbitral”, el cual puede darse antes o después de que surja una controversia. El arbitraje comprende la investigación de hechos así como la resolución de cuestiones de derecho.

El resultado del arbitraje es un laudo arbitral vinculante para las partes en controversia que no admite recurso alguno, salvo por causas excepcionales (defectos de validez del acuerdo arbitral, la constitución del tribunal arbitral, la competencia del o de los árbitros, su imparcialidad o principios fundamentales del procedimiento).

I. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL GATT¹⁰

El GATT difiere de otros tratados económicos internacionales en que combina reglas de conducta en política comercial con detallados procedimientos multilaterales de solución de controversias.¹¹

⁸ *Ibidem*, pp. 24-25.

⁹ Sepúlveda, pp. 395-396.

¹⁰ En este ensayo no se contempla el entendimiento relativo a las normas y procedimientos por lo que se rige la solución de diferencias. Anexo 2 del nuevo GATT que se transforma en OMS y que para las diferencias se crea la OSD (órgano de solución de Diferencias de la OMC).

¹¹ Ernst-Ulrich, Petersmann, “Settlement of international and national Trade disputes Through the GATT: the Case of Antidumping Law”, *Adjudication of International Trade Disputes in International and National Economic Law*. PUPIL, volume 7, University Press Fribourg Switzerland, 1992, p. 85.

Para conocer el sistema de solución de controversias del GATT es necesario estudiar tres instrumentos fundamentales:

- El GATT en sí, artículos XXII y XXIII,
- El Entendimiento Relativo a las Notificaciones, las Consultas, la Solución de Diferencias y la Vigilancia, adoptado el 28 de noviembre de 1979 (I/4907), y su Anexo (Exposición acordada de la práctica consuetudinaria del GATT en materia de solución de diferencias, artículo XXIII, párrafo 2), y
- El Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias en el Marco de los Artículos XXII y XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Documento MTN.TNC/W/FA) de 1990, que forma parte del Informe Dunkel, el cual aún no está en vigor.

Dentro de este contexto, el sistema multilateral de solución de controversias del GATT es único en otros aspectos:

1. Permite el uso sucesivo o alternado de todos los medios diplomáticos o legales de solución de controversias y prohíbe represalias unilaterales, a menos que las partes contratantes¹² autoricen la suspensión de las obligaciones del GATT.¹³

2. El artículo XXIII.1 del GATT dispone la posibilidad de “reclamaciones violatorias” si “una parte contratante considera que un beneficio resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulado o menoscabado [...] a consecuencia de que: a) otra parte contratante no cumpla con las obligaciones contraídas bajo este Acuerdo”.

Este artículo también permite las “reclamaciones no violatorias” si

una parte contratante considera que un beneficio resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulado o menoscabado o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido como consecuencia de [...] b) que otra parte contratante aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo.

12 Cada vez que se menciona en el Acuerdo a las partes contratantes obrando colectivamente se usa la palabra PARTES CONTRATANTES en letras mayúsculas, según disposición del artículo XXV.1 del GATT.

[El Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias en el Marco de los Artículos XXII y XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Documento MTN.TNC/W/FA pp. S.1-S.25), de 1990, también lo señala en el pie de página 1, del punto 1.4].

13 Artículo XXIII.2 del GATT

Asimismo, las “reclamaciones de situación” pueden someterse si la “anulación o menoscabo” resulta de “c) que existe otra situación”.¹⁴

3. La violación de una obligación del GATT se presume que constituye un “caso de nulidad o menoscabo” de los beneficios resultantes del Acuerdo, sin necesitar ninguna evidencia estadística de “daño material”.¹⁵ La presunción, en la práctica, ha operado de manera irrefutable.¹⁶

4. Como el objetivo de las reglas del GATT es promover la competencia no discriminatoria ni distorsionada, cada parte contratante puede solicitar la supresión de medidas comerciales incompatibles con las obligaciones multilaterales del GATT.¹⁷

Un reconocido principio de derecho del GATT es que en los procedimientos de solución de controversias “si no se llega a una solución mutuamente aceptada, el objetivo primordial de las Partes Contratantes es conseguir la supresión de las medidas cuestionadas si éstas son incompatibles con el Acuerdo”.¹⁸

Este requerimiento de cumplir con las obligaciones del GATT está reforzado y apoyado por requerimientos adicionales como el que “e) cada parte contratante mantendrá o instituirá [...] tribunales judiciales, arbitrales o administrativos o procedimientos destinados a revisar y rectificar rápidamente las medidas administrativas relativas a cuestiones aduaneras”.¹⁹

5. El sistema de solución de controversias del GATT es más usado que el de cualquier otra institución internacional, para solucionar las diferencias entre los Estados.

El promedio de duración del procedimiento del panel de casi un año²⁰ y la efectiva aplicación de las recomendaciones del Consejo²¹ dentro de un plazo razonable se compara favorablemente con otros mecanismos internacionales de solución de controversias.

14 (En el Entendimiento de 1990, punto 24.2, hay la proposición de aplicar este Entendimiento hasta que el informe del panel se someta a las partes contratantes. Posteriormente, para la adopción del informe, la vigilancia y la aplicación de las recomendaciones y resoluciones se aplicará la Decisión del Consejo de 1989).

15 Petersmann, p. 87. Anexo del Entendimiento de 1979, [Exposición acordada de la práctica consuetudinaria del GATT en materia de solución de diferencias (artículo XXIII, párrafo 2)], punto 5.

16 Petersmann, p. 87. (El Entendimiento de 1990, punto 1.8. también lo prevé).

17 Artículo XXIII del GATT.

18 *Idem*. Anexo del Entendimiento de 1979, punto 4. (El Entendimiento de 1990, punto 1.7. también lo señala).

19 Artículo X. 3. b. del GATT.

20 Petersmann, p. 88. (El Entendimiento de 1990, punto 18 también lo propone).

21 Artículo XXIII.2 del GATT. (El Entendimiento de 1990, punto 19 también lo contempla).

6. Muchos de los Acuerdos de la Ronda Tokio y los Acuerdos de la Ronda Uruguay incluyen disposiciones adicionales de solución de controversias, las cuales siguen el modelo básico de procedimiento de solución de controversias del artículo XXIII del GATT.²²

Sin embargo, la falta de uniformidad de algunos de estos documentos procedimentales de solución de controversias y su coexistencia con el procedimiento general de solución de controversias del GATT bajo el artículo XXIII, han originado el surgimiento del *forum shopping* y de ciertos problemas de competencia.

Por eso, para asegurar la completa compatibilidad de las reglas del GATT con los procedimientos de solución de controversias del Acuerdo General, en las negociaciones de la Ronda Uruguay se ha propuesto establecer una estructura institucional uniforme y un sistema de solución de controversias aplicable al GATT y a todos los acuerdos multilaterales de comercio concluidos dentro de la estructura del GATT.²³

7. Se llegó a la conclusión de que el arbitraje ha sido poco usado en la práctica del GATT, y en esas oportunidades fue limitado a la determinación del valor de las exportaciones afectadas por la no obligatoriedad de los aranceles y a la interpretación de los derechos negociados bajo el artículo XXVIII del GATT.²⁴

Muchas partes contratantes del GATT prefieren los informes de los paneles del GATT a los laudos arbitrales, porque el Consejo del GATT puede realizar una importante función revisora de los informes del panel y adoptar los resultados de éste en nombre de las partes contratantes (atributos políticos adicionales que pesan).

8. El artículo X del GATT sobre "publicación y aplicación de los reglamentos comerciales" también dispone las "garantías procedimentales del debido proceso"²⁵ para una aplicación transparente de los reglamentos comerciales dentro de los países miembros del GATT "de una manera uniforme, imparcial y equitativa", y sujeto a revisión y rectificación.²⁶

El procedimiento general de solución de controversias seguido en el artículo XXIII del GATT es usualmente llevado en tres etapas:

22 (El Entendimiento de 1990, punto 1 recoge esta proposición).

23 Petersmann, p. 88.

24 (El Entendimiento de 1990 en sus puntos 20.3, 20.4 y 20.5 menciona los casos que se someterán a arbitraje. Asimismo, en el punto 23 propone al arbitraje como medio alternativo de solución de controversias).

25 Petersmann, p. 89.

26 Artículo X.3 del GATT.

Primero, una parte reclamante²⁷ podrá formular reclamaciones escritas a otra u otras partes interesadas sobre temas relativos a la aplicación del Acuerdo, quienes deberán examinar las reclamaciones formuladas, entablándose para ello consultas bilaterales formales (artículos XXII.1. y XXIII.).²⁸

Existe el compromiso entre las partes contratantes del GATT de tratar de llegar a una solución mutuamente satisfactoria del problema siguiendo los lineamientos del párrafo 1 del artículo XXIII, antes de recurrir a las disposiciones previstas en el párrafo 2 de dicho artículo.²⁹

Si la diferencia no se resuelve mediante las consultas bilaterales, hay también la posibilidad de consultas plurilaterales.³⁰ Para ello las partes pueden solicitar a una entidad o persona que interpongan sus buenos oficios para la conciliación³¹ de las divergencias que subsistan entre las partes. Encargo que podrá recaer en el director general si se trata de una reclamación presentada por un país en desarrollo contra de un país desarrollado.³² Las propuestas conciliatorias emitidas por terceros neutrales pueden ser más aceptables que las que provengan de las partes en controversia.³³

Las partes, al solicitar la conciliación y al recurrir al procedimiento de solución de controversias previsto en el párrafo 2 del artículo XXIII, lo harán de buena fe y esforzándose por resolverlas.³⁴

27 (El Entendimiento de 1990, en su punto 1.13, propone que si una parte en desarrollo presenta la reclamación podrá optar por la aplicación de las disposiciones de la Decisión de 1966 en vez del presente Entendimiento).

28 [El Entendimiento de 1990, punto 2.3, propone que la parte a la que se haya dirigido la solicitud responderá en un plazo de diez días contados a partir de la fecha en que haya recibido la solicitud (a menos que mutuamente se convenga de otro modo) y se entablarán consultas dentro de los treinta días contados a partir de la fecha de la solicitud. Agrega que en casos de urgencia se entablarán consultas dentro de los diez días].

29 Entendimiento Relativo a las Notificaciones, las Consultas, la Solución de Diferencias y la Vigilancia, adoptado el 28 de noviembre de 1979 (L/4907), (Documento IBDD, 26S/229), punto 6.

30 Petersmann, p. 89.

31 (El Entendimiento de 1990, punto 3, agrega la mediación).

32 Entendimiento de 1979, punto 8. Anexo del Entendimiento de 1979, punto 2. Procedimiento para la Solución de Diferencias entre las Partes Contratantes Desarrollados y las Partes Contratantes en Desarrollo, Decisión de las Partes Contratantes adoptada el 5 de abril de 1966, Documento IBDD, 14S/20. (El Entendimiento de 1990, punto 3.6, propone que el Director General podrá ofrecer sus buenos oficios, conciliación o mediación para ayudar a las partes contratantes a resolver la diferencia. Ya no se limita su actuación en casos en que intervengan partes contratantes en desarrollo. El punto 22 indica el procedimiento especial para casos en que intervengan partes contratantes menos adelantadas).

33 Petersmann, p. 90.

34 Entendimiento de 1979, punto 9. (El Entendimiento de 1990, punto 1.11 también hace esta indicación).

Muchas controversias del GATT se resuelven mediante las consultas bilaterales. Los buenos oficios y la conciliación son raramente empleados dentro del contexto del artículo XXIII, lo que refleja la preferencia de las partes contratantes por las reglas obligatorias expedidas por el Consejo del GATT, en vez de los resultados de la conciliación que permanecen a nivel de recomendación y cuya naturaleza bilateral *ad hoc* puede debilitar las reglas multilaterales del GATT.³⁵

Dentro de esta práctica no se permite que las reclamaciones se contesten con contrarreclamaciones sobre cuestiones diferentes al asunto materia de interés.³⁶

Segundo, si la controversia no se resuelve mediante las consultas³⁷ ni la conciliación, una de las partes (regularmente la parte reclamante) puede remitir el asunto a las partes contratantes³⁸ o al Consejo³⁹ del GATT.

A solicitud de la parte reclamante, el Consejo establecerá un grupo especial (cuya función es asistir a las partes contratantes en el examen del asunto)⁴⁰ o en casos excepcionales un grupo de trabajo⁴¹ (cuya función es examinar la cuestión a la luz de las disposiciones pertinentes del Acuerdo y presentar informe al Consejo⁴²).

Desde 1952, los grupos especiales son el procedimiento habitual.⁴³ El grupo especial (también llamado panel), será de tres o cinco miembros, según los casos.⁴⁴ Para ello, el director general mantendrá una lista de personas competentes. Cada país puede nombrar una o dos personas para esta labor.⁴⁵

35 Petersmann, p. 90.

36 Entendimiento de 1979, punto 9. (El Entendimiento de 1990, punto 1.11 también contempla esta proposición).

37 (El Entendimiento de 1990, punto 2.6, propone que en un plazo de sesenta días contados a partir de la fecha de la solicitud para celebrar consultas. Y en casos de urgencia en plazo de veinte días).

38 Anexo del Entendimiento de 1979, punto 1. Petersman lo llama consultas multilaterales, p. 89.

39 El Anexo del Entendimiento de 1979, pie de página 1, del punto 1, señala que de acuerdo con la práctica del GATT, el Consejo está facultado para actuar en nombre de las PARTES CONTRATANTES. (El Entendimiento de 1990, en el pie de página 1, del punto 1.4 también lo indica).

40 Entendimiento de 1979, puntos 10 y 16. (El Entendimiento de 1990, punto 5, propone que el mandato del grupo especial sea examinar a la luz de las disposiciones del Acuerdo el asunto sometido a las Partes Contratantes y formular conclusiones que les ayuden a hacer recomendaciones o resolver la cuestión).

41 Entendimiento de 1979, punto 10.

42 Anexo del Entendimiento de 1979, punto 6.i).

43 Anexo del Entendimiento de 1979, punto 6.ii).

44 Entendimiento de 1979, punto 11. Anexo del Entendimiento de 1979, punto 6.iii. (También el Entendimiento de 1990, punto 6.5 lo contempla).

45 Entendimiento de 1979, punto 13. (El Entendimiento de 1990, punto 6.4, establece que la Secretaría mantendrá la lista y no especifica el número de candidatos que debe proponer cada país).

No podrán ser miembros del panel los nacionales de los países cuyos gobiernos sean parte en la diferencia.⁴⁶ El panel se constituirá dentro de los treinta días siguientes a la decisión del Consejo de establecerlo.⁴⁷

En la práctica, la Secretaría del GATT propone los candidatos a las partes interesadas, y si éstos los aceptan, el Consejo del GATT aprueba la decisión.⁴⁸

Las partes, en un plazo de siete días hábiles, responderán a tales designaciones y no podrán oponerse, excepto por razones imperiosas.⁴⁹

Los miembros del panel actuarán a título personal y no en calidad de representantes de un gobierno ni de una organización.⁵⁰

Todo país que tenga interés sustancial en la controversia será escuchado por el panel.⁵¹

El panel establecerá su propio procedimiento de trabajo.⁵² El panel recabará información y asesoría técnica de cualquier persona o entidad que considere conveniente. La información confidencial proporcionada no se revelará sin la autorización formal del país que la haya facilitado.⁵³

El panel hará una evaluación objetiva de los hechos de la controversia, de la aplicabilidad y conformidad con el Acuerdo, y si las partes contratantes lo solicitan, efectuará otras constataciones.⁵⁴

Aquí notamos un rasgo distintivo del procedimiento del GATT, pues al mismo tiempo que el panel lleva a cabo el procedimiento también

46 (El Entendimiento de 1990, punto 6.3 sí lo permite. Además, el punto 6.10 establece que en caso de diferencia entre una parte contratante en desarrollo y un país desarrollado, en el grupo de trabajo puede participar un nacional del país en desarrollo).

47 Entendimiento de 1979, punto 11. (El Entendimiento de 1990, punto 4.1 propone que se establecerá en la reunión del Consejo siguiente a aquella en que figuró la petición de establecimiento del grupo especial).

48 Anexo del Entendimiento de 1979, punto 6.iii). (El Entendimiento de 1990, punto 6.6 recoge esta práctica).

49 Entendimiento de 1979, punto 12. (El Entendimiento de 1990, punto 6.7, sugiere que si dentro de veinte días no se ponen de acuerdo en la designación, el director general designará la conformación del panel).

50 Entendimiento de 1979, punto 14, Anexo del Entendimiento de 1979, punto 6.iii). (El Entendimiento de 1990, punto 6.9 también lo contempla).

51 Entendimiento de 1979, punto 15, Anexo del Entendimiento de 1979, punto 6.iv). (El Entendimiento de 1990, puntos 8.2 y 8.4, habla de tercera parte contratante y especifica que el país interesado podrá ser oído y presentar comunicaciones escritas, y si se considera afectado, podrá recurrir a los procedimientos normales de solución de controversias del Acuerdo).

52 Anexo del Entendimiento de 1979, punto 6.iv). (El Entendimiento de 1990, punto 10.1, indica que los procedimientos de trabajo del grupo especial a seguir están en el Anexo de dicho Entendimiento, salvo acuerdo distinto de las partes).

53 Entendimiento de 1979, punto 15, Anexo del Entendimiento de 1979, punto 6.iv). (El Entendimiento de 1990, punto 11.1 también lo prevé).

54 Entendimiento de 1979, punto 16, Anexo del Entendimiento de 1979, punto 3. (El Entendimiento de 1990, punto 9.1 también lo señala).

continúa las consultas con las partes, para darles la oportunidad de lograr una solución mutuamente satisfactoria.⁵⁵

El panel someterá un informe provisional a las partes a fin de que éstas presenten sus observaciones por escrito —promoviendo así la búsqueda de soluciones entre las partes— antes de presentarlo a las partes contratantes.⁵⁶

Si las partes no llegan a un acuerdo, el panel presentará su informe final por escrito, el cual será motivado. Si las partes llegaron a una solución bilateral, el informe del panel se limitará a una breve relación del caso y a comunicar que se llegó a una solución.⁵⁷

No hay plazo fijo para las actuaciones del panel debido a que las cuestiones que se le someten difieren en cuanto a su complejidad y urgencia; sin embargo, en la mayoría de los casos las actuaciones se han llevado a cabo en un plazo de tres a nueve meses de duración.⁵⁸

Solamente en los casos urgentes el panel deberá emitir su informe en un plazo de tres meses contados desde el día en que se estableció el mismo.⁵⁹

Si el panel llega a la conclusión de que una medida es incompatible con el Acuerdo, hará las recomendaciones pertinentes.⁶⁰

Cuando la reclamación se presenta por un país en desarrollo, las disposiciones a adoptarse tomarán en cuenta no sólo el alcance comercial de las reclamaciones, sino también sus repercusiones en la economía de países en desarrollo interesados.⁶¹

Tercero. Sobre la base el informe del panel, el Consejo debe elaborar la recomendación, la cual se referirá a: si hubo o no violación de alguna

55 Entendimiento de 1979, punto 16. (El Entendimiento de 1990, punto 9.1 también recoge este objetivo).

56 Entendimiento de 1979, punto 18. Anexo del Entendimiento de 1979, punto 6.vii). (El Entendimiento de 1990, punto 13.2, especifica que el plazo para evacuar estas observaciones lo fijará el panel).

57 Entendimiento de 1979, punto 17. Anexo del Entendimiento de 1979, punto 6.v). (El Entendimiento de 1990, punto 10.8 también lo indica).

58 Anexo del Entendimiento de 1979, punto 6.ix). (El Entendimiento de 1990, puntos 10.9 y 10, aclara que el panel llevará a cabo su examen en un plazo no mayor de seis meses y en caso de urgencias en tres meses. Pero en ningún caso podrá exceder de nueve meses).

59 Entendimiento de 1979, punto 20. (El Entendimiento de 1990, punto 10.9, establece el mismo plazo).

60 Anexo del Entendimiento de 1979, punto 6.viii). (El Entendimiento de 1990, punto 17.1, aclara que la recomendación a la parte demandada, será poner la medida incompatible de conformidad con el Acuerdo).

Y si se concluye que no hay violación pero existe la anulación o menoscado de un beneficio, se recomendará que la parte demandada realice un ajuste satisfactorio. Además de esta facultad, el panel podrá sugerir medios para aplicar las recomendaciones).

61 Entendimiento de 1979, punto 21. Anexo del entendimiento de 1979, último párrafo. (El Entendimiento de 1990, punto 19.8 también lo contempla).

disposición del Acuerdo; en el caso de que sí hubo violación, la compensación adecuada para reembolsar al país reclamante en las pérdidas comerciales que ha sufrido.⁶²

En este punto cabe aclarar que el objetivo es suprimir la medida incompatible con el Acuerdo. Solamente si esto no es posible y de manera provisional, se concede la compensación. El último recurso es suspender los beneficios del GATT a la parte demandada.⁶³

Un país contra el que se han tomado tales medidas puede notificar su deseo de denunciar el Acuerdo.⁶⁴

En la práctica, los informes del panel han sido adoptados por el Consejo del GATT casi sin modificación o discusión extensa. La adopción de los resultados del panel se convierte en una "norma" legalmente obligatoria solamente si se aprueba por el Consejo.⁶⁵

Sólo en algunos casos el Consejo del GATT cambió los resultados del panel por un "entendimiento" entre las partes. Se limitó a "anotar" los resultados del panel que fueron considerados equivocados por muchas partes contratantes del GATT, o las partes en una controversia acordaron instrumentar los resultados del panel, pero sin la adopción formal de los mismos.⁶⁶

En la actualidad no se prevé el derecho de apelación de un informe del panel.⁶⁷

62 James F. Smith, Cursillo sobre *El GATT y las Soluciones de Controversias en Acuerdos de Libre Comercio*, Conferencia dictada el 10 de diciembre de 1991, México D.F., División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho, UNAM. (El Entendimiento de 1990, punto 14.4, agrega que dentro de sesenta días de emitido el informe del panel a las Partes Contratantes, aquel deberá adoptarse en una reunión del Consejo, a menos que una de las partes notifique formalmente al Consejo su decisión de apelar, o el Consejo decida no adoptar la informe).

63 Artículo XXIII.2. Anexo del Entendimiento de 1979, punto 4. (El Entendimiento de 1990, punto 1.8 también contiene esta proposición).

64 Artículo XXIII.2 del GATT.

65 Hudec, Robert E., "The Canada-U.S. Free Trade Agreement: New Directions in Dispute Settlement", *American Society of International Law. Proceedings of the 83rd Annual Meeting*, Chicago, April 5-8, 1989, p. 259. (El Entendimiento de 1990, punto 1.9, propone que cuando el Consejo deba adoptar una decisión lo hará por consenso).

66 Petersmann, pp. 91-92. Hudec, p. 260.

67 Bello, Judith H. y Alan F. Holmer, "U.S. Trade Law and Policy Series No. 16: Settling disputes in GATT: the Past, Present, and Future", *The International Lawyer*, Washington, Summer 1990, volume 24, No. 2, p. 523. [El Entendimiento de 1990, puntos 15.4 y 14.4, tiene la novedad de la apelación, aclarando que sólo una de las partes en controversia podrá apelar la decisión del panel, para lo cual deberá notificar formalmente al Consejo del GATT, quien no podrá adoptar el informe hasta que no concluya el proceso de apelación.

Un órgano permanente de apelación compuesto por tres miembros conocerá de la misma (15.1), el cual se pronunciará sólo sobre cuestiones de derecho e interpretación jurídica (15.6) en sesenta días. El órgano de apelación podrá confirmar, modificar o revocar lo establecido por el panel (15.13). Esta decisión se adoptará por el Consejo y se aceptará por las partes (15.14)].

La función del Consejo no concluye ahí, pues tiene como función vigilar la evolución del caso, revisando periódicamente las acciones tomadas a consecuencia de sus recomendaciones o normas.⁶⁸ Si las recomendaciones del panel no se cumplen dentro de un plazo prudencial, el país reclamante pedirá al Consejo hallar una solución adecuada. Al respecto, sólo una vez el Consejo ha otorgado una solicitud autorizando la suspensión de beneficios previsto en el artículo XXIII.2.⁶⁹

II. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO CANADÁ-ESTADOS UNIDOS (ALC)

El Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos (ALC) ofrece una variedad de mecanismos de solución de controversias, algunos únicos en el campo del derecho internacional, otros son adaptaciones de los sistemas existentes a las necesidades de la relación económica de los dos países.⁷⁰

El ALC ha sido descrito como un acuerdo superior al GATT, un "GATT mejorado". Debido a que las partes consideraron importante tener un sistema de solución de controversias superior al GATT, el objetivo fue mejorarlo en lo que fuera necesario. El resultado obtenido es un medio efectivo para proteger y nutrir la relación económica entre los dos países.⁷¹

Los mecanismos de solución de controversias del ALC están divididos en los capítulos 18 y 19.

El capítulo 18 del ALC contiene el procedimiento general para la solución de controversias relativas a cuestiones sobre la aplicación e interpretación del ALC.⁷²

El sistema general contenido en el capítulo 18 no se aplica a los conflictos en servicios financieros ni en la revisión de casos *antidumping* y de derechos arancelarios compensatorios.

68 Entendimiento de 1979, punto 22. (El Entendimiento de 1990, punto 19, también lo contempla).

69 Anexo del Entendimiento de 1979, punto 4. Petersmann, p. 92. (El Entendimiento de 1990, punto 20.1 propone que la compensación y la suspensión de beneficios sean medidas temporales a las que se puede recurrir en caso de que no se apliquen las recomendaciones y resoluciones adoptadas).

70 Leir, p. 252.

71 *Idem*.

72 Steger, Debra, "El Tratado de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos: abriendo nuevos caminos", en *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio*, coordinador Jorge Witker, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, p. 143.

El ALC va más allá de solucionar controversias, lo que se desprende del título del capítulo 18 —Medidas institucionales—. Como el manejo de una relación económica exitosa requiere que igual o mayor atención se ponga en evitar controversias que en resolverlas, el TLC establece la Comisión de Comercio Canadá-Estados Unidos, que asume toda la responsabilidad operacional del Acuerdo.

La Comisión está encabezada por representantes de gabinete de alto nivel de los dos países, responsables del comercio internacional —el ministro de Comercio Internacional de Canadá y el representante comercial de los Estados Unidos.

La Comisión de Comercio Canadá-Estados Unidos se estableció para supervisar la instrumentación del ALC, para resolver controversias que surjan sobre su interpretación o aplicación, para supervisar su implementación y para considerar cualquier otra cuestión que pueda afectar su funcionamiento.

Tiene autoridad para crear comisiones *ad hoc* subsidiarias o grupos de trabajo para investigar y resolver disputas o para negociar y desarrollar nuevas reglas. También puede nombrar paneles arbitrales con capacidad de decisión o paneles de expertos para conocer controversias y dictar resoluciones sobre las mismas.⁷³

El capítulo 18 da flexibilidad en el manejo del ALC, lo que permite tomar en cuenta la experiencia que se ha adquirido con la implementación del mismo. Evitar las controversias y solucionarlas es un proceso gradual que va desde consultas políticas entre gobiernos, hasta reuniones de la Comisión y, finalmente —si es necesario— audiencias formales ante un panel de cinco personas.

El procedimiento del GATT está consagrado en el capítulo 18 del ALC, pues su artículo 1801 establece que las controversias que surjan bajo el ALC o el GATT y puedan ser solucionadas en ambos foros, queda a discreción de la parte reclamante elegir el foro. La única limitación es que una vez elegido el foro, queda excluido recurrir al otro.⁷⁴

Las disposiciones sobre solución de controversias del capítulo 18 se basaron en el sistema del GATT. El primer paso es evitar las controversias. La disposición del artículo 1804 permite a un país solicitar consultas al otro sobre un asunto que afecte la operación del ALC. En los casos en que surja una disputa relacionada con la aplicación e interpretación del ALC, se requiere que los dos gobiernos lleven a cabo

⁷³ *Ibidem.*

⁷⁴ Leir, p. 253.

todo esfuerzo para llegar a una solución mutuamente satisfactoria a través de las consultas.

Si estas consultas no son satisfactorias, cualquier país —después de treinta días— puede remitir el asunto a la Comisión de Comercio para que la resuelva bajo el artículo 1805. La Comisión debe reunirse dentro de los diez días para intentar resolver la controversia. Ella puede utilizar una gama amplia de mecanismos para llegar a una solución de consenso, incluyendo la designación de un comité especial o de un grupo de trabajo, o bien la consulta con consejeros técnicos o la asesoría de un mediador.⁷⁵

Si la Comisión no resuelve el asunto dentro de treinta días, sólo entonces se invocará el procedimiento de solución de controversias. Esto significa que cualquier país puede solicitar el establecimiento de un panel de expertos (cinco) para que examine el asunto, o —si las partes lo acuerdan— remitir el asunto a un panel arbitral, si la controversia implica “una salvaguarda de emergencia” bajo el capítulo 11 del A.I.C., automáticamente remitirlo al panel arbitral.⁷⁶

Existen plazos fijos en cada etapa del proceso. El panel debe remitir su informe a la Comisión dentro de 150 días. Cuando la Comisión ha turnado el asunto a arbitraje obligatorio, la decisión del panel es definitiva. En los casos sometidos al panel de expertos, la Comisión tomará una decisión final que normalmente se basa en el informe de este panel (dentro de treinta días). La Comisión debe llegar mediante consenso a una decisión.⁷⁷

Si una parte no cumple con el informe final del panel o con la decisión de la Comisión, se permite a la otra parte a suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente que otorga el Acuerdo.

El capítulo 19 se refiere a la solución de controversias en casos de *dumping* y subsidios.

Según este capítulo, Canadá y Estados Unidos mantienen el derecho de aplicar sus leyes nacionales en materia de *antidumping* y derechos arancelarios compensatorios, para los bienes importados del otro país miembro del Acuerdo y —asimismo— podrán modificarlas; todo esto hasta que exista un nuevo sistema de leyes comerciales que rija en dicha zona de libre comercio.

El artículo 1902 incorpora un rasgo novedoso que asegura estabilidad y predecibilidad en las leyes sobre subsidios pendientes de negociación

75 Steger, p. 144.

76 Leir, p. 253; Steger, p. 144.

77 Steger, p. 144; Leir, p. 253.

entre ambos países. Para ello, el Acuerdo dispone que una modificación que un país miembro del ALC desee hacer a sus leyes vigentes sobre *antidumping* y derechos arancelarios compensatorios, se aplicará al otro socio del ALC solamente si la reforma legislativa especifica claramente que se aplicará al otro país, si ha mediado notificación previa al otro país y si tales modificaciones son compatibles con el GATT, los códigos *antidumping* y de subsidios del GATT, y con objeto y propósito del ALC.⁷⁸ Por estas características, este procedimiento es único en su objetivo de frenar la adopción de legislación nacional que mine las obligaciones internacionales que se tienen mutuamente los dos países.

Es de notarse que el artículo 1902 está diseñado para proteger a cada socio del ALC de modificaciones globales que se apliquen a todas las naciones —para no parecer discriminatorias— pero que realmente están destinadas a afectar un determinado país. Esta disposición también resalta el compromiso de los miembros del ALC de promulgar legislación compatible con el objeto y propósito del ALC.

En el caso de que una reforma legislativa se lleve a cabo, el procedimiento es el siguiente: primero, la parte que hace la modificación debe avisar previamente a su socio del ALC de su intención de hacerla. Segundo, el país que se considera afectado tiene el derecho de solicitar consultas bilaterales. Si estas consultas fracasan y se promulga la reforma legislativa, la parte afectada puede solicitar que se designe un panel binacional de cinco miembros para revisar tal legislación.

Si el panel determina que la reforma legislativa es incompatible con el GATT o con el ALC y recomienda modificaciones, los dos países deben entablar consultas obligatorias —por un periodo de noventa días— con objeto de buscar una solución mutuamente satisfactoria que puede ser promulgar legislación rectificadora. Si el país que hizo la reforma legislativa no cumple con la opinión del panel y no se llega a una solución dentro de nueve meses o si —en su caso— la legislación rectificadora no se promulga, la parte reclamante tiene el derecho de aprobar legislación equivalente, o denunciar el ALC, previa notificación de sesenta días.⁷⁹

El segundo rasgo novedoso del capítulo 19 es el establecimiento de paneles binacionales para reemplazar la revisión judicial de las decisiones finales emitidas —por autoridades administrativas o tribunales nacionales— en materia de *antidumping* y derechos arancelarios compensatorios.

78 Steger, p. 142; Leir, p. 254.

79 Leir, p. 255; Steger, pp. 142-143.

Las decisiones emitidas por las autoridades administrativas son “determinaciones finales”. Ellas se pronuncian sobre si hubo *dumping* o subsidio y si la industria doméstica sufrió perjuicio como resultado de ello.

Si un país solicita la revisión, la resolución final emitida por el Departamento de Comercio o por la Comisión de Comercio Internacional en los Estados Unidos; por el Departamento de Ingresos y Aduanas o por el Tribunal de Comercio Internacional en Canadá, no será revisada por la corte nacional.⁸⁰ La competencia se traslada de la Corte de Comercio Internacional en los Estados Unidos o de la Corte Federal en Canadá, al panel binacional.⁸¹

El panel debe determinar si la agencia respectiva tomó su decisión de acuerdo con su derecho interno en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias, y debe aplicar el mismo criterio de revisión judicial que usaría la corte local en caso de que el asunto se le hubiera sometido a ella.⁸²

El panel está integrado por cinco miembros. Cada país designa dos miembros y el quinto es seleccionado por ambos países de común acuerdo. Canadá y los Estados Unidos tienen una lista de cincuenta candidatos que pueden ser panelistas. Los candidatos son ciudadanos canadienses y estadounidenses, abogados y no abogados. El que sea jurista de entre los miembros del panel actuará como presidente. Un panel se establece para cada caso.

Este procedimiento tiene como atributos:⁸³

Primero, el panel está sujeto a plazos fijos para conducir su revisión y debe guiarse por el ALC cuando decida si la resolución definitiva cuestionada se hizo de acuerdo con el derecho vigente en materia de *antidumping* y derechos arancelarios compensatorios del país importador.

Segundo, la decisión del panel es obligatoria para los gobiernos y sus agencias. La norma que instrumente dicha decisión en cualquiera de los dos países, necesita una autoridad administrativa o un tribunal que la lleve a cabo.

Tercero, solamente los gobiernos federales pueden solicitar la revisión por parte de un panel binacional, pero este mecanismo puede ser invocado por las personas que tengan interés en el caso, aunque sólo a

80 Steger, p. 140.

81 Leir, p. 255.

82 Steger, p. 140; Leir, p. 255.

83 Leir, p. 255.

través de su gobierno, ellos por sí mismos no pueden actuar. Esto se diferencia del capítulo 18, el cual es un proceso de gobierno a gobierno.

Otro rasgo del capítulo 19 del ALC es la creación del Comité de Impugnación Extraordinaria. Si como consecuencia del establecimiento de un panel para revisar la decisión final en materia de *antidumping* y derechos arancelarios compensatorios, una parte alega que hubo violación de derechos fundamentales, mala conducta de algún miembro del panel —como evidencia de soborno—, o el panel se excedió en su competencia, y tal acción afectó el fallo y puso en duda la integridad del proceso de revisión, entonces el asunto se someterá al Comité de Impugnación Extraordinaria —integrado por tres jueces— para su revisión.

Este comité puede ser invocado solamente por uno de los gobiernos. La decisión del comité también es obligatoria. El comité puede confirmar o revocar el fallo original del panel, o devolver la decisión original al panel para que éste adopte una medida compatible con la decisión del comité.

La existencia de este comité es necesaria para asegurar una audiencia justa a los nacionales de cada país, de otro modo los derechos de éstos serían recortados.⁸⁴

Como es de notarse, el procedimiento del capítulo 18 es bastante general, mientras que el procedimiento del capítulo 19 es más limitado en su tema y más técnico en su aplicación.

III. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN)

En el TLCAN las disposiciones sobre prevención y solución de controversias —entre los tres países— referentes a la interpretación o aplicación del Tratado, están especificadas en el capítulo XX. Las medidas referentes a la revisión y solución de controversias en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias están en el capítulo XIX. Existen además en diversos capítulos, otros mecanismos específicos de solución de controversias que cubren áreas especializadas.

Asimismo, el Tratado establece tres comisiones: la Comisión de Libre Comercio, con sede en México; la Comisión Laboral, con sede en Estados Unidos, y la Comisión Ambiental, con sede en Canadá. Estas dos últimas, creadas por los acuerdos paralelos.

⁸⁴ Leir, pp. 255-256.

1. Mecanismo general de solución de controversias. Capítulo XX

En la sección B del capítulo XX del TLCAN está contenido el mecanismo general de solución de controversias del Tratado, previsto para las diferencias que surjan en la aplicación e interpretación del mismo entre los países miembros.

Los negociadores del TLCAN tomaron como modelo para el mecanismo general de solución de controversias, el capítulo 18 del Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y Canadá.⁸⁵

No obstante, el capítulo XX no sólo es solución de controversias, porque el manejo de una relación económica exitosa requiere poner igual o mayor atención en evitar la controversia que en resolverla.⁸⁶ Para esto, el TLCAN establece la Comisión de Libre Comercio que asume toda la responsabilidad operacional del Tratado.

El evitar y solucionar las controversias es un proceso gradual que va desde las consultas políticas hasta reuniones más formales de la Comisión, y finalmente —si es necesario— a audiencias formales de un panel de cinco personas.

Las disposiciones de solución de controversias del capítulo XX del TLCAN tienen por objeto prevenir y solucionar todas las diferencias que surjan entre los tres países respecto a la interpretación o a la aplicación del Tratado. También se aplicará cuando un país considere que una medida vigente o en proyecto de adoptarse por otro país es incompatible con las obligaciones del Tratado, o aunque no contravenga el Tratado sí cause anulación o menoscabo de los beneficios que ese país espere bajo el mismo.⁸⁷

Pese a la disposición anterior, determinadas materias se excluyeron del régimen general de solución de controversias. Esto se debió a que los tres países argumentaron razones de soberanía, por lo que en ciertos rubros sólo se establecieron obligaciones de cooperación y de consulta, mientras que en otras materias las partes acordaron un mecanismo *ad hoc*.

85 A su vez, el capítulo 18 del ALC se basó en los avances en solución de controversias del GATT y en el artículo 19 del Acuerdo de Libre Comercio Estados Unidos-Israel referido a solución de controversias. Siqueiros, José Luis, "La resolución de controversias en el Tratado Trilateral de Libre Comercio entre México, Estados Unidos de América y Canadá", en *Panorama jurídico del TLC (Memorias)*, México, Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho, enero 1992, p. 70.

86 Leir, Michael R., "The Canada-US Free Trade Agreement: New Directions in Dispute Settlement", *American Society of International Law. Proceedings of the 83rd Annual Meeting*, Chicago, April 5-8, 1989, p. 253.

87 Artículo 2004; Anexo 2004. Rojas V., Héctor, "The Dispute Resolution Process Under NAFTA", *United States-Mexico Law Journal*, Albuquerque, The University of New Mexico School of Law, volume 1, number 1, 1993, p. 20.

A. Elección del foro

México, Estados Unidos y Canadá forman parte del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) —organismo multilateral— y del TLCAN, y ambos instrumentos cuentan con mecanismos de solución de controversias. Por eso, los tres países del TLCAN antes de iniciar cualquier procedimiento ante la Comisión deben seleccionar el foro ante el cual someterán su diferencia.

De acuerdo con el Tratado, las controversias que surjan bajo las estipulaciones tanto de TLCAN como del GATT pueden solucionarse en cualquiera de los foros, a discreción del país reclamante.⁸⁸ Ésta es la regla tradicional en el litigio nacional, así como en la solución de controversias internacionales.⁸⁹

Queda a la parte reclamante dilucidar si el objeto de la controversia está previsto en el TLCAN y en el GATT, y si por lo tanto tiene la posibilidad de elegir entre ambos foros. Pero si se equivoca en su interpretación y elige mal el foro, asume el riesgo de su elección (así que el foro se declare incompetente).

Sin embargo, dentro de un contexto trilateral que plantea el Tratado, en el caso de una controversia que envuelva a los tres países signatarios —donde haya dos partes reclamantes y una parte demandada⁹⁰— el tercer país cobra gran importancia en el procedimiento. Si el país reclamante desea llevar un asunto ante el GATT, antes de hacerlo debe notificar su intención al tercer país, y si éste desea iniciar un procedimiento respecto al mismo asunto conforme al TLCAN, ambos entablarán consultas con el fin de convenir en un foro único.⁹¹

Si el país reclamante y el tercer país no se ponen de acuerdo respecto al foro más conveniente para resolver la controversia, ésta “normalmente” se resolverá bajo las disposiciones del TLCAN. No se dispone claramente que sea el TLCAN sino se dice que normalmente la controversia se resolverá bajo los lineamientos del Tratado.⁹² Esto se debe a que si explícitamente hubiesen preferido el Tratado, esto hubiese implicado una renuncia previa al foro del GATT.

No obstante, hay una excepción importante a esta regla general en materia de medio ambiente y cuestiones científicas relacionadas. En este

88 Artículo 2005 (1).

89 Gaines, Sanford E., “Comments on Dispute Settlement Issues Under NAFTA”, *United States-Mexico Law Journal*, Albuquerque, The University of New Mexico School of Law, volume 1, number 1, 1993, p. 35.

90 El Tratado no contempla la situación inversa, que exista un reclamante y dos demandados.

91 Rojas, p. 21.

92 Artículo 2005 (2).

caso el país demandado puede solicitar que estos asuntos se ventilen exclusivamente bajo el TLCAN.⁹³

De este modo, si el país reclamante en un primer momento pensó llevar el asunto al GATT, el demandado puede compelerlo —por solicitud escrita dirigida a los otros países y a su propia Sección del Secretariado— a que la controversia se examine exclusivamente bajo el TLCAN. Aunque la parte reclamante ya hubiese iniciado el procedimiento bajo el GATT sobre estos asuntos, debe desistirse de ello e iniciar nuevamente el procedimiento conforme al TLCAN.⁹⁴

Una vez que el procedimiento de solución de controversias ha iniciado, sea en el GATT o en el TLCAN, el procedimiento continuará en el foro seleccionado, excluyendo al otro. Ésta es la única limitación que establece el TLCAN, para evitar la duplicidad de procedimientos y las resoluciones contradictorias que puedan darse.⁹⁵

Hay oportunidad suficiente para saber anticipadamente a qué foro va recurrir la parte reclamante, debido a que el inicio formal del procedimiento de solución de controversias en el GATT no se efectúa, sino después de presentar la solicitud para el establecimiento de un panel, y esto sólo sucede después que han concluido las consultas.⁹⁶

B. Solución de controversias

a) Consultas entre gobiernos

El primer paso es *evitar* la controversia. El TLCAN permite que cualquier país solicite la realización de consultas con los otros países sobre cualquier medida adoptada o en proyecto de adoptarse, o sobre cualquier otro asunto que pueda afectar el funcionamiento del Tratado.⁹⁷

Así, se pueden solicitar consultas no sólo sobre medidas que están en vigor sino también sobre medidas que se pretendan poner en vigencia, lo que contribuirá a proteger a los respectivos países.

Las consultas se solicitarán por escrito, con copia para los tres países a través de sus respectivas secciones del Secretariado.⁹⁸ La fecha de

93 Artículo 2005 (3) y (4).

94 Artículo 2005 (5). El Tratado sólo contempla la posibilidad de derivar la controversia del GATT al TLCAN y no en forma viceversa.

95 Camarillo, Omar, "El TLC y el Sistema de Resolución de Controversias (capítulo XX)", en el *Seminario Internacional sobre Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte*, México D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, conferencia del 14.10.93.

96 Artículo XXIII (2) del GATT; Gaines, pp. 36.

97 Artículo 2006 (1); Rojas, p. 21.

98 Artículo 2006 (1) y (2).

entrega de la solicitud para entablar consultas sirve como inicio para contabilizar los términos de todo el procedimiento del capítulo XX.

Si las consultas se llevan a cabo sólo entre dos partes, el tercer país que considere tener interés sustancial en el asunto puede participar si así lo notifica a las otras partes.⁹⁹

Mediante las consultas los países consultantes harán todo lo posible para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria del asunto. Esta disposición abarca tanto a las consultas previstas bajo este capítulo como a las contempladas en otros capítulos del Tratado.¹⁰⁰

Las partes proveerán suficiente información para el examen completo de la medida adoptada o en proyecto de adoptarse o de cualquier otro asunto, y darán a la información confidencial aportada en las consultas el mismo trato que le otorga la parte que proporcionó la información.¹⁰¹

Los países consultantes deberán evitar cualquier solución que afecte desfavorablemente los intereses —bajo el Tratado— de la parte que permaneció ajena al proceso de consultas.¹⁰²

En el caso de bienes agropecuarios perecederos, las consultas se iniciarán dentro de los quince días que se solicitaron,¹⁰³ lo que dará mayor celeridad a las consultas en situaciones especiales que la justifican.

b) Reunión de la Comisión

Si las partes consultantes no resuelven la controversia por sí mismas, sólo entonces se iniciará el procedimiento de solución de controversias. Es decir, si las consultas no tienen éxito y los países consultantes no resuelven el asunto, cualquiera de ellos podrá pedir por escrito la reunión de la Comisión.¹⁰⁴

En el caso de consultas bilaterales, si las partes consultantes no resuelven su diferencia dentro de los treinta días siguientes a la entrega de la solicitud para entablar las consultas, cualquiera de ellas tiene el derecho a solicitar por escrito que se reúna la Comisión.¹⁰⁵

99 Artículo 2006 (3). A no ser que las reglas de procedimiento establezcan lo contrario.

100 Artículo 2006 (5).

101 Artículo 2006 (5) (a) y (b).

102 Artículo 2006 (5) (c).

103 Artículo 2006 (4).

104 Artículo 2007 (1). Esta es una facultad que le compete sólo a las partes consultantes y no puede hacer uso de ella la parte que permaneció ajena a la controversia.

105 Artículo 2007 (1) (a).

Si las consultas son trilaterales el plazo se amplía a cuarenta y cinco días después de que el tercer país entregó la solicitud para participar en las consultas.¹⁰⁶

Cuando se trate de bienes agropecuarios perecederos el plazo se reduce a quince días después de la entrega de la solicitud para consultas.¹⁰⁷

Incluso el Tratado permite que los países consultantes acuerden otro plazo diferente si lo estiman conveniente.¹⁰⁸

Asimismo, cualquier país puede solicitar por escrito que se reúna la Comisión cuando se inicia el procedimiento de solución de controversias en el GATT, sobre asuntos relativos al medio ambiente, incluyendo las cuestiones científicas que se relacionen directamente,¹⁰⁹ y la parte reclamante haya recibido una solicitud para recurrir al procedimiento de solución de controversias del capítulo XX.¹¹⁰

Al recibir la solicitud de un país, la Comisión se reunirá dentro de los diez días siguientes y se dedicará prontamente a resolver la controversia.¹¹¹

A fin de que la Comisión pueda solucionar el mayor número de controversias, podrá convocar a asesores técnicos, constituir grupos de trabajo o grupos de expertos, así como recurrir a métodos alternativos de solución de diferencias, como los buenos oficios, la mediación, la conciliación o cualquier otro procedimiento que juzgue necesario; inclusive la misma Comisión podrá formular recomendaciones. Es decir, apoyará —en todo lo posible— a las partes consultantes para que logren una solución mutuamente satisfactoria de la controversia, antes de establecer un panel arbitral.¹¹²

En adición, el Tratado dispone que cuando la Comisión se reúna para conocer controversias que no se resolvieron en la etapa de las consultas, y observa que hay dos o más procedimientos que versan sobre una misma medida, deberá acumularlos. Si se trata de dos o más procedimientos referentes a otros asuntos, pero estima conveniente examinarlos de manera conjunta, también tendrá la facultad de acumularlos.¹¹³ Esto

106 Artículo 2007 (1) (b).

107 Artículo 2007 (1) (c).

108 Artículo 2007 (1) (d).

109 Artículo 2005 (3) y (4).

110 Artículo 2007 (2).

111 Artículo 2007 (4).

112 Artículo 2007 (5). Rojas, p. 22.

113 Artículo 2007 (6). Se entiende el término "medida", según el artículo 201, como cualquier ley, reglamento u otras disposiciones jurídicas, así como cualquier procedimiento, requisito o práctica. Por lo que el término "asunto" se referirá a omisiones que impliquen violación o incumplimiento a lo estipulado en el Tratado.

con el fin de evitar la existencia de procedimientos paralelos cuya *litis* sea idéntica o similar, lo que podría dar lugar a resoluciones contradictorias.

c) Panel arbitral

Si la Comisión no resuelve la diferencia que se le sometió, sólo entonces cualquier país consultante podrá solicitar la integración de un "panel arbitral" de cinco miembros para examinar la controversia.¹¹⁴

Durante las negociaciones del TLCAN se contempló la posibilidad de dos tipos de paneles, como lo prevé el ALC: paneles arbitrales y paneles de expertos.¹¹⁵ Sin embargo, se optó por la constitución de un solo tipo de paneles —los paneles arbitrales—, los cuales, pese a su denominación, sólo están facultados para emitir recomendaciones.¹¹⁶

Podrá solicitarse la integración de un panel arbitral después de treinta días que se reunió por primera vez la Comisión para conocer una controversia y ésta no se resolvió. Cuando se hayan acumulado procedimientos, el plazo será treinta días después de que la Comisión se reunió para tratar el asunto más reciente que se le sometió. Incluso, los países consultantes pueden acordar cualquier otro plazo.¹¹⁷

El país que solicite la integración de un panel arbitral entregará dicha solicitud por escrito a la Comisión, a los otros países y a su Sección del Secretariado. La Comisión establecerá el panel arbitral una vez que haya recibido tal solicitud.¹¹⁸

Si un tercer país que permaneció ajeno al procedimiento durante las consultas y la reunión de la Comisión, considera que tiene interés sustancial en el asunto, se unirá al país reclamante y participará como tal. Para tal efecto deberá entregar una nota escrita, indicando que considera que tiene interés sustancial en participar en la controversia como parte reclamante, a su Sección del Secretariado y a las partes

114 Artículo 2008 (1). Esta es una facultad de los países consultantes, a excepción del artículo 2008 (3).

115 Artículos 1806 y 1807 del ALC respectivamente. Steger, Debra, "El Tratado de Libre Comercio Canadá- Estados Unidos: abriendo nuevos caminos", en *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio*, coordinador Jorge Witker, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, p. 144. Leir, p. 253.

116 Artículo 2008. La decisión de contemplar un solo tipo de paneles se basó en el hecho de que la existencia de dos tipos de paneles, uno que emite laudos y otro que emite recomendaciones, generalmente propicia el debilitamiento del último. Hubiese sido conveniente que el Tratado contemplase y regulase el arbitraje, en caso de que las partes de común acuerdo se sometan a él. Así lo hace el GATT en su artículo XXIII.

117 Artículo 2008 (1).

118 Artículo 2008 (2).

contendientes. Tal notificación deberá entregarla lo más pronto posible y hasta dentro de los siete días siguientes en que una de las partes contendientes entregó a la Comisión la solicitud para establecer un panel.¹¹⁹

La participación del tercer país es muy importante. Si él no acciona junto al país reclamante, a partir de ese momento generalmente se abstendrá de iniciar o continuar un procedimiento de solución de controversias bajo el Tratado o bajo el GATT, respecto al mismo asunto,¹²⁰ a no ser que ocurra un cambio significativo en las circunstancias económicas o comerciales que rodeen el asunto.¹²¹

— *Lista de árbitros.* Los tres países deberán elaborar una lista de personas que puedan actuar como “árbitros” en los paneles arbitrales. La lista estará conformada por un máximo de treinta individuos, quienes serán designados por consenso entre los tres países, por periodos de tres años y podrán ser reelectos.¹²²

Un rasgo especial de esta lista es que el Tratado no especifica que los miembros de la misma sean ciudadanos de México, Canadá o Estados Unidos. Esto da a entender que pueden ser ciudadanos de cualquier país, inclusive de países no miembros del TLCAN.¹²³

— *Selección del panel.* El TLCAN establece procedimientos específicos para elegir el panel según se trate de un conflicto bilateral o de un conflicto trilateral. También establece la selección cruzada de los miembros del panel tanto para los conflictos bilaterales como para los trilaterales. Este sistema se basa en que las partes deben seleccionar a panelistas ciudadanos de la otra parte contendiente.¹²⁴

Cuando sólo hay dos partes contendientes, el panel será de cinco miembros. El primer miembro en elegirse será el presidente del panel al cual las partes en conflicto procurarán nombrar dentro de quince días después de entregada la solicitud para el establecimiento del panel.

Si las partes no logran ponerse de acuerdo en la elección del presidente dentro del periodo de quince días, la parte en conflicto escogida

119 Artículo 2008 (3).

120 Artículo 2008 (4).

121 Artículo 2008 (4), párrafo final.

122 Artículo 2009 (1). Esta lista es diferente de la lista de árbitros en materia de inversión cuya creación dispone el capítulo XI del Tratado. También es diferente de la lista de árbitros en el área de servicios financieros que se establecerá conforme al capítulo XIV del Tratado. El capítulo XIX sobre Revisión y Solución de Controversias en Materia de *Antidumping* y Cuotas Compensatorias también dispone la creación de otra lista de árbitros.

123 A diferencia del capítulo XIX, que exige que los miembros del panel sean ciudadanos de los países partes del Tratado. Camarillo, conferencia citada.

124 Lo que va reforzar la independencia e imparcialidad de los panelistas, pues no serán seleccionados por su gobierno.

por sorteo lo elegirá —dentro de cinco días— no pudiendo elegir a una persona de su misma nacionalidad. Como el Tratado dice que el que elige al presidente va a elegir a uno que no sea de su nacionalidad, esto no significa que necesariamente deba ser de nacionalidad de la otra parte contendiente, sino que puede ser de nacionalidad distinta al de las dos partes en controversia. Esto para evitar que con el presidente haya mayoría de la nacionalidad contraria. Es lo que se llama “procedimiento de reserva de elección”.¹²⁵

Después de la elección del presidente, cada una de las partes elige a dos panelistas de la nacionalidad contraria. Si una parte contendiente no selecciona a sus panelistas dentro de ese periodo, éstos se seleccionarán por sorteo de entre los miembros de la lista que sean de la otra nacionalidad.

Cuando hay más de dos partes contendientes, se aplicará un procedimiento alternativo.¹²⁶ El panel se conformará de cinco miembros y el presidente del panel se elegirá por las partes en conflicto. Si ellas no se ponen de acuerdo dentro de un periodo de quince días, la parte o partes escogidas por sorteo elegirán al presidente, quien no puede ser ciudadano de la parte o partes que designan.

Después de la elección del presidente, la parte demandada elegirá dos panelistas, cada uno de los cuales debe ser ciudadano de las partes reclamantes. Entonces, las partes reclamantes elegirán a dos panelistas, quienes serán ciudadanos de la parte demandada.¹²⁷

Si alguna parte contendiente no elige a su panelista dentro de los quince días siguientes a la elección del presidente, aquél se elegirá por sorteo de entre los que no son de la nacionalidad de esa parte.

El Tratado dispone que por lo regular los panelistas se escogerán de la lista, pero si no es así, cualquier parte puede recusar al individuo propuesto como árbitro por la otra parte si no figura en la lista, de ahí que se le conozca como “sistema cerrado de selección”.¹²⁸

Además, si una parte contendiente considera que un panelista viola el Código de Conducta, las partes contendientes realizarán consultas para examinar el asunto y si lo acuerdan mutuamente, destituirán al panelista y elegirán uno nuevo según los procedimientos del artículo 2011 del Tratado.¹²⁹

125 Camarillo, conferencia citada.

126 Artículo 2011 (2).

127 Se reafirma el hecho de que siempre habrá una sola parte demandada y pueden ser dos las partes reclamantes porque por muy parecidas que sean las acciones de dos países, siempre serán actitudes diferentes y por lo tanto controversia distinta.

128 Artículo 2011 (3). Camarillo, conferencia citada.

129 Artículo 2011 (4).

— *Reglas de procedimiento.* La Comisión de Libre Comercio establecerá las “Reglas Modelo de Procedimiento” —al entrar en vigor el Tratado— conforme a las cuales actuará el panel arbitral. Estas reglas de procedimiento se elaborarán de acuerdo con los siguientes principios:¹³⁰

— Las partes tendrán el derecho de por lo menos una audiencia ante el panel, así como la oportunidad de presentar por escrito alegatos y réplicas, y

— Las audiencias ante el panel, las deliberaciones, el informe preliminar, así como todos los escritos y las comunicaciones que se presenten ante él, serán confidenciales. Esta norma se da con el fin de evitar la interferencia de la opinión pública durante el procedimiento.

Sin embargo, si las partes contendientes mutuamente acuerdan no seguir las Reglas Modelo de Procedimiento ante el panel arbitral, podrán aplicar otras reglas de procedimiento que ellas acuerden.¹³¹ Esta facultad sólo es de las partes contendientes, no de la Comisión, debido a que habrá controversias en que únicamente participen dos países y no los tres que forman la Comisión.

El panel iniciará el procedimiento señalando primero los términos de referencia o acta de misión, lo cual permitirá que la controversia se determine en forma precisa y por lo mismo se trate precisamente.¹³²

Con objeto de facilitar el trabajo del panel y que éste cuente con mejores elementos al examinar la controversia, a solicitud de una parte contendiente o por propia iniciativa del panel, éste podrá recabar información y asesoría técnica de personas o grupos de expertos que considere convenientes.¹³³

Asimismo, podrá solicitar informe escrito a un comité de revisión científica sobre cuestiones de hecho referentes al medio ambiente, la salud, la seguridad u otros asuntos científicos planteados en el procedimiento.¹³⁴

— *Informe preliminar.* El panel arbitral presentará un informe preliminar a las partes contendientes.¹³⁵

130 Artículo 2012 (1).

131 Artículo 2012 (2).

132 Artículo 2012 (3). Se basó en el punto 5.1 del Entendimiento del GATT que dice: “el mandato de los grupos especiales será el siguiente [...]: Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes del Acuerdo General, el asunto sometido a las PARTES CONTRATANTES por (nombre de la parte contratante) en el documento DS [...] y formular conclusiones que ayuden a las PARTES CONTRATANTES a hacer recomendaciones o resolver sobre la cuestión, conforme a lo dispuesto en el artículo XXIII.2.”

133 Artículo 2014.

134 Artículo 2015.

135 Artículo 2016. Porque sólo a las partes contendientes les compete conocer el informe del panel.

El informe preliminar se presentará dentro de los noventa días siguientes al nombramiento del último árbitro, a menos que las partes contendientes decidan otra cosa o las Reglas Modelo de Procedimiento señalen otro plazo.¹³⁶

Al redactar el informe preliminar, los árbitros podrán emitir sus votos particulares en cuestiones donde no lograron un acuerdo unánime.¹³⁷

Las partes contendientes podrán hacer observaciones escritas al informe preliminar, dentro de los catorce días siguientes a la presentación del mismo, y presentarlas ante el panel.¹³⁸ El hecho de comentar el informe preliminar es sólo facultad de las partes contendientes y no implica que necesariamente estén en desacuerdo con el mismo.

Si se presentan observaciones escritas, el panel deberá examinarlas y después podrá —de oficio o a solicitud de alguna parte contendiente—: solicitar las observaciones de cualquier parte involucrada;¹³⁹ reconsiderar su informe, y examinar cualquier otra cuestión que considere pertinente.¹⁴⁰

— *Determinación final.* El panel arbitral presentará su “determinación final”¹⁴¹ a las partes contendientes —incluyendo sus votos particulares en asuntos en que no logren unanimidad— dentro de los treinta días siguientes de la presentación del informe preliminar. Este plazo puede modificarse si así lo acuerdan las partes contendientes.¹⁴²

El panel no podrá revelar en su informe preliminar ni en su determinación final la identidad de los árbitros que votaron con la mayoría o con la minoría.¹⁴³ Con esta norma se garantiza aún más la imparcialidad e independencia de los panelistas porque el anonimato les permite votar en contra de su país, y cuando votan a favor de él no habrá dudas sobre el presente régimen de solución de controversias.

Las partes contendientes comunicarán —confidencialmente— a la Comisión la determinación final del panel, dentro de un plazo razonable. Al respecto, creemos que fue una omisión no establecer un plazo determinado.¹⁴⁴

136 Artículo 2016 (2). Debido a que se designa en primer lugar al presidente del panel, es conveniente contabilizar este plazo a partir del nombramiento del último panelista.

137 Artículo 2016 (3).

138 Artículo 2016 (4).

139 El Tratado se refiere a “partes involucradas”, en vez de a “partes contendientes”, porque en ocasiones el tercer país que no es parte en el conflicto puede intervenir como *amicus curiae*.

140 Artículo 2016 (5).

141 En la versión en inglés del Tratado figura “*initial report*”, el cual se tradujo al castellano como “informe preliminar”, pero “*final report*” se tradujo como “determinación final”.

142 Artículo 2017 (1).

143 Artículo 2017 (2).

144 Artículo 2017 (3).

La determinación final del panel arbitral se publicará quince días después de que se comunique a la Comisión, a menos que ésta decida de manera diferente.¹⁴⁵ Se da esta prerrogativa a la Comisión y no sólo a las partes contendientes porque —en ocasiones—, debido a consideraciones políticas, los tres países podrán optar por no publicar la determinación final.

La determinación final del panel arbitral es sólo una recomendación, debido a que no tiene la naturaleza de la decisión judicial ni del laudo arbitral, sino que es una recomendación muy similar a un reporte de un panel del GATT, debido a que las partes pueden optar por el cumplimiento o incumplimiento de la resolución.¹⁴⁶

d) Participación de la tercera parte

Debido al contexto trilateral del Tratado, éste contempla los derechos de la tercera parte que no participa en una controversia como parte contendiente, pero en vista de que el panel va emitir juicios sobre la interpretación y aplicación del Tratado, sí le interesa intervenir en ella como *amicus curiae*.

La calidad de *amicus curiae* le permite asistir a todas las audiencias, presentar comunicaciones escritas y orales al panel, y recibir comunicaciones escritas de las partes contendientes. Para ello, deberá notificar a las partes contendientes y a su Sección del Secretariado —por escrito— su intención de participar.¹⁴⁷

Por eso, cuando el Tratado habla de “partes involucradas” se refiere tanto a las partes contendientes como al tercero que interviene como *amicus curiae*.

e) Ejecución de la determinación final

Después de recibir la determinación final, las partes contendientes fijarán los términos en que se solucionará la controversia, la cual por lo regular se ajustará a las determinaciones y recomendaciones del panel.¹⁴⁸ Sólo las partes contendientes tienen esta facultad, ni la Comisión ni el tercero involucrado.

145 Artículo 2017 (4). Lo cual es objetable porque se desconoce el interés que tiene la opinión pública de los tres países sobre el caso y porque impide la formación de precedentes con los informes del panel.

146 Camarillo, conferencia citada.

147 Artículo 2013.

148 Artículo 2018 (1).

Las partes notificarán a sus secciones del Secretariado la resolución que acuerden.¹⁴⁹ El Tratado no establece un plazo para que las partes contendientes ejecuten la resolución, lo cual hubiese sido conveniente. Incluso se pudo haber encargado a la Comisión vigilar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados por las partes contendientes para la solución de la controversia, como en el caso del GATT, aunque el grado de presión sería menor en el Tratado al estar integrado sólo por tres países.¹⁵⁰

La resolución consistirá en la no ejecución o en la derogación de la medida considerada violatoria del Tratado, o aunque no lo contravenga sí cause anulación o menoscabo de los beneficios del mismo. Si no hay resolución al respecto se podrá otorgar la compensación.¹⁵¹

Incumplimiento-suspensión de beneficios. El Tratado exige que el panel —en su determinación final— señale específicamente si una medida es incompatible con las obligaciones del Tratado o aun cuando no lo contradiga sí causo anulación o menoscabo. Esto fortalecerá la determinación final del panel al darle mayor poder coercitivo, porque si el panel no favorece a la parte reclamante y las partes contendientes no llegan a un acuerdo mutuo, la parte reclamante no podrá suspender beneficios unilateralmente.

Si la parte demandada no llega a un acuerdo con cualquiera de las partes reclamantes para solucionar la controversia —dentro de los treinta días siguientes de la recepción de la determinación final— se legitima a la parte reclamante para que suspenda la aplicación de beneficios de efecto equivalente a la parte demandada. Dicha suspensión de beneficios es provisional, pues tendrá lugar sólo hasta que ambas partes alcancen un acuerdo mutuo para solucionar la controversia.¹⁵² Como es de observarse, toda esta acción queda dentro de la potestad de las partes contendientes, debido a que en ocasiones habrá controversias en las que sólo participen dos países de los tres que forman el Tratado.

El Tratado establece normas para la suspensión de beneficios:¹⁵³

149 Artículo 2018 (1).

150 Horlick, Gary N., "The US-Canada FTA and GATT Disputes Settlement Procedures. The Litigant's View", *Journal of World Trade*, Switzerland, Volume 26, Number 2, April 1992, p. 9. El punto 19 del Entendimiento del GATT regula la ejecución de las recomendaciones y resoluciones emitidas por los grupos especiales (paneles) o por los órganos de apelación. Incluso, el punto 19.5 del GATT contempla la integración de un panel para diferencias que surjan en cómo ejecutar el acuerdo alcanzado por las partes contendientes para solucionar la controversia.

151 Artículo 2018 (2).

152 Artículo 2019 (1); Leir, p. 253.

153 Artículo 2019 (2). Su base fue el artículo XXIII.2 del GATT, el cual se detalla en el punto 20 del Entendimiento de 1990.

— Una parte reclamante suspenderá primero beneficios dentro del mismo sector o sectores afectados por la medida incompatible con el Tratado, o por otro asunto que el panel consideró incompatible con las obligaciones derivadas del Tratado, o aunque no lo contradice sí causó anulación o menoscabo;¹⁵⁴

— Si una parte reclamante considera que no es factible ni eficaz la suspensión de beneficios en el mismo sector o sectores, podrá suspender beneficios en otros sectores.¹⁵⁵

— Si una parte contendiente considera que los beneficios suspendidos son manifiestamente excesivos, podrá solicitar a la Comisión, la instalación de un panel que determine tal situación, para lo cual deberá entregar solicitud escrita con copia para las otras partes y para su Sección del Secretariado.¹⁵⁶

Este panel basará su actuación en las Reglas Modelo de Procedimiento, debiendo presentar su determinación dentro de los sesenta días siguientes a la elección del último miembro o en cualquier otro plazo que acuerden las partes contendientes.¹⁵⁷

C. *El Tratado ante instancias judiciales y administrativas internas*

Si dentro de un procedimiento judicial o administrativo interno de un país parte del Tratado, surge una cuestión de interpretación o aplicación del mismo, y cualquier otro país parte considera que debe intervenir, esa parte deberá notificar a los otros países y a su Sección del Secretariado.

Asimismo, cuando un tribunal u órgano administrativo solicite la opinión de algún país miembro del Tratado, ese país lo notificará a los demás países y a su Sección del Secretariado.¹⁵⁸

El asunto se remitirá la Comisión para que lo más pronto posible dé una respuesta adecuada. El país en cuyo territorio se encuentra ubicado el tribunal o el órgano administrativo entregará tal interpretación a dichos órganos, cumpliendo las reglas de procedimiento del respectivo país.¹⁵⁹

Sólo en el caso de que la Comisión no logre acordar una respuesta común, cualquiera de los países podrá presentar su opinión al tribunal

154 Artículo 2019 (2) (a).

155 Artículo 2019 (2) (b).

156 Artículo 2019 (3).

157 Artículo 2019 (3) y (4).

158 Artículo 2020 (1).

159 Artículo 2020 (2).

o al órgano administrativo, de acuerdo con las normas procedimentales de dicho país.¹⁶⁰ De presentar respuestas dos países, el tribunal u órgano administrativo escogerá entre ellos.¹⁶¹

La Comisión necesitaría de un cuerpo de expertos legales para interpretar el Tratado bajo el artículo 2020.

Derechos de los particulares. El Tratado establece que ningún país podrá otorgar derecho de acción a sus nacionales en su legislación interna contra cualquiera de los otros países, basados en que una medida del otro país es incompatible con las obligaciones del Tratado.¹⁶²

Las disposiciones del Tratado sólo obligan a los países miembros y únicamente ellos son los legitimados para accionar el mecanismo general de solución de controversias del capítulo XX.

Con esta norma se sigue la práctica internacional de no reconocer capacidad procesal a un individuo para hacer valer sus derechos contra un Estado, ante un tribunal internacional.¹⁶³

D. Solución de controversias comerciales privadas

Existe la obligación de los tres países para promover y facilitar el uso del arbitraje y de otros medios alternativos, para la solución de controversias comerciales internacionales que se susciten entre particulares de la zona de libre comercio de América del Norte.¹⁶⁴

Para cumplir lo anterior, cada país dispondrá de procedimientos adecuados que aseguren la observancia, el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales que se emitan en las controversias comerciales internacionales entre los particulares.¹⁶⁵

Si los socios del TLCAN son partes y cumplen las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, suscrita en Nueva York en 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Panamá en 1975, entonces se presumirá que cumplen tal disposición.

¹⁶⁰ Artículo 2020 (3).

¹⁶¹ Sohn, Louis B., "Comments on Dispute Resolution", *United States-Mexico Law Journal*, Albuquerque, The University of New Mexico School of Law, volume 1, number 1, 1993, p. 32.

¹⁶² Artículo 2021.

¹⁶³ Sin embargo, existe una excepción a esta norma en el capítulo XI del Tratado sobre Inversión, donde se le reconoce capacidad procesal a los particulares inversionistas contra los Estados partes del Tratado, si éstos incumplen normas estipuladas en sus contratos.

¹⁶⁴ Artículo 2022.

¹⁶⁵ Artículo 2022.

Al respecto, México, Estados Unidos y Canadá son partes de la Convención de Nueva York. De la Convención de Panamá sólo son parte México y Estados Unidos.¹⁶⁶

Por su parte, la Convención de Nueva York se refiere al problema más importante del arbitraje comercial, el relacionado con el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.¹⁶⁷ El artículo 1 de esta Convención señala que se aplica a las diferencias entre personas físicas o jurídicas. Asimismo, indica que se aplicará al reconocimiento y a la ejecución de los laudos arbitrales dictados en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución, y que tenga su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas.

Cabe destacar que tanto la Convención de Nueva York como la de Panamá y otras celebradas en esta materia no se aplican a los conflictos que se suscitan entre Estados, porque éstos se encuentran dentro del área del derecho internacional público.

De otro lado, el Tratado dispone que la Comisión establecerá un comité consultivo de controversias comerciales privadas integrado por personas con conocimientos especiales o con experiencia en la solución de disputas comerciales internacionales privadas. Este comité consultivo hará estudios y presentará informes y recomendaciones a la Comisión sobre asuntos que se le consulte respecto a la existencia, el uso y la eficacia del arbitraje y de los otros procedimientos alternativos de solución de controversias comerciales privadas.¹⁶⁸

2. Solución de controversias en materia de antidumping y cuotas compensatorias (capítulo XIX)

El capítulo XIX del TLCAN comprende las normas referentes a la revisión y solución de controversias en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias.¹⁶⁹ Es decir, trata el tema de las prácticas desleales de comercio internacional, llámense *dumping* y subsidios. Contempla disposiciones sobre las reformas legislativas en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias, la revisión de las decisiones definitivas por parte

166 México incorporó en su derecho interno las disposiciones de ambas convenciones: en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal mediante reformas del 7 de enero de 1988, en el Código Federal de Procedimientos Civiles a través de sus reformas del 12 de enero de 1988, y en el Código de Comercio con las reformas del 4 de enero de 1989.

167 Montoya Alberti, Ulises, *El arbitraje comercial*, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1988, p. 288.

168 Artículo 2022 (4).

169 El capítulo 19 del ALC sirvió de base al capítulo XIX del TLCAN.

de los paneles binacionales y el sistema de salvaguarda para la efectividad de la revisión por el panel.

El capítulo XIX del TLCAN se diseñó para atender estos problemas de *dumping* y subsidios mientras los tres países trabajan en normas nuevas para tratar las prácticas desleales de comercio internacional.¹⁷⁰

De conformidad con el artículo VI del GATT, para que un gobierno miembro pueda imponer una cuota compensatoria a las importaciones provenientes de otro país miembro, deberá determinar la existencia de:

— La importación de mercancías a un precio inferior al ordinario de las mismas en el mercado de origen (*dumping*), o

— El otorgamiento de cualquier estímulo, prima, subsidio o cualquier tipo de ayuda, por parte de un gobierno extranjero a la fabricación, manufactura o comercialización de mercancías destinadas a la exportación (subsidio);

— Un daño o la amenaza de daño a la industria doméstica, y

— Un nexo causal entre el daño o la amenaza de daño y la existencia de *dumping* o subsidio.¹⁷¹

A. Vigencia de las disposiciones jurídicas internas en materia de antidumping y cuotas compensatorias (artículo 1902)

Según las disposiciones de este artículo, los tres países (México, Estados Unidos y Canadá) conservan el derecho de aplicar sus leyes nacionales existentes en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias a los bienes importados de los otros países miembros,¹⁷² hasta que existan nuevas leyes comerciales.¹⁷³ Asimismo, podrán modificarlas.

Esto significa que las empresas mexicanas, estadounidense y canadienses continuarán llevando casos de *dumping* y subsidios contra importaciones de los otros países miembros, bajo sus leyes y procedimientos internos existentes. Sin embargo, el derecho de cada país de aplicar y reformar sus leyes internas en dichas materias está sujeto a ciertas limitaciones.¹⁷⁴

170 Artículo 1907 (2) (B).

171 Gallardo, Javier. "Análisis comparativo entre los sistemas norteamericano y mexicano de defensa contra prácticas desleales de comercio internacional", *Ars Iuris*, México, Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, número 7, 1992, p. 86.

172 Artículo 1902 (1).

173 Según el artículo 1907 (2) (B) los tres países miembros del Tratado acuerdan entablar consultas sobre la factibilidad de apoyarse en un sistema sustituto de normas, para tratar las prácticas desleales transfronterizas de precios y el otorgamiento de subsidios gubernamentales.

174 Steger, p. 140.

En este aspecto, el Tratado incorpora un rasgo tomado del ALC que asegura la estabilidad y predictibilidad de las leyes existentes en los tres países en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias. Este es un procedimiento guardián porque cualquier futura modificación que un país haga a sus leyes vigentes en *antidumping* y cuotas compensatorias, se aplicará a los otros socios del TLCAN solamente: si la nueva legislación claramente especifica que se aplicará a los otros países; si ha mediado notificación previa a los otros países; se ha llevado a cabo consultas con el país al cual se va aplicar la reforma antes de que se apruebe ésta, y si tales modificaciones son compatibles con el GATT, los códigos *antidumping* y de subsidios del GATT, y con el objeto y finalidad del TLCAN y de este capítulo XIX.¹⁷⁵

Este procedimiento tiene como objetivo frenar la adopción de leyes domésticas que minen las obligaciones internacionales que se tienen mutuamente los tres países. Esta disposición también resalta el compromiso de los tres socios de diseñar legislación compatible con el objeto y propósito del TLCAN y del capítulo XIX.¹⁷⁶

Asimismo, el Tratado establece una lista de cambios que los tres países tienen que hacer a sus leyes sobre *antidumping* y cuotas compensatorias para lograr el funcionamiento del capítulo XIX.¹⁷⁷

B. Revisión de las reformas legislativas (artículo 1903)

Como comentamos anteriormente, en el caso de que se lleve a cabo cualquier reforma legislativa, el procedimiento es el siguiente: primero, el país que va realizar la enmienda debe avisar previamente a los otros dos socios de su intención de hacerlo; segundo, la parte afectada tiene el derecho de solicitar consultas binacionales.¹⁷⁸

Si estas consultas fracasan y la reforma se promulga, la parte que se considere afectada puede solicitar que se designe un panel binacional¹⁷⁹ de cinco miembros para revisar tal legislación y luego emita una "opinión declarativa".¹⁸⁰ Todo el procedimiento relativo a la revisión

175 Artículo 1902 (2). Leir, p. 254. Rojas, p. 19.

176 Leir, p. 254.

177 Artículo 1904 (15). Ver lista del Anexo 1904.15.

178 Artículo 1902 (2) (c).

179 El término "panel" fue observado por los asesores de la delegación mexicana durante las negociaciones del Tratado. Conforme a la tradición jurídica latina, cuando se va llevar a cabo un procedimiento arbitral se acude a tribunales especiales o *ad hoc*. En cambio, en la práctica sajona sí se usa el término "panel". El término correcto es *tribunal arbitral*, *vid.* Cruz Miramontes, Rodolfo, pp. 23-24. Incluso en el texto en francés se habla de "*groupe spécial*", no de panel.

180 Artículo 1903 (1).

de las reformas legislativas está contemplado en el artículo 1903 del Tratado.

El panel llevará a cabo su revisión conforme al procedimiento establecido en el Anexo 1903.2, a no ser que las partes acuerden otra cosa.¹⁸¹ Según las disposiciones de este anexo, el panel fundará su resolución únicamente en los argumentos y comunicaciones que le presenten las dos partes.¹⁸² También dispone que el panel presentará a las dos partes —dentro de un plazo de noventa días a partir de la designación del presidente— una opinión declarativa preliminar por escrito, la cual contendrá las conclusiones de hecho y su resolución con base en el artículo 1903 del Tratado.¹⁸³ La opinión declarativa preliminar podrá ser materia de objeciones motivadas por las partes contendientes, por lo que el panel hará una última revisión del caso con la opinión de ambas partes.

Después de esto, el panel emitirá su opinión declarativa definitiva por escrito, junto con las opiniones individuales —disidentes o concurrentes— de los miembros del panel, dentro de los treinta días siguientes en que se solicitó la reconsideración.¹⁸⁴ La opinión declarativa final del panel se publicará junto con cualquier otra opinión personal de sus miembros y con cualquier opinión que una de las partes desee publicar.¹⁸⁵

Si el panel binacional en su opinión definitiva determina que la reforma es incompatible con el GATT o con el TLCAN, o si la reforma revoca una resolución previa de un panel binacional y además es incompatible con el GATT o con el TLCAN,¹⁸⁶ por lo que el panel recomienda modificaciones, entonces los dos países deben entablar consultas obligatorias —por un periodo de noventa días a partir de que el panel emita su opinión declarativa final— con objeto de buscar una solución mutuamente satisfactoria. La solución puede ser promulgar legislación correctiva.¹⁸⁷

Si la legislación correctiva no se promulga y no se ha alcanzado ninguna otra solución —dentro de un plazo de nueve meses—, la parte reclamante tiene el derecho de adoptar legislación equivalente o tomar medidas administrativas similares o denunciar el TLCAN respecto al

181 Artículo 1903 (2).

182 Anexo 1903.2 (1).

183 Anexo 1903.2 (2).

184 Anexo 1903.2 (4).

185 Anexo 1903.2 (5).

186 Artículo 1903 (1).

187 Artículo 1903 (3) (a).

país que hizo la reforma, previa notificación de sesenta días a esa parte.¹⁸⁸

La tarea del panel binacional —de emitir opinión respecto a si una reforma legislativa a las disposiciones internas de un país regulatorias de las prácticas desleales de comercio internacional, está apegada al artículo 1902 (2) (d) (i) y (ii) del Tratado— culmina con una opinión, con recomendaciones para solucionar el conflicto, ésta no es propiamente la labor de un tribunal arbitral, sino de un “Comité o Comisión de Expertos”. No se precisó convenientemente los términos, pues debió dejarse lo arbitrable para un tribunal *ad hoc*, y lo opinable para un comité.¹⁸⁹

Sin embargo, la opinión declarativa final del panel, pese a su calidad de tal, está dotada de gran coacción porque su falta de acatamiento puede ocasionar la denuncia del Tratado. Este es el único motivo excepcional para denunciar el Tratado; la otra posibilidad de denuncia es la genérica, que se contempla en todos los convenios internacionales y aparece como facultad unilateral de los países miembros en el artículo 2205.

C. Revisión de las resoluciones definitivas sobre antidumping y cuotas compensatorias (artículo 1904)

El segundo rasgo tomado del ALC es el establecimiento de paneles binacionales para reemplazar la revisión judicial interna. Con este procedimiento cada uno de los países podrá reemplazar la revisión judicial interna de las “resoluciones definitivas” sobre *antidumping* y cuotas compensatorias por la revisión que lleve a cabo un panel binacional.¹⁹⁰ Con esta disposición se reemplaza la revisión judicial interna y se garantiza la misma, tanto en México como en Estados Unidos y Canadá.

Cualquier país implicado o una persona —que conforme al derecho del país importador está legitimada para iniciar procedimientos de revisión judicial de la resolución definitiva sobre *antidumping* y cuotas compensatorias— a través de él, puede solicitar el establecimiento de un panel binacional para que revise una resolución definitiva emitida

188 Artículo 1903 (3) (b).

189 Cruz Miramontes, Rodolfo, “El capítulo XIX del Tratado Trilateral de Libre Comercio”, ponencia presentada en *Seminario Internacional sobre Prácticas Desleales de Comercio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-SECOFI, 29-10-93, p. 26.

190 Artículo 1904 (1). Se basó en el capítulo 19 del ALC, que en su momento fue una completa innovación. Horlick, Gary N., “The US- Canada FTA and GATT Disputes Settlement Procedures. The Litigant’s View”, *Journal of World Trade*, Switzerland, volume 26, number 2, April 1992, p. 10.

por una autoridad investigadora competente,¹⁹¹ llámese el Departamento de Comercio o la Comisión de Comercio Internacional en los Estados Unidos; el Departamento de Ingresos y Aduanas o el Tribunal de Comercio Internacional en Canadá; y la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial en el caso de México.¹⁹²

En el caso de México, la resolución definitiva pone fin a un proceso de *dumping* o de cuotas compensatorias, a una revisión anual de la resolución definitiva o a la pertenencia a un tipo especial de mercancía;¹⁹³ por lo tanto, la definitividad que aquí se contempla no significa que haya causado estado en términos procesales, sino que ha terminado una etapa procesal y puede ser objeto de revocación.

Los países miembros del Tratado podrán reemplazar la revisión judicial interna de las decisiones que se dicten en casos de prácticas desleales de comercio internacional, por la revisión de un panel binacional. En las negociaciones del Tratado, las partes dejaron en claro que la instalación de los paneles es un recurso potestativo —no obligatorio—, pues se conservan los procedimientos de impugnación ordinarios internos de cada país. Por supuesto, si se opta por un recurso, éste excluye al otro.

Respalda esta afirmación el hecho de que los tres países manifiestan, en forma expresa, que conservan el derecho de aplicar sus disposiciones jurídicas en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias.¹⁹⁴

Inclusive existe la obligación de que no se aplicará el sistema de revisión por el panel binacional cuando exista una resolución definitiva revisada, emitida por un tribunal de la parte importadora, porque ninguna de las partes implicadas solicitó la instalación del panel con anterioridad.¹⁹⁵

Asimismo, las leyes internas de cada país establecerán que los procedimientos internos de revisión judicial no inicien, sino hasta que concluya el plazo para solicitar la integración de un panel.¹⁹⁶

Por estas consideraciones, es evidente que se redactó mal el párrafo 1 del artículo 1904, pues en vez de decir “podrán reemplazar”, dice “reemplazarán”.

En cuanto a la norma aplicable, el Tratado establece que el panel aplicará el criterio de revisión aplicable en el país donde la investigación

191 Artículo 1904 (5).

192 Artículo 1904 (2). Anexo 1911. Steger, p. 140.

193 Cruz Miramontes, p. 13.

194 Artículo 1902 (1).

195 Artículo 1904 (12) (b). Las versiones en inglés y francés dicen lo mismo.

196 Artículo 1904 (15) (c) (i).

tuvo lugar y está obligado a seguir los principios generales de derecho que un tribunal de la parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora competente.¹⁹⁷

Sin embargo, estos criterios de revisión pueden variar ampliamente entre las tres partes del Tratado. El Anexo 1911 define el "criterio de revisión" remitiendo a las causales de revisión judicial de cada país, llamada para Canadá la Sección 18.1 (4) de la Ley de la Corte Federal; para los Estados Unidos la Sección 516 (b) (1) (A) y (B) de la Ley de Aranceles de 1930 con sus reformas; y para México el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación.¹⁹⁸

Si una parte solicita la revisión de la resolución definitiva por un panel, la competencia es cambiada de la Corte de Comercio Internacional en los Estados Unidos o de la Corte Federal en Canadá o del Tribunal Fiscal de la Federación en México, y conferido al panel binacional.¹⁹⁹

La tarea del panel es determinar si la autoridad investigadora competente decidió de acuerdo con su derecho interno en materia de *anti-dumping* y cuotas compensatorias.²⁰⁰ Siendo el panel en este supuesto, un tribunal de alzada.²⁰¹

En el caso de México, debido a que las partes intervinientes en el procedimiento de investigación en materia de prácticas desleales de comercio pueden optar por acudir a los procedimientos ordinarios o a los mecanismos alternativos previstos en los Tratado de los que México sea parte —para así impugnar la resolución definitiva de la SECOFI que establezca cuotas compensatorias— el plazo para interponer el recurso de revocación (ordinario) empieza a correr una vez agotado el plazo previsto en el Tratado para acudir al mecanismo alternativo. Como el TLCAN establece un plazo de treinta días para solicitar la integración de un panel binacional, el plazo de cuarenta y cinco días que fija la Ley de Comercio Exterior para interponer el recurso de revocación empezará a correr una vez transcurridos los treinta días de la notificación definitiva dictada por SECOFI.

Como las cuotas compensatorias definitivas afectan a los exportadores extranjeros o a los importadores establecidos en México, en la práctica serán ellos quienes recurran al mecanismo alternativo, porque según el artículo 97 de la Ley de Comercio Exterior, sólo procede optar

197 Artículo 1904 (3). En esto insistió Estados Unidos durante las negociaciones del ALC, quien fue firme en el sentido de que no se aplicarían las reglas del GATT. *Vid.* Horlick, p. 12.

198 James Smith, p. 85.

199 Leir, p. 255.

200 Artículo 1904 (2).

201 Cruz Miramontes, p. 6; Hudec, p. 257.

por el mecanismo alternativo cuando se han aplicado cuotas compensatorias, nunca en el caso contrario.²⁰²

Por su parte, los productores nacionales, al tener el carácter de solicitantes de las cuotas compensatorias, si estas se aplican será en su favor y por lo tanto no tendrán ningún interés en acudir a ningún medio de impugnación, ni ordinarios ni alternativos.

Pero si la autoridad administrativa resuelve no aplicar cuotas compensatorias definitivas, la única vía que tienen los productores nacionales son los medios de impugnación ordinarios, es decir, el recurso de revocación y el juicio ante el Tribunal Fiscal de la Federación, ya que no tienen acceso al procedimiento alternativo previsto en el Tratado.²⁰³

De lo anterior resulta que los productores nacionales tienen menos posibilidades de defensa que los exportadores extranjeros y los importadores establecidos en México, ya que los segundos pueden obtener la eliminación de las cuotas compensatorias con el fallo de un panel binacional, que devuelva la resolución definitiva a la autoridad administrativa para que adopte medidas compatibles con su decisión,²⁰⁴ pero los productores nacionales no podrán obtener el establecimiento de cuotas compensatorias en el juicio ante el Tribunal Fiscal de la Federación, ya que en la actualidad dicho tribunal no tiene esa competencia.²⁰⁵

a) Normas específicas para la integración del panel binacional

Las partes tienen la facultad de solicitar la integración de un panel, dentro de los treinta días siguientes de publicación de la resolución definitiva en el *Diario Oficial* o su equivalente en los otros dos países. Si por cualquier motivo ésta no se publicase, la parte importadora lo notificará a la parte afectada y así ésta podrá invocar la instalación del panel en término similar, contado a partir de la fecha de recepción de la notificación.²⁰⁶

Si lo solicita la parte afectada, también se podrá instalar un panel si se han dictado medidas provisionales al iniciarse una investigación.²⁰⁷

202 Patiño Mauffer, Ruperto, "Recursos ordinarios y jurisdiccionales en México. Sistemas actuales y los casos más relevantes", ponencia presentada en el *Seminario Internacional sobre Prácticas Desleales de Comercio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-SECOFI, 29-10-93, p. 29.

203 Patiño, p. 29.

204 Artículo 1904 (8).

205 Patiño, pp. 29-30.

206 Artículo 1904 (4).

207 Artículo 1904 (4).

Si no se solicita la instalación del panel en el término de treinta días señalado, “prescribirá” el derecho de revisión por un panel.²⁰⁸ Es decir, la falta de ejercicio del derecho a solicitar la instalación del panel, nos hará perderlo. Aquí hay un error técnico porque mediante la prescripción se pierden o adquieren derechos y obligaciones sustantivos, por el contrario, la falta de ejercicio de alguna facultad procesal produce la figura de la preclusión.²⁰⁹

El panel llevará a cabo la revisión según los procedimientos establecidos en el párrafo 14 del artículo 1904.²¹⁰ Dichas reglas —a adoptarse a la fecha de entrada en vigor del Tratado— se basarán en reglas procesales de apelación judicial e incluirán normas de contenido y de trámite. Van a regular los actos procesales tanto de la autoridad investigadora como de las partes, la confidencialidad, garantía de audiencia, legalidad y demás necesarias para tener una revisión legítima. Asimismo, las reglas se formularán de modo que el fallo definitivo del panel se expida en un lapso no mayor de 315 días, contados a partir del día siguiente a la fecha en que se presente la solicitud de integración de un panel.²¹¹

La autoridad investigadora competente que dictó la resolución definitiva impugnada podrá comparecer y ser representada por abogados ante el panel. También las personas que de acuerdo con el derecho del país importador pueden comparecer en un procedimiento interno de revisión judicial, podrán hacerlo ante el panel o ser representadas en él.²¹²

La decisión emitida por el panel binacional es definida como “fallo definitivo”. Este fallo es obligatorio para los países implicados.²¹³

El fallo del panel puede confirmar la resolución definitiva, o devolverla a la instancia anterior (autoridad administrativa competente) para que adopte medidas compatibles con su decisión.²¹⁴

Para darle fuerza al fallo del panel, el Tratado establece que ningún país contemplará en su legislación interna la posibilidad de impugnar ante sus tribunales un fallo definitivo de un panel.²¹⁵

208 Artículo 1904 (4).

209 Cruz Miramontes, p. 15. Los textos correspondientes en francés e inglés del Tratado sí utilizan la palabra “*exclu*” y “*preclude*”, respectivamente.

210 Artículo 1904 (6).

211 Artículo 1904 (14).

212 Artículo 1904 (7).

213 Artículo 1904 (9).

214 Artículo 1904 (8).

215 Artículo 1904 (11).

b) Invocabilidad de los gobiernos

Sólo los gobiernos federales pueden invocar el procedimiento del panel. Los particulares que tengan interés en el caso podrán hacerlo únicamente a través de su gobierno. Esto es diferente al capítulo XX, que es estrictamente un proceso de gobierno a gobierno. Pero el TLCAN, reconociendo que los casos de *antidumping* y cuotas compensatorias constituyen en esencia acciones de tipo privado, ha asegurado expresamente el acceso de los particulares al mecanismo de revisión por los paneles binacionales.²¹⁶

Cuando un particular involucrado en una investigación sobre órdenes de *antidumping* o cuotas compensatorias solicita a su gobierno que en su nombre invoque la revisión por parte de un panel binacional, dicho gobierno está obligado a hacerlo.²¹⁷

D. Comité especial para salvaguardar el sistema de revisión del panel (artículo 1905)

En el artículo 1905 existen normas para hacer efectivo el sistema de revisión que lleve a cabo un panel.

Se prevé la formación de un comité especial cuando a juicio de uno de los países, con la legislación de otro país miembro se impida el establecimiento de un panel, se dificulte que el panel pronuncie su fallo, se impide que se ejecute el fallo del panel o se impida la revisión de una resolución definitiva por un tribunal interno o un panel.²¹⁸

Estos impedimentos serán como consecuencia de la legislación nacional de cualquiera de los países miembros. Los casos previstos son muy serios, pues implican que existe un sistema legal diseñado para impedir que se cumpla el artículo 1904 (revisión de resoluciones definitivas sobre *antidumping* y cuotas compensatorias).²¹⁹

El país que se considere afectado podrá solicitar consultas para aclarar la situación y procurar resolverlas de común acuerdo.²²⁰ Si estas consultas no tienen éxito después de cuarenta y cinco días, sólo entonces la parte reclamante podrá solicitar la formación del "comité especial".²²¹

216 Steger, p. 141.

217 Artículo 1904 (7); Steger, p. 141.

218 Artículo 1905 (1).

219 Cruz Miramontes, p. 31.

220 Artículo 1905 (1), último párrafo.

221 Artículo 1905 (2).

La lista de los candidatos para integrar este comité especial se establecerá conforme al Anexo 1904.13. Este comité especial estará compuesto de sólo tres miembros.²²²

Los tres países fijarán las normas de procedimiento según el Anexo 1905.6.²²³

Si la determinación del comité especial declara que sí se produjo una de las causales invocadas, entonces las partes deberán entablar consultas para solucionar el problema de mutuo acuerdo, dentro de los sesenta días de emitido aquél.²²⁴

Si no se llega a un acuerdo mutuo, la parte reclamante tiene la facultad de suspender el mecanismo de revisión previsto en el artículo 1904 o suspender aplicación de los beneficios derivados del Tratado, en perjuicio de la parte demandada.²²⁵

Si se da el primer supuesto —que la parte reclamante suspenda el funcionamiento del artículo 1904— se le faculta a la parte demandada el mismo derecho, motivo por el cual ya no se aplicaría a ambos países el sistema de revisión de resoluciones definitivas sobre *antidumping* y cuotas compensatorias del artículo 1904, y por lo tanto, las resoluciones sólo se revisarían por los órganos internos del país que las dicte. Por lo que el Tratado expresamente previene que automáticamente se remitirán los asuntos pendientes de revisión, al tribunal interno competente.²²⁶

Este comité especial podrá reunirse nuevamente si la parte demandada ha corregido el problema con las sugerencias formuladas en el dictamen emitido por dicho comité especial, o si los beneficios suspendidos por la parte reclamante son excesivos.²²⁷

Si el comité especial concluye —en un informe presentado a ambas partes— que la parte demandada ha corregido el problema, se dará por terminada la suspensión²²⁸ y se reanudará el sistema de revisión previsto en el artículo 1904.

222 De forma similar al Comité de Impugnación Extraordinaria previsto en el Anexo 1904.13.

223 Para mayor detalle ver el Anexo 1905.6.

224 Artículo 1905 (7).

225 Artículo 1905 (8).

226 Artículo 1905 (12). Cruz Miramontes, p. 32.

227 Artículo 1905 (10).

228 Artículo 1905 (10) último párrafo.

E. *Integración de paneles binacionales que van a revisar las reformas legislativas (1903) y las resoluciones definitivas sobre antidumping y cuotas compensatorias (1904)*

El Anexo 1901.2 del capítulo XIX del Tratado contempla las disposiciones que se aplicarán en la conformación de los paneles binacionales que van a tener a su cargo la revisión de reformas legislativas y la revisión de las resoluciones definitivas sobre *antidumping* y cuotas compensatorias.²²⁹ Por lo tanto, este Anexo regirá tanto para el artículo 1903 como para el artículo 1904 del Tratado.

a) Disposiciones comunes

A la fecha de entrada en vigor de este Tratado, México, Canadá y Estados Unidos elaborarán una lista de setenta y cinco personas que puedan servir como panelistas. Cada país seleccionará veinticinco individuos. Todos los candidatos serán nacionales de los tres países.²³⁰ Los candidatos elegibles serán de preferencia jueces o que lo hayan sido, de bastante práctica en el derecho comercial internacional.²³¹

Las partes implicadas en una diferencia no se encuentran limitadas a escoger sólo a integrantes de la lista, sino que pueden escoger a otras personas; sin embargo, si no se escoge de la lista, cada parte puede recusar hasta cuatro candidatos que proponga la otra parte.²³²

Cada panel se compondrá de cinco miembros, dos designados por cada parte en consulta con la otra parte. El término para la designación de los cuatro primeros panelistas será de treinta días a partir de la fecha de solicitud de integración del panel.²³³ Y el quinto panelista será elegido por ambas partes de común acuerdo dentro de cincuenta y cinco días a partir de la misma fecha.²³⁴ Si las partes implicadas no se ponen de acuerdo se decidirá por sorteo quién seleccionará al quinto panelista de entre las personas de la lista.

Posteriormente, de entre los *juristas* que integran el panel, los mismos panelistas nombrarán a un presidente, esta selección será por mayoría de votos. Si no hay mayoría en la votación, el presidente se elegirá por sorteo, también de entre los juristas del panel.²³⁵ Esto quiere decir que

229 Artículo 1901 (2).

230 A diferencia del capítulo XX que no especifica que sean nacionales de los tres países miembros del Tratado.

231 Anexo 1901.2 (1).

232 Cruz Miramontes, p. 18.

233 Anexo 1901.2 (2).

234 Anexo 1901.2 (3).

si entre los miembros del panel sólo hay un jurista, éste deberá ser el presidente del mismo.

Como se observa, el procedimiento para la integración del panel tiene plazos fijos. Si las partes no designan panelistas dentro de ellos, entonces se escogerá por sorteo.²³⁶

No obstante, para la designación del presidente del panel no se especifica un plazo determinado, sólo dice que se hará "con prontitud", lo cual fue una omisión.²³⁷

La nominación de los cinco árbitros será en la forma tradicional, no se contempló la selección cruzada del capítulo XX, con lo cual se hubiesen superado las limitaciones propias de aquel sistema. De manera que cada una de las partes tendrá —en principio— dos nacionales en el panel y un quinto presumiblemente imparcial. Aunque, pese a la calidad humana y profesional de los árbitros, es difícil pretender una absoluta imparcialidad.²³⁸

b) Las decisiones

El panel adoptará sus decisiones por mayoría de votos de todos sus miembros. Su fallo será por escrito y motivado, acompañado de cualquier opinión disidente o coincidente de los panelistas.²³⁹

c) Código de conducta

Los panelistas estarán sujetos al Código de Conducta que los tres países miembros del Tratado establecerán en la fecha de entrada en vigor del Tratado. Este Código de Conducta guiará el quehacer de los miembros de los paneles y comités que van a tener a su cargo revisar las reformas legislativas (1903), revisar las resoluciones definitivas sobre *antidumping* y cuotas compensatorias (1904) y vigilar la salvaguarda del sistema de revisión del panel (1905).²⁴⁰ Si una de las partes implicadas considera que un panelista contraviene dicho código, las dos partes realizarán consultas para atender el asunto, y si lo acuerdan, podrán remover al panelista y seleccionarán uno nuevo, según los procedimientos de este Anexo 1901.2.²⁴¹

235 Anexo 1901.2 (4).

236 Anexo 1901.2 (2) y (3).

237 Anexo 1901.2 (4). Cruz Miramontes, p. 26.

238 Cruz Miramontes, p. 25.

239 Anexo 1901.2 (5).

240 Artículo 1909.

241 Anexo 1901.2 (6).

d) Compromiso de confidencialidad

Las normas referidas al compromiso de confidencialidad sólo se aplicarán a los integrantes del panel, que van a revisar las resoluciones definitivas sobre *antidumping* y cuotas compensatorias, conforme al artículo 1904.

En este caso, una vez designado un panelista, éste deberá comprometerse —por escrito— a mantener un compromiso de confidencialidad sobre la información confidencial, reservada o privilegiada que reciba en el ejercicio de sus funciones, que le proporcionen los países o sus nacionales,²⁴² bajo pena de ser sancionado por las leyes respectivas de su país de origen.²⁴³ Excepto estas sanciones, los panelistas gozarán de inmunidad en el desempeño de sus funciones.²⁴⁴

E. Comité de impugnación extraordinaria

Este comité²⁴⁵ se encargará de revisar el fallo del panel binacional —constituido para revisar las resoluciones definitivas sobre *antidumping* y cuotas compensatorias— establecido según el artículo 1904.

En el caso de que una parte afirme que un miembro del panel violó las normas de conducta, o el panel no cumplió con el procedimiento o se excedió en sus facultades, y con esa acción se afectó el fallo del panel y se puso en duda la integridad del proceso de revisión,²⁴⁶ entonces, ante un asunto tan serio esa parte podrá promover la llamada “impugnación extraordinaria”.

El asunto se someterá a la revisión de un comité de impugnación extraordinaria integrado por tres miembros.²⁴⁷ Los miembros del comité se seleccionarán de una lista de quince jueces o personas que lo hayan sido.²⁴⁸

Cada una de las partes implicadas seleccionará un miembro de la lista, y por sorteo se decidirá quién elige al tercer miembro.²⁴⁹ A la fecha de entrada en vigor del TLCAN las partes establecerán las normas de procedimiento de este comité.

242 Anexo 1901.2 (7).

243 Anexo 1901.2 (8).

244 Anexo 1901.2 (12).

245 Se le denomina “comité” —no panel—, aunque en realidad es un tribunal arbitral. *Vid.*, Miramontes, Rodolfo Cruz, p. 30.

246 Artículo 1904 (13).

247 Artículo 1904 (13). Anexo 1904.13.

248 Para lo cual, cada uno de los países nombrará cinco integrantes de la lista.

249 Anexo 1904.13 (1).

Este comité de impugnación extraordinaria sólo puede ser invocado por uno de los gobiernos parte en la contienda.²⁵⁰

Las reglas de procedimiento del comité de impugnación extraordinaria establecerán que la resolución del comité se dictará dentro de los noventa días siguientes de su instalación.²⁵¹ La resolución de este comité respecto al fallo visto por el panel binacional, es obligatoria para las partes.²⁵² El comité analizará los hechos y el derecho en que se funden el fallo y las conclusiones del panel para ver si contiene las causales invocadas por una parte y previstas en el artículo 1904 (13). Si no se comprueban los hechos invocados, el comité puede confirmar la decisión del panel binacional. Si se comprueban los hechos invocados, el comité podrá revocar el fallo del panel o devolverlo para que éste adopte una medida compatible con la resolución del comité.²⁵³ Si se anula el fallo del panel se procederá a instalarse un nuevo panel de conformidad con el Anexo 1901 (2).

Seguramente este comité rara vez se instalará, pero la existencia del procedimiento de impugnación extraordinaria es indispensable para asegurar el derecho de las partes a un procedimiento justo (que de otra manera se frustraría), en la revisión que realizó el panel binacional.²⁵⁴

3. *Otras disposiciones del Tratado referentes a solución de controversias*

En varios capítulos del TLCAN hay disposiciones para entablar consultas o establecer un grupo de trabajo o un comité especial para tratar los problemas de ese capítulo en sí.

Así, el artículo 104 menciona que las obligaciones referentes a acuerdos de medio ambiente y conservación prevalecerán sobre las disposiciones del TLCAN incompatibles con aquellos, y especifica que si una obligación bajo los otros acuerdos puede cumplirse por diferentes medios, la parte reclamante debe escoger la alternativa que sea menos incompatible con el Tratado.

El artículo 414 (1) trata de las reglas de origen, y señala que el propósito de las consultas es "para asegurar que este capítulo se aplique de manera efectiva, uniforme y compatible de conformidad con el espíritu y los objetivos de este Tratado".

250 Leir, p. 255.

251 Anexo 1904.13 (2).

252 Anexo 1904.13 (3).

253 Anexo 1904.13 (3).

254 Leir, p. 256.

Bajo el artículo 513 se establece un grupo de trabajo sobre reglas de origen para “la efectiva aplicación y administración” de los artículos 303, 308, 311 sobre la efectiva administración de los asuntos relativos a aduanas y del capítulo III sobre trato nacional y acceso al mercado.

Este grupo está autorizado para asegurar la interpretación uniforme de esos capítulos, procurar alcanzar un acuerdo sobre cualquier propuesta de una parte para modificarlos o hacerles una adición, y proponer a la Comisión de Libre Comercio la adopción de cualquier modificación o adición.

El artículo 513 (6) también señala el establecimiento de un subgrupo de aduanas que procurará llegar a acuerdos sobre “la interpretación, aplicación y administración uniforme” de capítulos, reglas y reglamentaciones relacionados y sobre “cualquier otro asunto que le remitan una parte, el grupo de trabajo o el Comité de Comercio de Bienes” establecido bajo el artículo 316. Si el subgrupo no llega a ningún acuerdo sobre el asunto, lo pasará al grupo de trabajo, quien puede remitirlo a la Comisión.

También se establecen consultas bajo el artículo 702 cuando una de las partes desea adoptar una medida conforme a un acuerdo intergubernamental referente a bienes agropecuarios —que podría afectar a las partes— para evitar la anulación o menoscabo de una concesión generada bajo el TLCAN.

El artículo 705 (6), relativo a subsidios a la exportación, establece las consultas y un grupo de trabajo sobre subsidios agropecuarios que vigile el volumen y precio de las importaciones agropecuarias que han sido beneficiadas con subsidios a la exportación. Este grupo de trabajo también servirá de foro para que las partes elaboren criterios y procedimientos mutuos para alcanzar un acuerdo de limitación o eliminación de subsidios a la exportación de productos agropecuarios importados a los territorios de las partes.

Con el apoyo de un comité asesor en materia de controversias comerciales privadas (a establecerse bajo el artículo 2022 [4]), se presentarán informes y recomendaciones al comité de comercio agropecuario para elaborar sistemas para resolver controversias comerciales privadas referentes a productos agropecuarios que necesiten atención urgente, así como el caso de productos percederos.²⁵⁵

Respecto a las medidas sanitarias y fitosanitarias que son necesarias para proteger la salud y la vida humana, animal o vegetal, el artículo 718 establece un sistema de publicación y notificación de su intención

de adoptar o modificar esa medida a las otras partes. La parte que propone tales medidas deberá discutirlos con aquellos que presenten comentarios por escrito, y "tomará en cuenta los comentarios y los resultados de tales discusiones".

Por el artículo 722 se establecerá un comité de medidas sanitarias y fitosanitarias para promover la cooperación técnica entre las partes y facilitar las consultas sobre estos asuntos.

Según el artículo 801, durante un periodo transitorio, si un bien es importado del territorio de una parte al de otra parte en cantidades que causen daño o amenazen de ello, a la industria nacional de la parte que importa, esta podrá aumentar el porcentaje de sus derechos aduanales sobre esos bienes, pero antes deberá notificar a la parte exportadora de su intención y solicitar consultas con tal objeto, sobre todo para ver la compensación a la otra parte por las pérdidas que sufrirá en sus exportaciones.

En el capítulo IX también hay disposiciones sobre consultas en caso de controversias en medidas de normalización, incluso en aquellas relativas a la seguridad y protección de la salud y la vida humana, animal y vegetal, del medio ambiente y de los consumidores.²⁵⁶

Se establece un comité de medidas relativas a normalización que establecerá un fórum para que las partes consulten temas relacionados con medidas relativas a normalización.²⁵⁷

Según el artículo 913 (5), el comité puede crear subcomités o grupos de trabajo para áreas específicas.

En el capítulo XI sobre inversión, el inversionista de una parte que tenga una controversia con otra parte sobre inversiones hechas en ese país, puede someter la reclamación a arbitraje. Pudiendo escoger entre los tres principales sistemas de arbitraje existentes. Puede someterlo al Convenio del CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) o someterlo a arbitraje bajo las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o bajo las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law).²⁵⁸

256 Artículo 904.

257 Artículo 913.

258 Artículo 1120.