

## EL CAPÍTULO XX: DISPOSICIONES INSTITUCIONALES Y PROCEDIMIENTOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Fernando SERRANO MIGALLÓN

*SUMARIO: I. Introducción; II. Los mecanismos internacionales para la solución de controversias en el derecho mexicano; III. Capítulo XX: disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias; IV. Instituciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte; V. Selección de foro; VI. El mecanismo de solución de controversias; VII. Cumplimiento de las resoluciones; VIII. Procedimientos internos y solución de controversias comerciales privadas; IX. Capítulo XXVIII: publicación, notificación y administración de leyes.*

### I. INTRODUCCIÓN

Todo Estado cuenta con un sistema jurídico propio, el cual organiza su estructura de gobierno, a sus autoridades y otorga derechos a quienes habitan en su territorio creando un orden de convivencia dentro del mismo. De hecho, “existen tantos sistemas jurídicos como países hay en el mundo”.<sup>1</sup> Sin embargo, los estados no son entes aislados, si no que interactúan con los otros en un mundo en que las relaciones económicas y políticas se han multiplicado de manera acelerada, lo que ha propiciado la globalización de la economía y la formación de bloques comerciales que se disputan el mercado.

<sup>1</sup> Arellano, Carlos, *Derecho internacional privado*, 10ª ed., México, Porrúa, 1992, p. 19.

Ante este fuerte intercambio comercial aunado al hecho de que cada Estado cuenta con su propio sistema jurídico, es natural anticipar la existencia de conflictos originados por esta diversidad jurídica y la negativa de los Estados y los particulares de no someterse a la jurisdicción de otros países.

Una de las funciones del derecho es armonizar esta diversidad y garantizar la seguridad jurídica de las partes involucradas mediante la selección de los procedimientos que regularán las relaciones jurídicas,<sup>2</sup> así, se han creado mecanismos alternos, a los ya existentes en el interior de cada uno de los sistemas, para la solución de controversias comerciales internacionales, esto ha redundado en la proliferación de acuerdos multilaterales e instancias internacionales para la solución de controversias y se inicia un fenómeno que tiende a la unificación de los diversos sistemas jurídicos. Actualmente existen más de 200 instrumentos bilaterales y multilaterales para resolver controversias y de hecho la mayoría de los países revisan sus legislaciones y prácticas para hacerlas menos formales y más eficaces.<sup>3</sup>

Es interesante observar cómo la preferencia por métodos alternos de solución de controversias en materia comercial se extiende de manera notable debido a la flexibilidad, confidencialidad, velocidad, neutralidad y capacidad de la tercera parte a quien se le confiere la resolución de las controversias,<sup>4</sup> por lo que no es aventurado anticipar que tarde o temprano se produzca la unificación de los diversos sistemas jurídicos bajo la utilización de estos métodos.

## II. LOS MECANISMOS INTERNACIONALES PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO MEXICANO

Los mecanismos internacionales para la solución de controversias tienen su origen en el acuerdo de voluntades entre estados, ya sea mediante la costumbre o mediante la celebración de tratados.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>3</sup> Thieffry, Christine L., "Negotiating settlement of disputes provisions in international business contracts: recent developments in arbitration and other processes", *The Business Lawyer*, vol. 45, núm. 2, 1990, p. 577.

<sup>4</sup> Behrens, Peter, "Alternative methods of dispute settlement in international economic relations", *Adjudication of International Trade Dispute in International and National Economic Law, Pupil*, vol. 7, University Press, Switzerland, 1992, p. 3.

<sup>5</sup> Arellano García, Carlos, *op. cit.*, p. 58.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>6</sup> es el instrumento jurídico que regula la creación, interpretación, modificación, terminación y obligatoriedad de los tratados, y ha contribuido a una mayor y mejor utilización de los instrumentos internacionales por parte de los Estados, ya que cuentan con una mayor seguridad jurídica que la que se ofrecía antes con los acuerdos derivados exclusivamente del derecho consuetudinario.

La Convención de Viena en su artículo segundo establece que se entiende por tratado, un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados, cualquiera que sea su denominación particular. De lo anterior se concluye que no importa que se le designe acuerdo, pacto, convención, o convenio, ya que tendrá los mismos efectos jurídicos que un tratado.

Esta aclaración es importante en el caso del Tratado de Libre Comercio si tomamos en cuenta que mientras que en Canadá y México se habla de *tratado*, en Estados Unidos se habla de Acuerdo Ejecutivo Congressional.

De hecho la única diferencia es que en Estados Unidos al ser enviado al Congreso para su aprobación y no al Senado recibe el nombre de Acuerdo Ejecutivo Congressional, el cual tiene el mismo rango y efecto que un tratado internacional.

Por lo que hace a la validez de los tratados en el orden jurídico interno de los países, la Convención de Viena establece en sus artículos 26 y 27 el principio *pacta sunt servanda* el cual consiste en la obligación de los Estados que suscriban un tratado a cumplir con el mismo y en no invocar su derecho interno como justificación de su incumplimiento.

El orden jerárquico normativo del derecho mexicano se encuentra establecido en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el cual declara que “La Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”. Este artículo fue reformado en 1934 para dejar claramente establecido que los tratados deben “estar de acuerdo con” la Constitución para poder ser considerados como ley suprema.

Las atribuciones del Ejecutivo en materia de solución de controversias la encontramos en el artículo 89 fracción X de la Constitución, la cual

6 En vigor a partir del 20 de enero de 1980. México y Canadá forman parte de la Convención y aunque Estados Unidos no se ha adherido formalmente a ella, en la práctica sigue sus lineamientos.

contiene los criterios que debe seguir nuestro país en materia de política exterior, incluyendo en ellos el de solución pacífica de las controversias que susciten con otros países.

La Ley General de Tratados<sup>7</sup> en su artículo octavo establece los principios que debe tener todo convenio de solución de controversias del cual México sea parte y que son:

1. Igualdad de mexicanos y extranjeros, con base en el principio de reciprocidad internacional;
2. Que se asegure la garantía de audiencia y el debido ejercicio de las defensas de los interesados.
3. Imparcialidad de los órganos de decisión.

Por lo que están legalmente establecidos los principios que nuestro país debe seguir ya sea para someter un asunto al arbitraje internacional o para formar parte de un tratado que contenga un mecanismo de solución de controversias.

### III. CAPÍTULO XX (DISPOSICIONES INSTITUCIONALES Y PROCEDIMIENTOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS)

Ante la diversidad normativa entre los distintos estados, y la falta de un órgano jurídico supranacional que resuelva los conflictos de leyes en el espacio, se han creado en el ámbito internacional diversos organismos para resolver controversias que se susciten entre países tales como:

- a) la Corte Internacional de Justicia;
- b) la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya;
- c) el Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT);
- d) la Corte Internacional de Arbitraje de La Cámara de Comercio Internacional, y
- e) el Centro Internacional para el Arreglo de las Disputas en materia de Inversiones (CIADI), el cual es un foro para la conciliación y el arbitraje de controversias, entre inversionistas privados y gobiernos receptores de la inversión.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL) provee de un sistema comprensible de reglas para el arbitraje, las cuales han sido adoptadas en muchos tratados comerciales

7 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de enero de 1992.

debido al cuidado con que han sido redactadas por expertos de muchos países. La Comisión también ha promulgado una ley modelo para el arbitraje comercial internacional y de hecho este modelo ha sido adoptado por la mayoría de los países.

Hay otras convenciones regionales que han venido a mejorar el arbitraje comercial internacional, tales como, la Convención Europea para el Arbitraje Comercial Internacional de 1961; el Consejo para la Asistencia Económica Mutua; y la Convención Interamericana de Arbitraje Internacional de 1985, así como a través de acuerdos bilaterales tales como:

a) el establecido para la unificación de Alemania;

b) en los acuerdos comerciales recientes entre la ex URSS y los Estados Unidos, y

c) el establecido entre Alemania, Francia e Inglaterra.<sup>8</sup>

Dentro de los objetivos principales del TLCAN, está el de “crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias...”<sup>9</sup>

En el capítulo XX del TLCAN están contenidas las instituciones encargadas de vigilar el cumplimiento y desarrollo del tratado, así como el mecanismo general de solución de controversias entre los países miembros, ya que los particulares no pueden intervenir en este procedimiento.

El capítulo XX del tratado se encuentra dividido en tres secciones:

La sección A que comprende las instituciones encargadas de vigilar y dar cumplimiento a las disposiciones del tratado;

La sección B que comprende el mecanismo general de solución de controversias, y

La sección C relativa a los procedimientos para la interpretación del tratado ante instancias judiciales y administrativas internas y la solución de controversias comerciales privadas.

8 Wegen, Gerhard and Thomas Welch, “The role of international commercial arbitration, in particular of the International Chamber of Commerce in Dispute Settlement in International Economic Law”, *Adjudication of International Trade Disputes in International and National Economic Law*, Pupil, vol. 7, University Press, Switzerland, 1992, pp. 389-390.

9 Artículo 102 fracción (e).

## IV. INSTITUCIONES DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO

### A. *La Comisión de Libre Comercio*

El órgano central del tratado es la Comisión de Libre Comercio de América del Norte, la cual es una instancia político-administrativa de carácter internacional, integrada por los ministros de comercio de los tres países y en las que las decisiones se tomarán por consenso, salvo disposición en contrario.

La Comisión tendrá su sede en México y celebrará por lo menos una sesión ordinaria anual precedida por cada uno de los países miembros sucesivamente, y su función será supervisar la aplicación del tratado, vigilar el funcionamiento de los comités y grupos de trabajo encargados de dar cumplimiento a las disposiciones del tratado, establecer nuevos comités según se requiera y finalmente en materia de solución de controversias, es particularmente importante su participación debido a la tarea rectora que ejerce en la segunda de las tres etapas del procedimiento de solución de controversias.

### B. *El secretariado*

Debido a que los integrantes de la Comisión son los ministros de comercio de los países participantes, los cuales sólo se reúnen anualmente en sesión ordinaria, o mediante sesiones extraordinarias cuando así se requiera, fue necesaria la creación de un organismo técnico de apoyo a la Comisión: el secretariado el cual está dividido para su funcionamiento en tres secciones, una por cada país, tiene una existencia física permanente y su función primordial es brindar apoyo a la Comisión y a los tribunales o paneles que se formen para resolver las controversias que se susciten.

Es importante destacar que tanto la Comisión como el secretariado son organismos administrativos no supranacionales, contrariamente a lo que sucede en la Comunidad Europea en la cual existen:

- a) el Consejo de Ministros;
- b) la Comisión;
- c) el Parlamento y
- d) la Corte de Justicia.

Estas cuatro instituciones son autoridades que emiten resoluciones que deben ser acatadas por los países miembros. En 1964 la Corte de Justicia de la Comunidad Europea estableció mediante resolución judicial<sup>10</sup> la supremacía del derecho de la Comunidad Europea sobre el de los Estados miembros, situación que no tendrá cabida en una zona de libre comercio como la establecida bajo el TLCAN, y en la que cada país conserva plenamente su independencia en su política comercial frente a terceros países, además de esto, el Tratado de Libre Comercio en su artículo 2021 establece que ningún Estado podrá otorgar el derecho de acción a sus nacionales para demandar al otro Estado en los Tribunales del primero por lo que no existe el principio de invocabilidad del tratado por los particulares como sucede en la Comunidad Europea.

## V. SELECCIÓN DE FORO

Los tres países contratantes forman parte tanto del TLCAN como del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), y ambos instrumentos cuentan con mecanismos de solución de controversias, por lo que antes de iniciar un procedimiento las partes deben de seleccionar el foro ante el cual someterán el conflicto.

El Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) surgió en Ginebra, Suiza en 1947, y ha sido ratificado por la mayoría de los países, a través de él se encuentra representado aproximadamente el 90% del comercio mundial. La función del GATT es organizar el comercio internacional y favorecer el libre comercio en todo el mundo mediante la eliminación de barreras.

El procedimiento de solución de controversias del GATT descansa en las consultas, mediación, conciliación y como último recurso en las sanciones individuales o colectivas. El GATT funciona mediante el establecimiento de un panel de expertos los cuales después de analizar el caso emiten recomendaciones para la resolución de las controversias.

La recomendación emitida es discutida con las partes y modificada si es posible, para que pueda ser adoptada por el Consejo del GATT, por consenso, de ahí que sea necesaria la aceptación de la parte demandada para la solución de la controversia.

<sup>10</sup> Costa V., ENEL (1964) EUR. COMM. REP. 585.

Cuando se negoció el TLCAN se planteó la posibilidad de utilizar el mecanismo de solución de controversias del GATT o de crear un mecanismo dentro del tratado, finalmente se optó por la última alternativa debido a que el mecanismo existente en el GATT adolece de varios problemas entre los que se encuentran:

a) la falta de independencia de los panelistas debido a su carácter de funcionarios de los distintos gobiernos, por consiguiente su imparcialidad es cuestionable, y

b) tiempo de resolución, hay casos que se retrasan por muchos años debido al bloqueo de países ajenos a la controversia, tanto para la instalación de los paneles como para la implementación de la resolución una vez que ésta ha sido adoptada.

Es evidente que para mejorar el sistema del GATT sería necesario establecer:

a) tiempos estrictos en el procedimiento;

b) paneles permanentes en lugar de *ad hoc*, y

c) sobre todo mejorar el procedimiento de voto en el Consejo del GATT para eliminar y evitar obstrucciones de alguna de las partes en la disputa.<sup>11</sup>

A pesar de las desventajas enunciadas, ninguna de las partes contratantes quiso renunciar a estos mecanismos debido a la importancia del GATT en la comunidad internacional y a la esperanza de que el sistema mejorara a través de las negociaciones de la Ronda Uruguay que actualmente se llevan al cabo.

### A. La regla general

El tratado establece que cuando una controversia bilateral surja tanto del TLCAN como del GATT, el país demandante podrá escoger uno u otro foro, sin embargo, si la controversia es trilateral los países se consultarán para convenir en un foro único, si no llegan a un acuerdo, el procedimiento normalmente se iniciará según los lineamientos del TLCAN; una vez seleccionado, el foro elegido será excluyente del otro con el fin de evitar duplicidad de procedimientos y resoluciones contradictorias.<sup>12</sup>

11 Bockstiegel, Karl-Heinz, "Dispute settlement by intergovernmental arbitration" *Adjudication of International Trade Disputes in International and National Economic Law. Pupil.*, vol. 7, University Press, Switzerland, 1992, p. 50.

12 Artículo 2005.

### *B. Excepción a la regla*

La excepción a la regla general la encontramos en materia ambiental, cuando la parte demandada aduzca que el conflicto esta relacionado con acuerdos en materia ambiental y de conservación<sup>13</sup> o de controversias que surjan sobre medidas sanitarias y fitosanitarias o medidas relativas a normalización<sup>14</sup> y se dé lugar a cuestiones relacionadas con el medio ambiente, la salud, la seguridad o la conservación del medio ambiente, entonces el conflicto se debe de ventilar en el foro del TLCAN. Ahora que si la controversia es relativa a la aplicación efectiva de leyes ambientales de alguna de las partes, por una violación sistemática en la que se afecte la producción de bienes o servicios comerciados entre los países contratantes, el foro será el establecido en el Acuerdo de Cooperación sobre el Medio Ambiente, el cual es complementario del TLCAN.

## VI. EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El mecanismo general de solución de controversias negociado en el TLCAN tuvo como ejemplo el mecanismo de solución de controversias fijado en el Acuerdo de Libre Comercio Estados Unidos-Canadá y el establecido en el artículo XXII y XXIII del GATT, y contrariamente a lo que varios autores afirman podemos decir, que el hecho de que Canadá, Estados Unidos y México cuenten con sistemas jurídicos diferentes no repercutirá negativamente en la operación del tratado, prueba de ello es la experiencia que se ha tenido en la Comunidad Europea en la cual confluyen Estados cuyo sistema jurídico tiene su fundamento tanto en el sistema

13 El artículo 104, relativo a los tratados en materia ambiental y de conservación dispone que en caso de contradicción entre el tratado y la convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de flora y fauna silvestres; el protocolo de Montreal relativo a las sustancias agotadoras del ozono; el convenio de Basilea sobre el control de movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación; el acuerdo entre el gobierno de Canadá y el de los Estados Unidos en lo relativo al movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y el acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América para la cooperación de la protección y mejoramiento del ambiente en la zona fronteriza. "Estas obligaciones prevalecerán en la medida de la incompatibilidad siempre que, cuando una parte tenga la opción entre medios igualmente eficaces y razonablemente a su alcance para cumplir con tales obligaciones, elija la que presente menor grado de incompatibilidad con las demás disposiciones del Tratado".

14 Capítulos VII y IX.

anglosajón como en el civilista o romanista, sin menoscabo en la operación y funcionamiento de la Comunidad Europea.

El mecanismo cuenta con tres etapas, dos de las cuales son de carácter conciliatorio y solamente la última es contenciosa.

1. La consulta entre gobiernos.
2. La intervención de la Comisión.
3. La formación de grupos de arbitraje.

Aunque el mecanismo es único existen diversas modalidades para solucionar controversias especiales que se presenten en materia de inversiones, prácticas desleales, controversias comerciales privadas sobre productos agropecuarios y servicios financieros.<sup>15</sup>

Los métodos de solución de controversias se pueden clasificar atendiendo a su naturaleza en políticos o jurídicos, dentro de los primeros encontramos la negociación, buenos oficios, mediación y la conciliación, mientras que en los segundos se encuentran el arbitraje y la decisión judicial.

Todos estos métodos son potencialmente aplicables a cualquier tipo de controversias y a cualquiera que sea la naturaleza de las partes involucradas por lo que pueden ser utilizados tanto entre Estados como entre particulares.

Estos métodos alternos de solución de controversias son más flexibles, menos caros, y el proceso es más confidencial que el judicial, así como hay una mayor experiencia por parte de las terceras partes que intervienen como árbitros, mediadores o conciliadores para resolver las disputas.

#### *A. Consultas entre gobiernos*

Cuando las negociaciones se utilizan para prevenir el surgimiento de controversias, reciben el nombre de consultas y consisten en el intercambio de información y de opiniones sobre cualquier medida<sup>16</sup> adoptada o en proyecto de serlo, o en general, sobre cualquier asunto que pudiera afectar el funcionamiento del tratado.<sup>17</sup> Tratándose de controversias relacionadas con el capítulo de reglas de origen, normas o medidas sanitarias y fitosanitarias<sup>18</sup> se efectuarán consultas técnicas debido a lo complejo y especializa-

15 Capítulos XI, XIV, XIX y artículo 707.

16 Artículo 201. Para efectos del tratado, el término "medida" incluye cualquier ley o reglamento, y cualquier procedimiento, requisito o práctica con implicaciones jurídicas.

17 Artículo 2006.

18 Capítulos V, VII y IX.

do de los temas en lugar de consultas directas. En todo caso, las partes deben respetar la confidencialidad de la información proporcionada y evitar cualquier resolución que pudiera afectar los derechos del tercer país. Cuando la tercera parte considere tener un interés sustancial en el caso, tendrá derecho a participar desde esta primer etapa del proceso con el fin de evitar la ulterior tramitación de procedimientos paralelos.

### *B. Intervención de la Comisión*

El TLCAN establece que si las consultas no resuelven el asunto, en un plazo promedio de 30 días cualquier país podrá convocar una reunión plenaria de la Comisión la cual auxiliará a las partes a llegar a una solución satisfactoria, mediante el uso de buenos oficios, mediación, conciliación u otros medios alternativos, asimismo podrá convocar asesores técnicos, crear grupos de trabajo y al final formular recomendaciones a las partes para que se pongan de acuerdo sobre la forma de dar solución al conflicto.<sup>19</sup>

#### *a) Buenos oficios*

La característica fundamental de los buenos oficios consiste en que la intervención del tercero no es para decidir la controversia, sino para aproximar a las partes para que ellas mismas decidan, mediante los buenos oficios se exhorta a las partes en conflicto a negociar, y una vez que esto se logra, los buenos oficios cesan, debido a esta importante diferencia los organismos internacionales son más proclives a nombrar comisiones de mediación en lugar de buenos oficios.

#### *b) Mediación*

La mediación es un proceso informal, donde un tercero neutral ayuda a las partes en conflicto a resolver la controversia, aunque sin tener el poder para imponer una solución.<sup>20</sup> El mediador conduce las negociaciones, participa activamente y sugiere posibles soluciones, aunque las propuestas son emitidas

<sup>19</sup> Artículo 2007.

<sup>20</sup> Riskin, Leonard L., *Dispute resolution and lawyers*, West Publishing, Co., USA, 1987, p. 4

de manera informal y con base en la información proporcionada por las partes involucradas.

### c) Conciliación

La conciliación es una de las más antiguas formas de resolver controversias y prueba fehaciente de su importancia son las reglas de conciliación de las Naciones Unidas en derecho comercial internacional y las de la Cámara de Comercio Internacional.

La diferencia entre la mediación y la conciliación es meramente de grado. El mediador sugiere una resolución y si ésta no es aceptada por las partes, puede formular nuevas propuestas, mientras que el conciliador puede investigar los hechos y al final emitir un reporte con conclusiones y recomendaciones para resolver la controversia.<sup>21</sup>

Tanto la mediación como la conciliación son métodos de solución de controversias que podemos ubicar entre la negociación y el arbitraje,<sup>22</sup> siendo su característica principal al igual que en los buenos oficios la intervención de un tercero neutral para resolver las controversias.

Dentro del TLCAN se consideró oportuno agrupar estos métodos en una sola etapa del procedimiento general y dejar a disposición de la Comisión la utilización del que considere más oportuno para resolver la controversia.

La Comisión está facultada para examinar conjuntamente diversos procedimientos cuando así lo considere oportuno, aun cuando no estén relacionados entre sí.

### C. Procedimiento ante el panel arbitral

Si dentro de los 30 días posteriores a la intervención de la Comisión no hay una solución al conflicto, cualquiera de las partes podrá solicitar el establecimiento de un panel arbitral.

Aquí hay que aclarar que en el TLC no se mezclan elementos de los distintos mecanismos sin que se respete cada uno de ellos, desde los más directos y sencillos como las consultas y la mediación hasta llegar al arbitraje, esto más que un proceso mixto, es un proceso que crea un sistema

21 Behrens, Peter, *op. cit.*, p. 22.

22 *Idem.*, p. 25.

coherente y lógico donde se parte de un método sencillo como es la negociación, pasa por la intervención de la Comisión y tiene como etapa final el arbitraje.

*a) Integración del panel*

Canadá, Estados Unidos y México acordarán por consenso una lista de hasta 30 personas de cualquier nacionalidad, incluso pueden ser de países no miembros del TLCAN, deben ser:

*a) expertos en derecho, comercio internacional, solución de controversias u otras materias cubiertas por el TLCAN;*

*b) ser electos estrictamente en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio;*

*c) ser independientes y no estar vinculados con cualquiera de las partes y no recibir instrucciones de las mismas, y*

*d) satisfacer el código de conducta que establezca la Comisión.*

Si una de las partes propone como árbitro a una persona que no tome parte de la lista, cualquier parte podrá recusarla. La lista se renovará cada tres años; aunque sus integrantes se pueden reelegir.

Los paneles se integrarán por cinco miembros, elegidos de la lista mencionada mediante el sistema de selección cruzada, sistema novedoso que funcionará de la siguiente manera:

Primero se elegirá al presidente por acuerdo de los países contendientes, si éstos no llegan a un acuerdo, se hará un sorteo para elegir a quien deberá elegirlo, demandante o demandado. El presidente no podrá ser ciudadano del país o países que realicen la elección, lo más probable es que en controversias bilaterales el presidente sea ciudadano del tercer país, y en controversias trilaterales, sea ciudadano de un país ajeno al TLCAN.

Posteriormente, cada lado de la controversia seleccionará dos miembros del Tribunal, quienes deberán ser nacionales del país o países del otro lado de la disputa.

Esto significa que en una controversia entre México y Estados Unidos, México designará dos árbitros americanos y Estados Unidos dos árbitros mexicanos, de ahí el nombre de selección cruzada.

Es necesario mencionar que aún y cuando la controversia sea trilateral, solamente son dos las partes en el conflicto, demandante y demandada, lo que aclara la utilización del método en el caso de una controversia trilateral. Por ejemplo si México y Estados Unidos son los países demandantes y

Canadá el país demandado, México y Estados Unidos seleccionarán un árbitro canadiense respectivamente y Canadá seleccionará un árbitro americano y uno mexicano.

En todo caso los tribunales se compondrán de cinco miembros independientemente de que la controversia sea bilateral o trilateral.

#### b) Reglas procesales

Las reglas procesales serán desarrolladas en detalles por la Comisión al entrar en vigor el tratado y deberán establecer los requisitos para la presentación de alegatos y réplicas; deberán garantizar el derecho de audiencia así como la confidencialidad de las audiencias, los informes preliminares y en general todos los documentos que se presenten y en general las reglas básicas que garanticen un proceso justo e imparcial. La Comisión fijará los montos de los honorarios y gastos que deberán cubrirse a los árbitros, por parte de los países contendientes.<sup>23</sup>

#### c) Derechos del tercer país

Asimismo, con el fin de evitar procedimientos paralelos o decisiones contradictorias se permite que en una controversia bilateral el tercer país se sume como reclamante si considera afectados sus derechos, en caso de que esto no sea así de cualquier manera conserva la facultad de intervenir en el procedimiento como *amicus curiae*, esto es participando en el procedimiento y asistiendo a las audiencias, sin estar vinculado por la resolución que emita el panel. Si el tercer país no participa, posteriormente no podrá iniciar ningún otro procedimiento ni ante el GATT ni ante el TLCAN por el mismo caso, a menos de que exista un interés económico derivado de una situación económica o comercial actual que no existía al momento de efectuarse la controversia entre los dos países, debido a que puede darse el caso de alguna industria incipiente en alguno de los países que posteriormente al desarrollarse, resulte afectada por alguna resolución adoptada por los tribunales del TLCAN.

<sup>23</sup> Artículo 2012.

#### *d) Informes*

La tarea del Tribunal consiste en determinar la compatibilidad de la medida impugnada con las obligaciones del TLCAN y en caso de no ser así emitir las recomendaciones pertinentes para la solución de la controversia.

En términos generales el procedimiento se llevará al cabo de la siguiente manera: primero los árbitros reciben una acta de misión mediante la cual se les da a conocer los puntos a tratar.

El panel podrá recabar información y asesoría técnica de las personas o grupos de expertos que estime pertinente, podrá solicitar informes a comités de revisión científica sobre cuestiones relativas al medio ambiente, la salud, la seguridad u otros asuntos científicos planteados por alguna de las partes contendientes. Posteriormente y con base en los argumentos y pruebas presentadas por las partes, así como en la información proporcionada por los comités de revisión científica, el panel debe de presentar un informe preliminar confidencial dentro de los 90 días siguientes a su formación sobre sus conclusiones, el cual contendrá:

*a) las conclusiones de hecho, incluyendo el grado de los efectos comerciales adversos que haya generado la medida reclamada;*

*b) la determinación sobre si la medida en cuestión es incompatible con las obligaciones del TLCAN, o nulifica o menoscaba los beneficios que las partes pudieron razonablemente haber esperado recibir de la aplicación de las reglas sobre comercio de bienes (salvo las relativas a comercio e inversión en el sector automotriz, o relativas al capítulo VI), barreras técnicas al comercio, comercio transfronterizo de servicios o propiedad intelectual,<sup>24</sup> y*

*c) las recomendaciones para la solución de la controversia.*

El informe será notificado a las partes para su comentario, hecho lo cual, el panel presentará un informe final con los votos particulares sobre las cuestiones en que no haya habido acuerdo unánime, sin indicar la identidad de los árbitros que hayan votado con la mayoría o con la minoría. Dicho informe será turnado a la Comisión para su publicación. El proceso en general durará siempre menos de un año.

<sup>24</sup> Anexo 2004.

## VII. CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES

Después de recibir el informe final por parte del panel arbitral, los países contendientes fijarán los términos en que se resolverá la controversia mediante la ejecución, o derogación de la medida considerada violatoria, o mediante una compensación.

### *A. Naturaleza de las resoluciones*

La resolución que emite el panel arbitral recibe el nombre de recomendación, debido a que no comparte la naturaleza de la decisión judicial o del laudo arbitral, si no que es una recomendación muy similar a un reporte del panel del GATT, debido a que las partes pueden optar por el cumplimiento o incumplimiento de la resolución.

En caso de que nuestro país acepte cumplir con la recomendación, queda intacto el juicio de amparo como medio para impugnar el acto de ejecución celebrado por las autoridades administrativas con base en la resolución del panel arbitral.

De conformidad con el artículo 133 constitucional los derechos consignados en los tratados internacionales no poseen la misma jerarquía que los establecidos de manera expresa por la Constitución federal. En conexión sistemática con lo establecido en dicho precepto, el artículo 15 de la Constitución establece que “los derechos contenidos en los tratados internacionales incorporados a nuestro derecho interno, son complementarios a los de la Constitución y no pueden contradecir u oponerse a estos últimos”, por lo que el control de la constitucionalidad sigue estando en el Poder Judicial de la Federación de tal suerte que los particulares podrán acudir al juicio de amparo cuando consideren vulneradas sus garantías individuales con motivo de la aplicación del tratado.

### *B. Suspensión de beneficios*

Si el país que debe de cumplir con la resolución del panel no llega a un acuerdo satisfactorio con la parte reclamante dentro de los 30 días siguientes a la recepción del informe final, el país demandante podrá suspender la aplicación de beneficios equivalentes, otorgados en el tratado hasta que se

resuelva el asunto, aunque el país demandante deberá suspender beneficios dentro del mismo sector o sectores que se vean afectados por la medida violatoria a menos de que considere que esto no es factible o eficaz, caso en el cual podrá suspender en otros sectores. Teniendo el derecho el país demandado de someter el asunto a una instancia arbitral si considera excesiva la suspensión de beneficios. El panel establecido para tal efecto deberá de presentar su determinación dentro de los 60 días siguientes a la elección del último árbitro.<sup>25</sup>

La suspensión de beneficios es por naturaleza de carácter temporal y su función principal es lograr que la parte a la que le fue adversa la resolución del panel alcance un acuerdo sobre la solución de la controversia.

Por economía procesal debería ser el mismo panel que resolvió la controversia, el que determinara si es excesiva o no la suspensión de beneficios.

## VIII. PROCEDIMIENTOS INTERNOS Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS COMERCIALES PRIVADAS

Debido a que pueden surgir controversias no solamente entre las partes con motivo de la aplicación o interpretación del TLCAN sino ante las instancias nacionales y entre particulares, el TLCAN establece reglas para la interpretación del tratado ante las autoridades nacionales y para promover el arbitraje comercial internacional entre particulares.

### *A. Interpretación del tratado ante instancias judiciales y administrativas internas*

El artículo 2020 del tratado establece que en caso de ser necesario aclarar el sentido y el alcance de algún precepto jurídico del tratado, en algún procedimiento judicial o administrativo, las autoridades internas solicitarán la opinión de la Comisión de Libre Comercio, con el fin de evitar discrepancias, sin ser de ninguna manera obligatorio para las partes adoptar la opinión de la Comisión.

25 Artículo 2019.

## B. Solución de controversias comerciales privadas

El capítulo XX del TLCAN en su artículo 2022 establece un comité consultivo sobre controversias comerciales privadas, con el objeto de fomentar entre los particulares de los tres países la práctica del arbitraje comercial como una alternativa para la solución de controversias internacionales superior a la que se puede obtener en los tribunales internos.

Para lograr este objetivo los países miembros del TLCAN deben de establecer procedimientos adecuados que aseguren el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales por lo que deberán de ajustarse a las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, de 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975.

Como freno a las perspectivas desalentadoras por la falta de obligatoriedad del arbitraje muchos países han adoptado la Convención de Nueva York de 1958 para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales y la mayoría han modernizado sus leyes arbitrales, Francia en 1981, Italia en 1983, Bélgica en 1985, Holanda en 1986, Suiza en 1987, España en 1988 y Australia en 1989.<sup>26</sup>

## IX. CAPÍTULO XXVIII: PUBLICACIÓN, NOTIFICACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LEYES

Con el objeto de garantizar el funcionamiento del mecanismo de prevención y solución de controversias establecido en el capítulo XX del tratado, el artículo XXVIII señala que las partes deberán de acreditar un centro de información, que permita estar en comunicación permanente para esclarecer dudas y resolver cualquier problema que se presente en la instrumentación del tratado.<sup>27</sup>

Las partes se comprometen a publicar a la mayor brevedad posible sus leyes, reglamentos, procedimientos y resoluciones administrativas de aplicación general cuando puedan repercutir en el funcionamiento del tratado,

26 Thieffry, Christine L., *op. cit.*, pp. 578-579.

27 Artículo 1801.

y a notificar y suministrar información a las partes sobre cualquier medida vigente o en proyecto que pueda incidir sustancialmente en las disposiciones del TLCAN.<sup>28</sup>

Finalmente se establecen los principios y garantías generales aplicables a los procedimientos administrativos y a los medios de impugnación, para proteger a las personas, bienes y servicios de los países signatarios del tratado, y que consisten en:

a) notificar a los nacionales de las otras partes sobre cualquier procedimiento administrativo que pueda afectarlos;

b) respetar la garantía de audiencia y de legalidad en los procedimientos;

c) establecer y mantener tribunales judiciales, cuasijudiciales o administrativos, o procedimientos destinados a revisar las resoluciones administrativas relacionadas con las materias cubiertas por el tratado. Dichos tribunales deberán de ser imparciales e independientes de la oficina o autoridad encargada de ejecutar dichos actos y no tener un interés sustancial en el resultado del caso planteado, y

d) garantizar la ejecución de las resoluciones definitivas.<sup>29</sup>

En la estructuración del procedimiento se siguieron seis principios que son:

*Unicidad.* El procedimiento es el mismo para toda materia cubierta por el tratado, con las modalidades señaladas.

*Trilateralidad.* El tercer país tiene derecho de sumarse como demandante en los procedimientos originalmente bilaterales, o en todo caso, de participar como *amicus curiae*.

*Neutralidad.* Gracias al sistema de selección cruzada, y a la existencia de las listas de personas consensualmente acordadas, se garantiza la neutralidad y confianza en los miembros del panel.

*Prontitud.* Debido a la simplificación de los actos procesales el procedimiento es rápido, pues el informe final se obtiene en un plazo aproximado de 220 días.

*Efectividad.* El principio de cooperación, por un lado, y la posibilidad de suspender beneficios equivalentes, por el otro, aseguran el cumplimiento de los informes finales de los tribunales.

*Igualdad.* El procedimiento otorga los mismos derechos a las partes contratantes, tanto para el ejercicio de la acción como para la defensa.

28 Artículos 1802 y 1803.

29 Artículos 1804 y 1805.

**De lo expuesto podemos concluir que el mecanismo general de solución de controversias establecido en el Tratado de Libre Comercio, representa un sistema novedoso surgido de la experiencia acumulada tanto en los organismos internacionales como en los instrumentos bilaterales creados para este fin, por lo que se tiene plena confianza en el mismo.**