

COMUNICACIÓN ENTRE CULTURAS JURÍDICAS. LOS PANELES BINACIONALES DEL CAPÍTULO XIX DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE*

Sergio LÓPEZ-AYLLÓN**

Héctor FIX-FIERRO***

SUMARIO: I. *Introducción*; II. *Breve descripción del sistema de paneles binacionales del capítulo XIX del TLCAN*; 1. *Los orígenes del sistema de paneles binacionales*; 2. *El capítulo XIX del TLCAN*; 3. *Panorama de los procedimientos de revisión por paneles binacionales del capítulo XIX*; 4. *El funcionamiento del capítulo XIX*; III. *Fuentes de información e instrumentos de observación*; IV. *La cultura jurídica en el funcionamiento de los paneles binacionales*; 1. *Observaciones sobre el concepto de cultura jurídica*; 2. *Diferencias entre las culturas jurídicas de México y los Estados Unidos*; 3. *La comunicación entre los participantes en el procedimiento ante el panel*; 4. *Conclusiones preliminares*; V. *Factores estructurales y contextuales en el sistema de paneles binacionales*; 1. *La función del derecho en el proceso de cambio económico y político en México*; 2. *¿Justicia formal contra justicia material?*; VI. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

El 1o. de enero de 1994 entró en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) entre México, Canadá y los Estados Unidos.

* El presente ensayo constituye una versión ligeramente editada del artículo que, con el mismo título, apareció publicado en la *Revista de Derecho Privado*, México, vol. 8, núm. 23, mayo-agosto de 1997, pp. 19-61.

** Profesor-investigador de la División de Administración Pública del Centro de Investigación y Docencia Económicas e investigador nacional.

*** Investigador de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e investigador nacional.

Desde la perspectiva de México, independientemente de sus objetivos económicos más visibles, el Tratado puede considerarse la redefinición formal de su tormentosa relación histórica con los Estados Unidos,¹ respecto de la cual Canadá se presenta como tercero interesado.² El Tratado pretende asimismo canalizar y reforzar el dramático proceso de cambio político y económico que ha sufrido México en la última década.³ Dicho proceso ha tenido también un impacto muy significativo en el sistema jurídico mexicano, pero los cambios en éste han sido menos visibles y no se derivan, en la misma medida, de una política deliberada.⁴

La relación del Tratado con el sistema jurídico mexicano plantea toda una serie de cuestiones nuevas y difíciles.⁵ Algunas de éstas se refieren a las instituciones de solución de controversias del Tratado, las cuales constituyen una completa novedad para el derecho mexicano y una posibilidad impensable hace apenas unos cuantos años. Uno de sus aspectos más inmediatos, que hemos tomado como punto de partida de este trabajo, concierne al impacto de las diferencias entre las culturas jurídicas de México y los Estados Unidos en el funcionamiento de los paneles binacionales establecidos por el capítulo XIX del TLCAN para la solución de controversias en materia de *dumping*.

A partir del momento de la incorporación de México al sistema de paneles del capítulo XIX quedó en evidencia, de manera general, que en ese contexto confluían, y quizá también se enfrentarían, dos culturas y dos sistemas jurídicos, y que el resultado de la confrontación era incierto. Sobre el particular, ya se han señalado algunos de los problemas que podrían derivar de las diferencias entre sistemas para el funcionamiento de los citados paneles.⁶ Hasta la fecha se han resuelto nueve casos entre México y los Estados Unidos; de ellos, cuatro en nuestro país. Por tal motivo, hemos

¹ Zamora (1993, p. 391).

² De hecho, el Tratado les ha abierto a México y Canadá la oportunidad de fortalecer una relación hasta ahora más bien tenue, y de hacer causa común, a fin de equilibrar el peso apabullante de los Estados Unidos en las dos relaciones bilaterales. “En realidad nos hemos acercado mucho a México. Lo que era fundamentalmente una relación turística se está volviendo algo mucho más amplio”, declaró el ministro de relaciones exteriores de Canadá (*Newsweek*, 10 de marzo de 1997).

³ Medina (1995).

⁴ López-Ayllón (1997).

⁵ Fix-Fierro y López-Ayllón (1993).

⁶ Lowenfeld (1991), Fitch (1991) y Pérez de Acha (1996).

considerado oportuno comenzar a explorar los efectos de las diferencias de cultura jurídica sobre el funcionamiento de estos paneles. Haber tomado como punto de referencia el concepto de “cultura jurídica” tiene un doble significado.

Por un lado, quiere decir que la investigación que emprendemos no es jurídica en sentido estricto, sino sociológica, y en particular hemos pretendido realizar un estudio de carácter empírico. En nuestro país existen muy escasos trabajos de sociología jurídica, y son muchos menos aún los que recurren o se apoyan en datos e información empíricos. Por ello, no está de más recordar que la sociología y otras ciencias sociales adoptan, frente al derecho, una perspectiva externa y que ello les permite examinar y construir su objeto de estudio de manera diferente a como lo aborda habitualmente el jurista. Por lo mismo, de sus resultados no pueden esperarse orientaciones inmediatas sobre cómo deban interpretarse y aplicarse correctamente las normas, sino, cuando más, una perspectiva más amplia del contexto social en que se realizan los procesos de aplicación e interpretación del derecho. Dicho en otras palabras: el análisis sociológico no sustituye, sino que complementa el estudio propiamente jurídico. Por lo anterior, en este trabajo no abordaremos la cuestión —legítima e importante, sin duda— de evaluar jurídicamente las resoluciones de los paneles, ni ofreceremos puntos de vista sobre las candentes cuestiones jurídicas o políticas que tales resoluciones siguen suscitando. En cambio, creemos que nuestras observaciones pueden ayudar a entender los problemas y circunstancias de otra naturaleza que enmarcan la actuación de dichos paneles.

Hablar de cultura jurídica significa, por otro lado, adoptar un punto de observación específico, pero que es solamente uno entre varios posibles. Su contribución y utilidad son, por tanto, relativas, y sobre el particular ofreceremos algunas observaciones en otras partes del trabajo.

Nuestros resultados preliminares muestran que existen diferencias específicas de cultura jurídica entre ambos países en el contexto del sistema de paneles binacionales; que dichas diferencias son importantes y que tienen un impacto apreciable en el funcionamiento de estos órganos. Por un lado, desencadenan un intenso proceso de comunicación y aprendizaje entre los participantes, lo que le permite al sistema operar de manera bastante satisfactoria; por el otro, dichas diferencias y otros obstáculos generales a la comunicación se traducen inevitablemente en costos de tiempo y dine-

ro.⁷ Sin embargo, no resulta desencaminado suponer que en la medida que se obtenga y consolide una mayor experiencia con el sistema, su funcionamiento ganará en certeza y eficiencia.

La segunda conclusión preliminar es que existen factores de tipo estructural y contextual que parecen mucho más significativos para la explicación del funcionamiento real de los paneles —al menos de los que han actuado en nuestro país— que las diferencias de cultura jurídica. Tales factores incluyen:

- Los orígenes y el diseño del sistema de paneles en el contexto de la tradición jurídica angloamericana, y los incentivos incorporados al mismo en favor de una justicia expedita y material.
- El menor grado de desarrollo de las normas y prácticas mexicanas en materia de *antidumping*.
- El reciente proceso de modernización y apertura que ha sufrido el sistema jurídico mexicano.
- La composición binacional de los paneles.
- La sensibilidad política alrededor del sistema de paneles y su exposición al escrutinio externo.

Si lo dicho resulta cierto, nuestras observaciones pueden arrojar alguna luz sobre las tensiones estructurales que subyacen al sistema del capítulo XIX. Desde sus inicios en el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos (ALC), los paneles han enfrentado exigencias contradictorias que resulta difícil manejar y solucionar,⁸ y esta circunstancia se complica con la incorporación al sistema de un país como México.

Además de estos aspectos que forman un primer nivel de análisis, el sistema de paneles plantea otras interesantes cuestiones teóricas relacionadas con los procesos de globalización del derecho, como las siguientes:

- La relación entre sistemas jurídicos, especialmente cuando pertenecen a niveles de desarrollo diferentes.

⁷ Estos costos no derivan solamente de las diferencias en cultura jurídica, sino también de otras características peculiares de los paneles, como su misma composición binacional o la residencia geográfica de sus miembros, lo cual se examinará más adelante.

⁸ GAO (1995), López-Ayllón y Thomas (1996).

- La actuación de los profesionales del derecho en el nivel internacional.
- El proceso de apertura y modernización de los sistemas jurídicos.
- El funcionamiento de las instituciones internacionales de solución de controversias y sus efectos sobre los derechos internos.

El sistema también plantea algunas cuestiones metodológicas, como:

- El problema de definir y estudiar las culturas jurídicas y los procesos de comunicación que se entablan entre ellas.
- Los obstáculos que enfrenta la investigación empírica sobre instituciones transnacionales, especialmente si están rodeadas por una especie de escudo gubernamental de confidencialidad.

Como se ha dicho, este trabajo presenta algunas conclusiones preliminares de un proyecto que se encuentra en sus inicios, por lo que se concentra en la perspectiva de los participantes mexicanos. En un futuro pretendemos ampliar la investigación e incorporar las perspectivas de los participantes estadounidenses y canadienses. No debe perderse de vista, sin embargo, que el principal propósito de esta investigación es el análisis y la evaluación de los efectos del sistema de paneles sobre el derecho mexicano.

El trabajo se divide en cinco partes. La primera (II, *infra*) describe brevemente el origen y el funcionamiento del sistema de paneles del capítulo XIX del TLCAN. La segunda (III, *infra*) se refiere a nuestras fuentes de información y al análisis de las mismas. La tercera y la cuarta partes (IV y V, *infra*) explican las principales observaciones obtenidas con base en una distinción analítica entre cultura jurídica y factores estructurales-contextuales. La última parte (VI, *infra*) contiene las conclusiones generales que pueden deducirse de este estudio.

II. BREVE DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA DE PANELES BINACIONALES DEL CAPÍTULO XIX DEL TLCAN

El sistema de paneles del capítulo XIX del TLCAN ya ha generado una extensa bibliografía que se enfoca preferentemente a sus aspectos jurídicos, económicos y políticos. Si bien no es nuestra intención analizar dichas cuestiones, consideramos que es necesario hacer referencia a los orígenes y

las características principales del sistema, a fin de situar nuestra investigación en contexto.

1. *Los orígenes del sistema de paneles binacionales*

El sistema de paneles del capítulo XIX del TLCAN tuvo su origen en el capítulo del mismo número del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y los Estados Unidos (ALC) que entró en vigor en 1989. Resulta importante tomar en cuenta que el sistema fue el producto de un compromiso entre la posición de ambos países en relación con la aplicación de la legislación *antidumping* en la zona de libre comercio.⁹ El compromiso mencionado asumió la forma de un procedimiento *sui generis* de solución de controversias conforme al cual las partes conservarían su legislación en la materia, pero sustituirían la revisión judicial de las resoluciones administrativas respectivas con la revisión que llevara a cabo un panel (tribunal arbitral) de composición binacional. Dicho en otras palabras, el capítulo XIX del ALC (y del TLCAN) establece “un sistema híbrido en el cual los paneles tienen carácter internacional, pero la legislación y el criterio de revisión aplicable son nacionales”.¹⁰

El capítulo XIX del ALC pretendía ser una medida temporal hasta que las partes alcanzaran una solución permanente sobre las cuestiones de *antidumping* y cuotas compensatorias (AD/CC) a través de un grupo de trabajo, el cual se abocaría a elaborar reglas y disciplinas más efectivas en relación con el uso de subsidios públicos, así como un régimen sustituto de reglas para tratar las cuestiones de *dumping* y subsidios.¹¹

2. *El capítulo XIX del TLCAN*

El capítulo XIX fue uno de los más debatidos durante las negociaciones del TLCAN. En los Estados Unidos se habían hecho importantes críticas al

⁹ Uno de los principales objetivos de Canadá en la negociación consistía en lograr que ya no se aplicaran a sus exportadores las leyes *antidumping* de los Estados Unidos. Esta opción era inaceptable para este último país, que pretendía mantener intactas sus leyes y así disciplinar los subsidios canadienses (Cannon, 1994, pp. 137-144; Aguilar Álvarez *et al.*, 1995, pp. 25-26; López-Ayllón y Thomas, 1996).

¹⁰ Aguilar Álvarez *et al.* (1995, p. 24).

¹¹ López-Ayllón y Thomas (1996), Greenberg (1994, p. 3).

capítulo¹² y durante toda la negociación la posición oficial fue que no se aceptarían cambios sustantivos a la legislación antidumping de ese país. Incluso se llegó a poner en duda la conveniencia misma de mantener el sistema.¹³ Desde el punto de vista de Canadá, el desafío consistía en dar permanencia a un mecanismo que originalmente tenía el propósito de ser sólo temporal. De hecho, Canadá no hubiera aceptado un Tratado de Libre Comercio en el que no se incluyera el capítulo XIX.

Para México, el objetivo central de la negociación era “asegurar” el acceso al mercado de los Estados Unidos. En su comparecencia ante el Senado de la República con motivo de la conclusión de las negociaciones, el secretario de Comercio afirmó que “un aspecto fundamental de la negociación fue asegurar a los exportadores mexicanos que no estarían sujetos a la aplicación arbitraria e injustificada de las medidas de defensa contra prácticas desleales de Estados Unidos y Canadá”.¹⁴

Resulta importante tener en cuenta que en México el capítulo XIX fue considerado principalmente desde una perspectiva exportadora y que poco se había reflexionado sobre las consecuencias que el procedimiento de revisión mediante paneles binacionales podría tener al entrar en contacto con el sistema jurídico mexicano. Por otra parte, la mayor preocupación de Canadá y los Estados Unidos era garantizar que los problemas de legalidad derivados de la aplicación de las leyes mexicanas en la materia, según los percibían, impidieran el funcionamiento del sistema.¹⁵ Esta situación ex-

¹² Éstas eran algunas de las críticas: que el sistema del capítulo XIX violaba la Constitución de los Estados Unidos; que los paneles no habían aplicado debidamente el criterio de revisión; que las resoluciones de los paneles crearían una divergencia en la aplicación de la legislación en materia de AD/CC a los países miembros del Tratado en relación con los que no lo son; y que el proceso de selección de los panelistas podría conducir a conflictos de interés (Aguilar Álvarez *et al.*, 1995, pp. 33-36; Huston, 1990; GAO, 1995).

¹³ El ALC dio origen a tres casos muy controvertidos (los casos sobre carne de puerco, cerdos en pie y madera blanda), en los cuales se vieron implicadas industrias muy poderosas y volúmenes de exportación de alto valor. En los tres casos, Estados Unidos inició el procedimiento del Comité de Impugnación Extraordinaria (CIE) y en los tres casos dicho Comité confirmó la resolución del respectivo panel.

¹⁴ Jaime Serra Puche, secretario de Comercio y Fomento Industrial, comparecencia con motivo de la conclusión de las negociaciones del Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá, ante la Comisión de Comercio Exterior del Senado de la República, 14 de agosto de 1992 (Secofi, 1994, p. 672).

¹⁵ En la declaración de acción administrativa de los Estados Unidos, se afirma en relación con la legislación mexicana: “Para México, esos cambios (a su legislación en materia de prácticas desleales) implican una revisión mayor de sus leyes y reglamentos para intro-

plica en parte las modificaciones que México tuvo que llevar a cabo en su legislación.¹⁶

Todas las circunstancias referidas permiten entender por qué, a primera vista, el capítulo XIX del TLCAN parece una copia del capítulo XIX del ALC. Puesto que los principales atributos del sistema de paneles ya habían sido definidos y los mismos resultaban altamente delicados, el margen para la adaptación del capítulo o incluso las posibilidades de cambio en el texto de sus principales disposiciones fueron muy limitadas. No obstante, los tres países convinieron en realizar algunas modificaciones, de las cuales, la más significativa fue que el sistema se vuelve permanente. El TLCAN incluyó también un nuevo mecanismo, contenido en el artículo 1905,¹⁷ que tiene el propósito de abordar una preocupación no planteada en las negociaciones del ALC, a saber, la definitividad y la obligatoriedad de las resoluciones de los paneles en el sistema mexicano. Otras modificaciones se refieren a los requisitos para ser panelista, a las causas y plazos para invocar el procedimiento del Comité de Impugnación Extraordinaria, a la dilución práctica del compromiso contenido en el ALC de elaborar un régimen sustituto, etcétera.¹⁸

3. *Panorama de los procedimientos de revisión por paneles binacionales del capítulo XIX*

El capítulo XIX del TLCAN permite remplazar la revisión judicial interna de las resoluciones de la autoridad investigadora en materia de AD/CC mediante la revisión que lleve a cabo un panel binacional.¹⁹ Debe hacerse notar que las partes del Tratado nunca tuvieron la intención de crear un ór-

ducir un grado de apertura y predictibilidad que no ofrecían sus antiguos procedimientos en materia de *dumping* y subsidios, así como la revisión judicial”, US Statement for Administrative Action, en Holbein y Musch (1994, p. 181).

¹⁶ Véase el artículo 1904 y el anexo 1904.15, así como la lista de México, del TLCAN.

¹⁷ El artículo 1905 del TLCAN pretende salvaguardar el sistema de paneles al establecer un mecanismo que permite, en última instancia, suspender el funcionamiento del sistema de paneles si una parte alega que la aplicación del derecho interno de otra de las partes: a) ha impedido la integración de un panel; b) ha impedido al panel dictar un fallo definitivo; c) ha impedido que se ejecute el fallo o no han reconocido el efecto obligatorio del mismo; o d) la parte no ha permitido la revisión independiente, por parte de un panel o un tribunal, de la resolución definitiva de su autoridad investigadora en materia de AD/CC.

¹⁸ López-Ayllón y Thomas (1996).

¹⁹ Artículo 1904, párrafos 1 y 2, del TLCAN.

gano judicial supranacional de carácter permanente y que la sustitución del tribunal nacional no es automática. Únicamente cuando alguno de los gobiernos implicados o cuando cualquier parte interesada en el procedimiento administrativo (exportadores, importadores o la industria nacional) soliciten un procedimiento de revisión ante panel, éste remplazará la revisión judicial interna.²⁰ La revisión mediante paneles es siempre de naturaleza bilateral.

Los paneles que establece el capítulo XIX están compuestos de cinco miembros, entre los cuales habrá cuando menos dos por cada país. El quinto panelista es nombrado de común acuerdo por las partes, las que, en caso de no lograrlo, resolverán por sorteo cuál de ellas tendrá derecho a seleccionarlo. Los panelistas deberán ser, en su mayoría, juristas de buena reputación.²¹

Los panelistas son seleccionados habitualmente de entre una lista de 75 candidatos, por lo que cada una de las partes postula 25. Los candidatos deben ser “probos, gozarán de gran prestigio y buena reputación, y serán escogidos estrictamente sobre la base de su objetividad, confiabilidad, buen juicio y familiaridad general con el derecho comercial internacional”.²² El TLCAN exige que los paneles incluyan jueces en activo o retirados en la mayor medida posible. Sin embargo, el cumplimiento con este requisito ha sido limitado.²³ Los panelistas están sujetos a un código de conducta.²⁴

La revisión por el panel se lleva a cabo con base en el expediente de la investigación administrativa, por lo que no se admite nueva información sobre los hechos. Los paneles están obligados a aplicar la legislación en materia de AD/CC, el criterio de revisión y los principios generales de de-

²⁰ Artículo 1904, párrafos 5 y 11, del TLCAN.

²¹ Anexo 1901.2 (2) del TLCAN.

²² Anexo 1901.2 (1) del TLCAN.

²³ Anexo 1901.2 (1). Esta modificación se hizo a iniciativa de Estados Unidos, que consideraba que la inclusión de jueces, en activo o retirados, ayudaría a asegurar que los paneles aplicaran debidamente el derecho sustantivo y el criterio de revisión, así como a limitar la posibilidad de que los paneles elaboraran normas diferentes a las emitidas por los tribunales nacionales. Véase, por ejemplo, el US Statement for Administrative Action for the North American Free Trade Agreement, en Holbein y Musch (1994, p. 644). Hasta 1996, Canadá había nombrado a dos jueces, los Estados Unidos a uno y México a ninguno (Aguilar Álvarez *et al.*, 1995, p. 28).

²⁴ Los panelistas tienen permitido realizar otras actividades durante el procedimiento de revisión, siempre que no interfieran con sus responsabilidades como tales. Anexo 1901.2 (10) del TLCAN.

recho “que de otro modo un tribunal de la parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora competente”.²⁵ El panel lleva a cabo la revisión de conformidad con las Reglas de Procedimiento que se han dictado en cumplimiento del párrafo 14 del artículo 1904 del TLCAN.²⁶ Estas reglas se basan en las Reglas de Procedimiento del Capítulo XIX del ALC, las que, a su vez, siguen el modelo de las normas de procedimiento que aplican los tribunales de Canadá y Estados Unidos. En principio, los paneles deben rendir su resolución en el plazo de 315 días naturales a partir de la fecha en que se haya solicitado su instalación.

El panel tiene facultad para “confirmar la resolución definitiva o devolverla a la instancia anterior con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión”.²⁷ La resolución del panel es obligatoria y definitiva para las partes y no está sujeta a apelación o revisión en ningún otro procedimiento interno.²⁸

El TLCAN prevé un Comité de Impugnación Extraordinaria (CIE), el cual puede revisar, en circunstancias determinadas, la resolución de un panel. No se trata de un procedimiento de apelación ordinaria, sino de un mecanismo de corrección de los problemas más graves que puedan surgir del funcionamiento de un panel, y solamente los gobiernos parte del TLCAN pueden solicitar su instalación.²⁹

4. *El funcionamiento del capítulo XIX*

El funcionamiento global del capítulo XIX, tanto del ALC como del TLCAN, es bastante impresionante. Hasta octubre de 1996, se habían presentado un total de 72 solicitudes de revisión por panel binacional; 49 de ellas conforme al ALC y las 23 restantes conforme al TLCAN. De los casos

²⁵ Artículo 1904, párrafo 3, del TLCAN.

²⁶ Publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de junio de 1994.

²⁷ Artículo 1904, párrafo 8, del TLCAN.

²⁸ Artículo 1904, párrafo 11 del TLCAN.

²⁹ La revisión de la resolución de un panel por parte de un CIE solamente puede darse si se cumplen tres condiciones. La primera es que debe probarse que a) un miembro del panel es responsable de una falta grave, de parcialidad o tiene un conflicto de interés grave; b) que el panel se ha desviado gravemente de una regla fundamental del procedimiento; o c) que el panel se ha excedido ostensiblemente en el ejercicio de sus facultades, autoridad o jurisdicción. En segundo lugar, el CIE debe determinar que estas acciones hayan afectado materialmente el fallo del panel. Y tercero, que tales conductas pongan en riesgo la integridad del sistema de paneles binacionales. Véase el artículo 1904, párrafo 13, del TLCAN.

planteados bajo la vigencia del ALC, 30 se referían a resoluciones de la autoridad investigadora de Estados Unidos y 19 a resoluciones canadienses. De los 23 casos bajo la vigencia del TLCAN, siete se refieren a resoluciones de la autoridad investigadora mexicana; siete, a resoluciones de la autoridad de los Estados Unidos, y nueve, a resoluciones de la autoridad canadiense.³⁰

De los siete casos que se refieren a resoluciones de la autoridad mexicana, cuatro concernían a productos procedentes de los Estados Unidos. Tres de estos casos concluyeron mediante resolución definitiva del panel (una unánime y dos por mayoría) y el otro caso concluyó a solicitud de los participantes. De los siete casos relativos a resoluciones estadounidenses, cinco concernían a productos mexicanos. Todos estos casos se resolvieron de manera unánime, aunque en uno de ellos dos panelistas mexicanos emitieron voto concurrente. Se nombraron 33 panelistas en total, 14 de nacionalidad mexicana y 19 de nacionalidad estadounidense. Cuatro panelistas mexicanos y un estadounidense han participado en más de un procedimiento. En ninguno de los casos se dividieron los votos por nacionalidad y no ha habido ninguna impugnación mediante CIE.

La mayoría de los casos concluidos conforme al ALC no han generado controversia. Aproximadamente el 75% de las resoluciones de los paneles han sido por unanimidad y con excepción del caso sobre madera blanda, en ninguna de las resoluciones se han dividido los votos por nacionalidad. Únicamente tres resoluciones fueron llevadas ante el CIE y, como se dijo, las tres fueron confirmadas.

En teoría, los paneles deben dictar su resolución en un plazo de 315 días naturales. En los casos derivados del ALC, los paneles requirieron en promedio 502 días para concluir la revisión, excluyendo el procedimiento de impugnación extraordinaria. En comparación, el Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos concluye sus revisiones en un promedio de 734 días.³¹

En ocho de los nueve casos habidos entre México y Estados Unidos, los paneles requirieron en promedio 469 días para concluir su revisión.³² En los casos relativos a las investigaciones *antidumping* mexicanas, los pane-

³⁰ Sección Mexicana del Secretariado del TLCAN (1996).

³¹ GAO (1995, p. 57).

³² Tomamos en cuenta aquí sólo ocho casos, ya que en uno la revisión concluyó a solicitud de los participantes, previamente a la instalación del panel.

les requirieron en promedio 587 días, mientras que el promedio de duración de los casos en Estados Unidos fue de 397 días, tomando en cuenta el procedimiento de la devolución.³³

III. FUENTES DE INFORMACIÓN E INSTRUMENTOS DE OBSERVACIÓN

En primer lugar, hemos analizado las siete resoluciones finales³⁴ dictadas por los paneles binacionales, tres en México y cuatro en Estados Unidos, tanto respecto a sus aspectos formales como en cuanto a su contenido. Hemos tomado en cuenta la extensión, estructura, lenguaje y estilo argumentativo de las resoluciones como características formales. Por lo que se refiere al contenido, hemos considerado de interés las diferencias de opinión entre los panelistas; las referencias a conceptos comunes o a las diferencias entre los sistemas jurídicos; las referencias a los objetivos del sistema de paneles y a las facultades de éstos; el análisis jurídico o económico de las cuestiones planteadas. Adicionalmente, hemos tomado en cuenta algunas importantes resoluciones incidentales de los paneles.

En segundo término, hemos consultado el expediente público de los tres procedimientos llevados a cabo en México y en los cuales se ha dictado ya la resolución final. Hemos analizado algunas de las promociones de las partes y, en particular, las transcripciones de las audiencias públicas llevadas a cabo en la ciudad de México. En relación con las citadas audiencias tomamos en cuenta la extensión, el estilo de argumentación, los intercambios entre los panelistas y los abogados de las partes; el número de intervenciones de los panelistas; las referencias a conceptos comunes o a las diferencias entre los dos sistemas jurídicos; las referencias a los objetivos del sistema de paneles y a sus facultades.

³³ El promedio de duración de los tres casos en México se incrementó fuertemente a causa de que en uno solo de ellos, el caso MEX-94-1904-01, el panel tardó casi dos años en dictar resolución. El procedimiento debió interrumpirse en dos ocasiones con motivo de la renuncia de dos panelistas.

³⁴ Uno de los casos en Estados Unidos (USA-94-1904-02, ropa de cuero proveniente de México) concluyó técnicamente mediante resolución del panel. Sin embargo, el asunto concluyó efectivamente cuando la autoridad administrativa de los Estados Unidos solicitó al panel la devolución y éste confirmó la resolución dictada en devolución, la cual fijó una tasa de 0% a las cuotas aplicadas a los reclamantes. Por tanto, no hay una resolución definitiva *in extenso* en dicho caso.

Como tercer instrumento de observación, preparamos un cuestionario escrito que enviamos a los 19 panelistas estadounidenses y a los 14 mexicanos que participaron en al menos uno de los casos entre México y Estados Unidos en los cuales se haya dictado resolución final.³⁵ Los cuestionarios se referían a temas como los siguientes: los estudios y el ejercicio profesional del panelista; su contacto y experiencia con el otro país y su sistema jurídico; su opinión sobre las diferencias de cultura jurídica; la comunicación entre los panelistas y entre éstos y las partes; las dificultades en la comprensión del otro sistema jurídico; el impacto de las decisiones de los paneles en el sistema jurídico propio, así como la evaluación y las perspectivas del sistema de paneles.

La respuesta a nuestro cuestionario fue más bien decepcionante, pues recibimos un total de siete respuestas. Las razones de la escasa respuesta sólo pueden ser motivo de especulación: falta de tiempo o de interés por parte del panelista; deficiente formulación de algunas preguntas; dudas sobre la conveniencia o legitimidad de este tipo de investigación, habida cuenta de la dimensión política y la confidencialidad de algunos aspectos de los procedimientos, etcétera. De hecho, no todos los cuestionarios fueron contestados de manera completa, y algunos señalaron expresamente que no podían dar alguna respuesta sin revelar información confidencial.

Naturalmente, nuestra intención no era inducir a la violación de la confidencialidad que deben guardar los panelistas. Nuestro interés principal radica en los problemas generales de la comunicación entre culturas jurídicas en el contexto de los paneles binacionales, no en opiniones o conductas individuales. Nuestras preguntas sobre “dificultades de comprensión u obstáculos a la comunicación” no estaban dirigidas a poner al descubierto relaciones personales o confidenciales, sino a mostrar el impacto de las diferencias entre culturas jurídicas en el funcionamiento del panel.

Desde un inicio tuvimos conciencia de que no recibiríamos respuesta por parte de todos los panelistas, de manera que el análisis de los cuestionarios contestados podría tomarse sólo como indicador del rango de posibilidades y problemas a ser tomados en cuenta en la investigación. No obstante su reducido número, las respuestas nos proporcionaron pistas interesantes y fueron de utilidad general para nuestra investigación.

³⁵ En realidad enviamos sólo 32 cuestionarios, ya que no nos fue posible obtener la dirección postal de un panelista en Estados Unidos. Se nos devolvieron tres cuestionarios por haber sido enviados a una dirección equivocada.

En parte debido a la decepcionante experiencia con los cuestionarios, nos vimos obligados a recurrir a otras fuentes de información. Por tal motivo, decidimos llevar a cabo una serie de entrevistas personales. La entrevista tiene la ventaja de proporcionar un panorama más completo y diferenciado de los problemas relevantes, así como la posibilidad de explorar otras cuestiones a medida que ésta se desarrolla.

Hasta el momento, hemos realizado un total de diez entrevistas con panelistas, abogados de las partes, funcionarios públicos y otros participantes. Cada entrevista tuvo una duración aproximada de una hora y de cada una se redactó un resumen anónimo. Las entrevistas se refirieron en principio a los mismos temas que habían abordado los cuestionarios, con los cambios del caso según la posición del entrevistado en el procedimiento. Así, por ejemplo, pudimos preguntar a los abogados de las partes si su participación había tenido algún impacto general en su práctica profesional, o también sobre su disposición a participar en futuros procedimientos.

Tomando en cuenta la sensibilidad política de nuestro tema, formulamos nuestras preguntas en términos generales, además de lo cual hemos tratado siempre de evitar cualquier referencia a las entrevistas que permita la identificación de los entrevistados.

IV. LA CULTURA JURÍDICA EN EL FUNCIONAMIENTO DE LOS PANELES BINACIONALES

1. *Observaciones sobre el concepto de cultura jurídica*

Antes de entrar en el examen de la relación entre la cultura jurídica y el funcionamiento de los paneles, es preciso hacer algunas observaciones breves sobre el concepto de “cultura jurídica”, que puede resultar teórica y metodológicamente problemático, pues parece referirse a fenómenos muy diversos.³⁶ Tomado en un sentido muy general, su significado es bastante claro: el concepto se refiere a algunos de los factores sociales que ayudan a explicar el funcionamiento de un sistema jurídico más allá de la mera consideración de sus elementos formales (normas, procedimientos, instituciones), dándole una “personalidad” definida.³⁷

³⁶ Nelken (1995), Rebuffa y Blankenburg (1993).

³⁷ Véase Friedman (1975, pp. 193 y ss.).

Lawrence Friedman ha definido la cultura jurídica como el conjunto de “actitudes, valores y opiniones que existen en la sociedad en relación con el derecho, el sistema jurídico y sus distintas partes”.³⁸ En tal sentido, la cultura jurídica es un elemento del sistema jurídico, al lado de sus normas, instituciones y procedimientos (los cuales constituyen su estructura y sustancia). En esta perspectiva, la cultura jurídica es una de las claves de la efectividad del derecho: “es la cultura jurídica la que determina cuándo, cómo, y dónde las personas utilizan el derecho, las instituciones o los procedimientos jurídicos, y cuándo recurren a otras instituciones, o no hacen nada”.³⁹ Friedman hace una distinción adicional entre *cultura jurídica lega* o *externa*, o de la población en general, y *cultura jurídica interna*, la de los jueces, abogados y otros profesionistas del derecho.⁴⁰

Este concepto de cultura jurídica ha sido objeto de diversas críticas. Por ejemplo, se ha dicho que carece de precisión y rigor, por haberse utilizado para caracterizar una gran variedad de fenómenos en diversos niveles; también, que su contribución a la explicación causal de los fenómenos jurídicos es muy vaga, y que, en última instancia, resulta teóricamente incoherente.⁴¹ Otras críticas se han referido a que el concepto de cultura jurídica, como lo ha definido Friedman, acentúa sólo el lado de la “demanda” del sistema jurídico, es decir, la respuesta de éste a los intereses y necesidades de la población, cuando también es importante considerar la interrelación de los factores institucionales que gobiernan la “oferta” frente a aquéllos.⁴² Ello conduce a una descripción de la cultura jurídica en términos de la interrelación entre cuatro niveles, para cada uno de los cuales es necesario buscar indicadores empíricos:⁴³

- Los cuerpos de derecho sustantivo y derecho adjetivo, así como las reglas de competencia que han constituido tradicionalmente el objetivo del derecho comparado.
- Las características institucionales, como la estructura de la profesión jurídica, la organización de los tribunales y la infraestructura que per-

³⁸ Friedman (1977, p. 76).

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ Cotterrell (1997).

⁴² Blankenburg (1997).

⁴³ *Idem*, p. 81.

mite el acceso a éstos; la formación jurídica, la doctrina y los modelos del discurso jurídico.

- Los patrones de comportamiento que se hacen visibles en los niveles de litigiosidad, o que permanecen ocultos, como el hecho de evitar acudir a los abogados o los tribunales.
- El nivel de conciencia jurídica, esto es, los valores, las creencias y actitudes hacia el derecho.

Esta última posición, si bien contribuye a operacionalizar el concepto, no evita el problema de la circularidad en la explicación de las interrelaciones (por ejemplo, las actitudes y creencias influyen en las instituciones y viceversa)⁴⁴ y, con ello, la dificultad de distinguir con claridad entre algunos de estos niveles.

No obstante lo anterior, existen razones por las que la investigación sociojurídica actual ha tomado este concepto como línea conductora para el análisis de ciertos fenómenos (*infra*) e, independientemente de su mayor o menor capacidad explicativa, no hay duda de que resulta de utilidad en una investigación como la presente.

En este trabajo tomamos como punto de partida la definición de Friedman para los cuestionarios y las entrevistas, y comprobamos que resultó de utilidad en tres sentidos. Primero, para identificar algunas de las diferencias más importantes entre las culturas jurídicas de México y los Estados Unidos en el contexto de los paneles binacionales, habida cuenta además de que nuestros informantes tenían una comprensión intuitiva del concepto “cultura jurídica”. Pudimos comprobar también que en esta comprensión intuitiva no siempre quedaba clara la distinción entre la cultura jurídica y otros elementos del sistema jurídico (sustancia y estructura, en la terminología de Friedman). En segundo lugar, nos permitió analizar las interacciones entre los participantes mexicanos y estadounidenses en términos de un

⁴⁴ Esta discusión se inició en el campo de la ciencia política, la cual ha empleado el concepto equivalente de “cultura política” para dar cuenta de las diferencias de comportamiento en sistemas políticos que son formalmente similares. El estudio clásico en este sentido es el de Gabriel Almond y Sidney Verba, *The Civic Culture*, de 1963, que aplicó este enfoque a la comparación de actitudes políticas en cinco países, entre los que se encontraba México, y a su impacto en el funcionamiento de las instituciones políticas. Sin embargo, también es posible enfatizar la relación opuesta: el impacto del funcionamiento de las instituciones en el surgimiento de una determinada cultura política. Véase, por ejemplo, en relación con México, CIDAC (1994, pp. 135 y ss.).

proceso de aprendizaje, para cuya explicación recurriremos más adelante a la distinción entre expectativas normativas y expectativas cognitivas (3, *infra*). Por último, pudimos apreciar, negativamente, que las diferencias entre las culturas jurídicas no eran capaces de explicar, de manera completa, los resultados tan divergentes de los casos mexicanos, por lo que era necesario tomar en cuenta factores de otro tipo (B, *infra*).

2. *Diferencias entre las culturas jurídicas de México y los Estados Unidos*

En los cuestionarios y las entrevistas preguntamos a nuestra informantes cuáles eran, en su opinión o experiencia, las principales diferencias entre las culturas jurídicas de México y los Estados Unidos. Las respuestas fueron muy variadas. En su mayoría, sin embargo, mencionaron las características generales tratadas habitualmente en los libros sobre sistemas jurídicos y derecho comparados, mientras que otras se refirieron más específicamente al contexto de los paneles. En este sentido parece haber habido la percepción casi unánime de una diferencia en la forma en que los problemas jurídicos son abordados y resueltos en cada país, y que nosotros hemos decidido caracterizar mediante la distinción entre “formalismo mexicano” y “pragmatismo estadounidense”.⁴⁵

En efecto, por su preparación, mentalidad y práctica, los abogados mexicanos asignan a las *formas* y los *procedimientos* una importancia central en el análisis y solución de la mayoría de los problemas jurídicos. Esto queda muy bien reflejado en el funcionamiento del juicio de amparo. El amparo es, formalmente hablando, un instrumento procesal para impugnar la constitucionalidad de todo tipo de disposiciones jurídicas y actos de autoridad. Resulta significativo, sin embargo, que la mayoría de los amparos aleguen violaciones a los artículos 14 y 16 de la Constitución federal, que se refieren a las formalidades esenciales que debe satisfacer todo procedimiento, así como a los requisitos que deben observar los funcionarios públicos para poder “molestar” a los particulares en sus derechos y posesiones. Tales requisitos incluyen la competencia de dichos funcionarios y la obligación de fundamentar y motivar sus actos.

El formalismo en las demandas de amparo se corresponde con el formalismo con el que los jueces las examinan y resuelven habitualmente. Así,

⁴⁵ Cfr. Clark (1992, p. 8).

un alto porcentaje de amparos, por ejemplo, resulta ser improcedente o sobreseído, es decir, que son desechados por razones puramente procesales (falta de interés jurídico, consentimiento del quejoso, falta de definitividad o consumación irreparable del acto impugnado, etcétera) y ya no se entra en el análisis de la cuestión de fondo.⁴⁶

Esta concepción formalista se manifestó también en algunas de las reclamaciones presentadas ante los paneles binacionales en México. De este modo, sucedió que la falta de competencia de la autoridad mexicana durante algunas de las etapas de la investigación administrativa, y otras violaciones formales, constituyeron una cuestión central en las reclamaciones de algunas de las compañías estadounidenses, y en ellas alegaron incluso que se trataba de violaciones directas a los artículos 14 y 16 de la Constitución,⁴⁷ lo que planteó a los paneles el difícil problema de determinar si podrían anular las resoluciones impugnadas, como pedían las reclamantes, y si poseían facultades para examinar cuestiones de constitucionalidad.⁴⁸

Los paneles se vieron también confrontados con peticiones incidentales relativas a otras cuestiones de forma, como la debida presentación de los poderes del representante legal mexicano de las compañías estadounidenses o el acceso de los participantes a la información confidencial del expediente. En la mayoría de los casos, estas cuestiones se resolvieron mediante un compromiso entre la necesidad de tomar en cuenta las formalidades

⁴⁶ En 1992 el porcentaje de amparos improcedentes o sobreseídos se acercaba al 80%. En este sentido, es posible establecer una correlación histórica entre la proporción de amparos improcedentes o sobreseídos y las cargas de trabajo y el rezago crecientes enfrentados por el Poder Judicial federal, en un contexto de recursos muy limitados e incremento casi nulo en el número de tribunales y plazas judiciales. Dicho en otras palabras: la improcedencia y el sobreseimiento fue la principal estrategia adoptada por los tribunales federales para evitar ahogarse en la marea de amparos (CIDAC, 1994, cap. 2). El problema es que los criterios desarrollados para tal efecto, sobre todo en los años cuarenta y cincuenta, han establecido una “tradicón” que persiste, con algunas incipientes tendencias en contrario y no obstante que a partir de los años ochenta los tribunales federales han obtenido mayores recursos e iniciado un proceso de acelerado crecimiento. Véase CIDAC (1994, pp. 63 y ss.) y Lanz Cárdenas (1997).

⁴⁷ Otra consecuencia de la naturaleza compleja del amparo ha sido el matrimonio, aparentemente indisoluble, de las cuestiones de legalidad con las propiamente constitucionales, con predominio de las primeras sobre las segundas. Se puede decir incluso que en México no ha habido en realidad interpretación constitucional. Las razones de ello son complejas, sin duda, y tienen mucho que ver con la naturaleza autoritaria del sistema político mexicano. Véase Cossío y Raigosa (1996).

⁴⁸ López-Ayllón (1995, pp. 243 y 244).

prescritas por el derecho mexicano y la actitud pragmática que prefiguran los objetivos centrales de la revisión ante un panel, la cual debe ser “justa, expedita y económica”⁴⁹ (Regla 2 de las Reglas de Procedimiento del Artículo 1904).

Se nos dijo que estas cuestiones formales eran una suerte de enigma, si no es que resultaban completamente incomprensibles para los panelistas y los abogados estadounidenses. Así lo señaló explícitamente el representante legal de alguna de las empresas reclamantes:

Este principio de la competencia funciona... de manera muy curiosa en México, a los ojos de los panelistas americanos... en la plática que he sostenido con mis colegas americanos, me han dicho que en Estados Unidos es algo completamente diferente, difícil de entender, pero yo creo que la dificultad de esta materia deriva de la contradicción de sistemas jurídicos de los que estamos hablando...⁵⁰

La actitud pragmática de los panelistas y abogados de los Estados Unidos los impelía a no darles excesiva relevancia y a resolverlas en forma práctica, a fin de poderse concentrar en el fondo de la controversia, es decir, las cuestiones técnicas de *dumping* y daño. Según la percepción de los participantes mexicanos, al ser confrontados con conceptos y cuestiones de este tipo, los abogados estadounidenses buscarían siempre el objetivo racional subyacente, de modo que en principio no estarían inclinados a aceptar una interpretación, por lógica que ésta fuera, que no satisficiera la racionalidad instrumental que ellos atribuían a la norma.

Naturalmente hablamos aquí sólo de una inclinación que puede haber aflorado, o no, en determinadas resoluciones de los paneles, pues el pragmatismo estadounidense se vería contrapesado siempre por un dogma central del sistema: que los paneles no deben establecer un cuerpo diferente de criterios jurídicos, sino que deben resolver en la forma que lo haría el tribunal interno.⁵¹

⁴⁹ Regla 2 de las Reglas de Procedimiento del Artículo 1904.

⁵⁰ MEX-94-1904-01, transcripción de la primera audiencia pública, pp. 15 y 18.

⁵¹ Esto fue especialmente evidente en la resolución final del caso MEX-94-1904-02, en la que dos panelistas estadounidenses y un mexicano determinaron que la falta de competencia de algunos funcionarios durante el procedimiento administrativo les impedía examinar el fondo del asunto (como probablemente hubiera resuelto el Tribunal Fiscal de la Federación, en los términos de una disposición y de criterios jurisprudenciales entonces en

Por el otro lado, el formalismo mexicano, y la importancia que le atribuye a las cuestiones formales, pudo haberse manifestado también en los casos resueltos en los Estados Unidos, si bien hacemos aquí solamente una inferencia indirecta. Así, por ejemplo, en el caso USA-95-1904-05, el panel debía resolver si permitía o no al Departamento de Comercio presentar en forma extemporánea su aviso de comparecencia, a fin de que pudiera considerársele como participante. El panel aceptó la petición del Departamento, no sin censurarlo fuertemente “por su injustificada inobservancia de las claras reglas de procedimiento de revisión ante el panel”.⁵² Como justificación de su decisión, el panel señaló que “la rígida adhesión (en este caso) al plazo establecido en la Regla 40(1) no sólo sería injusto y causaría daño al Departamento y al peticionario, sino que también socavaría los fines últimos de las Reglas del panel”, en el sentido de “garantizar la revisión justa, expedita y económica de las resoluciones definitivas”.⁵³ Lo interesante, sin embargo, es que ninguno de los participantes había advertido o había objetado la omisión del Departamento en presentar en tiempo su aviso, y fue un miembro del panel (cuya nacionalidad no se menciona, pero que podemos sospechar)⁵⁴ quien, *sua sponte*, la descubrió en la mañana del día en que había de celebrarse la audiencia.⁵⁵

En este punto podríamos reconducir la diferencia entre formalismo y pragmatismo al papel y a la función generales del derecho en cada una de las sociedades consideradas. Sin entrar en el análisis con la profundidad que merecería, podríamos decir que, históricamente, el derecho mexicano

vigor) y ordenaron a dicha autoridad dar por terminado el procedimiento y devolver las cuotas recaudadas (como con toda probabilidad lo hubiera hecho el Tribunal).

⁵² USA-95-1904-05, resolución final, p. 33.

⁵³ *Ibidem*, pp. 33 y 37. El argumento del panel parecería un tanto contradictorio, y esta aparente contradicción viene en apoyo de nuestra inferencia. Por un lado, señala que “es opinión de este panel que, a fin de alcanzar los fines de los mecanismos de resolución de controversias del TLCAN, resulta imperativo que todos los participantes observen y cumplan con todos los plazos procesales en *forma estricta y rigurosa* y en claro apego a sus obligaciones jurídicas” (p. 37, énfasis añadido), pero por el otro, evitó aplicar una consecuencia “estricta y rigurosa” a la omisión del Departamento, que el panel mismo calificó como resultado de “culpa o negligencia”, no de “inadvertencia”, pues dicha consecuencia habría significado una importante disrupción en el procedimiento, de haberse excluido al Departamento como participante y de haberse eliminado del expediente todas sus promociones orales y escritas, según lo pedían los reclamantes.

⁵⁴ En este caso el panel estuvo compuesto por tres mexicanos y dos estadounidenses.

⁵⁵ USA-95-1904-05, resolución final, p. 32.

no ha tenido la función general y, por tanto, tampoco la capacidad efectiva, de “regular”, sino la de “instituir” un modelo prospectivo de sociedad.⁵⁶ Dicho en otras palabras: el derecho mexicano ha estado dominado por la tensión entre un proyecto de modernidad, diseñado e impuesto cíclicamente por las elites culturales y políticas del país, y la terquedad de una realidad social que tiene escasa correspondencia con tal proyecto. El derecho estadounidense, en cambio, está gobernado, en primer término, por los imperativos de la racionalidad económica.⁵⁷ Nos parece que el formalismo mexicano es una consecuencia necesaria de la función tradicionalmente desempeñada por el derecho en la sociedad mexicana, en la cual se comporta como una especie de escudo protector, tanto para gobernantes como para gobernados, que les permite evitar confrontar el hecho de que el derecho no puede ser cumplido en la realidad.

Otras diferencias interesantes que nos fueron mencionadas son las siguientes:

- El *razonamiento* y el *estilo* en el análisis jurídico: los abogados mexicanos tienden a privilegiar los conceptos y principios generales, mientras que sus contrapartes estadounidenses se concentran en cuestiones específicas y concretas.
- La relevancia de los *precedentes judiciales* para la solución de cuestiones jurídicas: de importancia central en el derecho estadounidense y de trascendencia mucho menor en el derecho mexicano.⁵⁸
- El papel del *Poder Judicial* en el sistema jurídico: de importancia central en los Estados Unidos —de lo cual derivan otras consecuencias importantes para el funcionamiento del sistema jurídico— pero mucho menos significativo en México.
- La *actitud hacia las autoridades administrativas*: de “deferencia” en los Estados Unidos y de “desconfianza” en México.
- La utilización de *audiencias públicas* para presentar y aclarar los argumentos de las partes, con la intervención activa de los panelistas.

⁵⁶ López-Ayllón (1995; 1997).

⁵⁷ *Cfr.* Ferrarese (1997, p. 159).

⁵⁸ En los casos en México se citaron criterios de interpretación judicial de manera frecuente y amplia. Sin embargo, tenemos la impresión de que las partes no fueron capaces de explicar suficiente y convincentemente a los paneles la medida en que tales criterios podían resultar relevantes o determinantes para el procedimiento de revisión.

Esta es una novedad completa en el derecho mexicano.⁵⁹ A pesar de su inicial falta de familiaridad con este tipo de audiencia, los abogados mexicanos parecen haberse desempeñado bastante bien en ellas. Si bien algunos las consideraron una novedad positiva e interesante, a otros pareció desagradarles su carácter un tanto “teatral”.

—La *sensibilidad profesional*: los abogados estadounidenses tienen un sentido más fuerte de la importancia de cuestiones como la transparencia, la confidencialidad, la lealtad hacia la contraparte,⁶⁰ el profesionalismo o el contacto personal con los panelistas.⁶¹

3. *La comunicación entre los participantes en el procedimiento ante el panel*

En este apartado pretendemos analizar con mayor detalle la comunicación entre los participantes en el procedimiento de los paneles binacionales, centrándonos en las dificultades que enfrenta dicha comunicación y en las estrategias adoptadas para superarlas. Para tal efecto, nos referiremos de manera principal a los casos resueltos en México, con ocasionales menciones a los desarrollados en Estados Unidos.

A. Comunicación entre los panelistas

Hemos identificado al menos tres divisiones que pueden haber tenido algún efecto sobre el proceso comunicativo entre los panelistas y, en última instancia, en la decisión resultante. La más obvia se refiere a la nacionalidad, y esta división tiene una dimensión de cultura jurídica, además de una dimensión “política”, más visible. La posible consecuencia de ello sería

⁵⁹ Las “audiencias” que existen en derecho mexicano no son, en principio, eventos públicos para la exposición oral y el intercambio de preguntas y respuestas, sino una etapa del procedimiento judicial para el ofrecimiento y desahogo de pruebas. La Ley de Comercio Exterior de 1993 introdujo “audiencias públicas” en el primer sentido para llevarse a cabo dentro del procedimiento administrativo.

⁶⁰ Un abogado mexicano, haciendo referencia a la investigación administrativa *anti-dumping*, se quejó de que los demás abogados mexicanos no siempre cumplían de manera leal con la obligación de enviar copias de sus promociones y escritos a las otras partes.

⁶¹ En México, son muy comunes las reuniones informales de una de las partes con los jueces, y muchos abogados mexicanos ciertamente tendrían dificultades para entender, si no les llega a parecer una exageración, que sus contrapartes estadounidenses eviten por completo, casi con horror, esta clase de intercambios.

que los panelistas se vieran sistemáticamente impelidos a adoptar posiciones y a votar según su nacionalidad, representando a la vez el interés nacional de su país y su cultura jurídica, lo que desacreditaría de manera irreparable al sistema de paneles.

Son múltiples las razones por las cuales esto no ha sido así, ni entre Canadá y Estados Unidos, ni entre este país y México. Una de ellas reside, sin duda, en los criterios de selección de los panelistas, los cuales, en combinación con el código de conducta que les es aplicable y con las garantías procesales que prescriben las Reglas de Procedimiento, incluyendo la impugnación extraordinaria, aseguran una revisión imparcial y justa.

Esto no significa que sea fácil la comunicación *profesional* (distinta de la personal) entre los panelistas mexicanos y estadounidenses, pues hemos visto que las diferencias entre ambos sistemas jurídicos son profundas. Sin embargo, esta dificultad inicial se compensa parcialmente por el hecho de que la mayoría de los panelistas son juristas de formación, frecuentemente con conocimiento y experiencia sobre materias de naturaleza internacional. Precisamente su preparación jurídica y su experiencia facilitan el entendimiento por encima de las diferencias de cultura jurídica, y esto fue percibido así por algunos participantes.

Las principales estrategias de comunicación adoptadas fueron un esfuerzo intensivo de explicación, casi en estilo académico, del derecho mexicano o estadounidense, según el caso, y la búsqueda constante de conceptos jurídicos análogos o equivalentes en ambos sistemas jurídicos.⁶² A este esfuerzo correspondía una abierta disposición a comprender y aprender.⁶³ Además, los asistentes de los panelistas han sido frecuentemente nacionales del otro país, han estudiado ahí o tienen experiencia profesional con su sistema jurídico, por lo que sin duda contribuyeron al proceso de una mejor comprensión.

La formación jurídica no significa, sin embargo, que no sean relevantes otras diferencias derivadas de la actividad profesional. En este sentido, identificamos también una división entre abogados (postulantes o litigan-

⁶² Sobre esta última estrategia añadiríamos que podría conducir a muchos malentendidos si no va acompañada de una aguda conciencia de que se trata solamente de analogías o similitudes. De otro modo, la equivalencia podría esconder algunas diferencias relevantes.

⁶³ Nuestros informantes concuerdan en que ésta era la actitud general de todos los participantes. Cualquier medida de desconfianza o reserva que hayan tenido inicialmente hacia un sistema ajeno habrá tendido a disiparse hacia el final, en virtud del proceso de aprendizaje mencionado, en favor de un grado mayor de comprensión, confianza y respeto.

tes) y otros profesionistas del derecho (principalmente académicos). No se trata de una división estricta, porque los panelistas pueden combinar, y de hecho así sucede con frecuencia, diferentes antecedentes y clases de experiencia profesional, pero también porque también son posibles otras categorías intermedias. Así, por ejemplo, dentro del grupo de los “abogados” caben tanto los litigantes propiamente dichos como los llamados “abogados corporativos”.

En términos generales, esta división se traduce en diferentes estilos de análisis jurídico: los abogados son más prácticos y estrictos, mientras que los otros profesionistas son más flexibles y tienden a considerar otros aspectos de la controversia. Preguntamos cuál afinidad prevalece con mayor probabilidad —la nacionalidad o la actividad profesional—, a lo cual recibimos respuestas en ambos sentidos. Sin embargo, según parece, había un marcado respeto y deferencia hacia el punto de vista de los abogados.

La última división tiene que ver con el hecho de que en algunos paneles ha habido panelistas que no son juristas. Esto puede hacer más difíciles, pero no imposibles, los esfuerzos de comunicación y explicación. Nada impide que los no juristas entiendan el núcleo jurídico de una controversia, aun si no dominan el lenguaje del derecho. Del mismo modo, los juristas deben ser capaces de comprender la racionalidad económica fundamental que subyace a ciertas cuestiones jurídicas, aunque no sean expertos en el manejo del análisis económico. Por último, los panelistas, tanto los juristas como los que no lo son, tienen la posibilidad de seleccionar asistentes que posean conocimientos complementarios a los suyos y, según hemos sabido, así ha ocurrido en ocasiones.

Este cruce de las fronteras disciplinarias se ha manifestado en algunas de las resoluciones finales de los paneles, sobre todo en los votos particulares, tanto concurrentes como disidentes. Aquí mencionaremos en vía de ejemplo dos votos particulares concurrentes. El primero es el voto concurrente en el caso USA-95-1904-01, firmado por los dos panelistas mexicanos, un jurista y un economista, quienes no estuvieron de acuerdo con el análisis económico adoptado por la mayoría —apoyándose en el derecho estadounidense— sobre el sistema mexicano de reparto de utilidades como componente del costo de las mercancías investigadas. Debe ponerse énfasis en que el desacuerdo se circunscribía a consideraciones puramente económicas y no se refería a cuestiones de interpretación jurídica. El segundo ejemplo es el voto concurrente en el caso MEX-94-1904-03, formulado por una panelista que no era jurista, quien argumentó que la mayoría no ha-

bía examinado la cuestión de si la autoridad investigadora había respetado las garantías de audiencia y legalidad, contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución mexicana, al aplicar la prueba de representatividad.

Existen otros obstáculos de naturaleza más general al proceso de comunicación. En primer lugar tenemos la barrera del idioma. Los panelistas, aunque no todos, tienen un conocimiento regular o bueno, según propia apreciación, del otro idioma, si bien, por diferentes razones, no siempre están dispuestos a utilizarlo. Como no existe ninguna regla que determine cuál deba ser el idioma o idiomas de trabajo de un panel, esta determinación depende de factores circunstanciales, como el grado de conocimiento de un idioma por las panelistas en particular, el país donde se lleva a cabo el procedimiento, la división del trabajo en el análisis de ciertas cuestiones, etcétera. Hemos sabido que normalmente ambos idiomas, español e inglés, son utilizados como idioma de trabajo, quizá con un ligero predominio del segundo.

La barrera del idioma hace necesaria la traducción. No entraremos aquí en el examen de los problemas de traducción que derivan de las diferencias entre dos sistemas jurídicos pertenecientes a tradiciones distintas. Por experiencia propia sabemos que son enormes. En este caso es posible que la traducción se facilite un tanto por la influencia externa que la legislación *antidumping* mexicana ha recibido ya. Sin embargo, ello deja todavía amplios espacios para la interpretación y la falta de entendimiento; así, por ejemplo, en virtud de las posibles diferencias entre las versiones española e inglesa del texto del TLCAN o de las Reglas de Procedimiento.⁶⁴

¿Qué tan grande es la inversión en la traducción y qué tan bien se resuelve este problema? Resulta evidente que las audiencias públicas, por ejemplo, requieren de servicios profesionales de interpretación, traducción y transcripción.⁶⁵ Las partes, por su lado, deciden invertir recursos considerables en la traducción de promociones y otros documentos (precedentes judiciales, leyes y otras disposiciones jurídicas, resoluciones administrativas), o al menos así ocurrió en los procedimientos llevados a cabo en México. Los servicios de traducción son proporcionados ocasionalmente por la

⁶⁴ Pérez de Acha (1996).

⁶⁵ La presencia de los abogados extranjeros de las partes sirvió en ocasiones como factor de corrección de los errores de la traducción simultánea.

sección nacional responsable del Secretariado del TLCAN,⁶⁶ por los asistentes o por los panelistas mismos. Según parece, la traducción ha sido competente, en términos generales, pero es inevitable que sea motivo de gasto en tiempo y dinero.

Otro obstáculo deriva de la distancia geográfica. Los panelistas viven y trabajan en dos países diferentes, y a veces también en ciudades diferentes dentro de un país. Si bien se llevan a cabo reuniones personales entre ellos, por ejemplo con motivo de las audiencias públicas, los panelistas tienen que recurrir normalmente a otros medios de comunicación, como el teléfono, el fax y el correo. Esto significa que se pierden algunas de las ventajas de la interacción directa entre actores presentes.

B. Comunicación entre los abogados de las partes

Los procedimientos ante los paneles han requerido, especialmente en los casos mexicanos, la estrecha colaboración entre abogados mexicanos y los despachos estadounidenses contratados por las empresas estadounidenses reclamantes. Para tal efecto, estos despachos establecían contacto con un despacho mexicano, a fin de que un abogado mexicano actuara como representante legal acreditado ante el panel,⁶⁷ lo que implicaba, entre otras cosas, comparecer en las audiencias públicas y firmar todas las promociones y escritos.⁶⁸ Se planteó, en consecuencia, un esquema de división básica del trabajo, según el cual los abogados mexicanos serían responsables de los aspectos procesales, mientras que los abogados estadounidenses se encargarían de las cuestiones sustantivas, técnicas, simplemente por su ventaja en el acceso a la información relevante y su experiencia en esta clase de controversias.

Sin embargo, no parece que esta división del trabajo se haya establecido siempre en tales términos desde el inicio, pues los abogados estadounidenses pensaban que su contraparte mexicana no tendría que desempeñar, en

⁶⁶ Las secciones nacionales del Secretariado del TLCAN no tienen la obligación de proveer servicios de traducción, pero en ocasiones lo hacen como parte del apoyo administrativo que brindan a los procedimientos de los paneles.

⁶⁷ Las Reglas de Procedimiento exigen que el representante legal acreditado de las partes sea nacional del país en el que se lleve a cabo el procedimiento de revisión.

⁶⁸ Resulta interesante hacer notar que en este esquema de cooperación el abogado mexicano no tiene contacto directo con sus clientes, sino sólo con el despacho de abogados que los representa en Estados Unidos.

realidad, más que una función formal y meramente representativa. Pensamos que esta suposición se explica en parte por la participación directa de los abogados estadounidenses durante la investigación administrativa ante las autoridades mexicanas,⁶⁹ pero también a que ellos, seguramente, no preveían que se llegaran a plantear en la revisión ante el panel cuestiones con las que no hubieran estado ya familiarizados. Sin embargo, pronto habrá quedado en claro que un procedimiento de revisión en México era diferente a otros procedimientos anteriores derivados del capítulo XIX, ya que daba origen a difíciles cuestiones de derecho mexicano que eran sustancialmente desconocidas en los procedimientos llevados a cabo en los Estados Unidos. De modo que los abogados de ambos países tuvieron que someterse a un intenso y en ocasiones difícil proceso de explicación y comunicación.

En este sentido, la idea de una “división” del trabajo puede resultar engañosa, pues la presentación exitosa del caso depende de la comprensión plena, por parte de ambos despachos, de todos los aspectos de la controversia. El resultado de este esfuerzo fue un proceso de aprendizaje sobre el modo como funciona el sistema jurídico mexicano y, según se nos dijo, también trajo consigo un cambio de actitud de los abogados estadounidenses hacia las instituciones jurídicas mexicanas (en particular, los tribunales), las cuales habían sido vistas inicialmente con alguna desconfianza. No resulta sorprendente, por otro lado, haber descubierto que la comunicación entre los abogados de los dos países se había facilitado notablemente cuando el abogado mexicano había tenido un estrecho contacto con el sistema jurídico de los Estados Unidos.⁷⁰

Algunos participantes señalaron que las promociones y escritos de las empresas exportadoras estadounidenses habían sido evidentemente preparados en inglés por sus abogados, y que luego habían sido traducidos. Su conclusión era que la contribución del abogado mexicano debía haber sido mínima o nula. Motivados por esta afirmación, nosotros examinamos las

⁶⁹ Hay que recordar que la intervención del panel es precedida de una investigación por parte de la autoridad administrativa (la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, ahora de Economía), la cual se inicia a petición de parte afectada y determina si ha habido prácticas comerciales desleales de comercio exterior. En este procedimiento participan las empresas exportadoras o importadoras extranjeras, representadas por sus abogados.

⁷⁰ Estudios en los Estados Unidos, trabajo en un despacho de ese país, aprobación del examen de la barra en alguno de los estados (generalmente Nueva York), vínculos profesionales permanentes entre los despachos de ambos países, etcétera.

reclamaciones y los principales memoriales de las empresas reclamantes, los que invariablemente fueron presentados en ambos idiomas, en dos de los casos. Nuestra conclusión es que algunos de estos documentos fueron evidentemente preparados en inglés y luego traducidos a nuestro idioma. En el caso de otros documentos, esto no es tan claro. En otros documentos más, el “original” o algunas partes del mismo parecen haber sido elaborados en español. Todo ello confirma nuestra conclusión general de que los escritos que abordan cuestiones de derecho mexicano no pudieron haber sido preparados sin la colaboración de un jurista mexicano, aunque el documento resultante haya sido *redactado* finalmente en otro idioma.

Si bien hasta el momento no hemos investigado de manera específica la relación entre los abogados mexicanos y estadounidenses en los procedimientos de revisión iniciados por empresas mexicanas en los Estados Unidos, observamos un primer contraste con lo dicho hasta el momento. Aquí, la intervención de los abogados mexicanos parece haber sido mucho más reducida, ya sea porque dichos casos no plantearon cuestiones jurídicas que requirieran el mismo nivel de intervención profesional de los abogados de ambos países, o bien porque las empresas mexicanas no se hayan sentido obligadas a recurrir a abogados mexicanos para intervenir en un procedimiento en el marco de un sistema jurídico ajeno. También pudo haber influido el hecho de que algunas de las empresas mexicanas tenían ya largos antecedentes en procedimientos *antidumping* en los Estados Unidos, por lo que la revisión ante el panel no era sino una etapa más.

De lo anterior podemos concluir que el grado de intervención de los abogados de uno u otro país está en función del grado de desarrollo y la complejidad alcanzados por el sistema jurídico respectivo en relación con las cuestiones sustantivas o procesales que plantean las prácticas desleales de comercio internacional.

C. Comunicación entre el panel y las partes

En este apartado intentaremos examinar algunos aspectos del proceso de comunicación entre el panel y las partes. Ya hemos hecho referencia a algunos de los problemas generales, como el de la traducción, por lo que nos concentraremos en el análisis de las audiencias públicas en los casos mexicanos. Sobre el particular hemos encontrado algunos elementos adicionales e interesantes, especialmente por lo que hace a las estrategias de comunicación de las partes hacia el panel. Nuevamente vemos aquí un cla-

ro esfuerzo por explicar y convencer a los miembros del panel, a lo que éstos responden con un esfuerzo de comprensión que se revela en sus preguntas y comentarios.

Para los efectos de este análisis, debemos distinguir entre dos procesos de comunicación que fluyen en direcciones opuestas: el primero, de las partes hacia el panel, y el segundo, de los miembros del panel hacia cada una de las partes.

En el proceso de comunicación que fluye de las partes hacia el panel, observamos que el desafío que enfrentan las partes para presentar y explicar su posición se complica por otros dos factores, aparte de los ya mencionados (traducción, falta de familiaridad con la argumentación oral). Tales factores son, en primer lugar, el hecho de que la parte que presenta su posición enfrenta a una audiencia múltiple (cinco panelistas) y caracterizada por las divisiones que hemos mencionado; y en segundo término, las cuestiones nuevas y complejas derivadas del contacto del sistema de paneles con el derecho mexicano.⁷¹

Estos factores no están presentes, o no son tan relevantes, en la situación más común y clara en que dos partes alegan ante una o varias personas que constituyen un tercero imparcial homogéneo dentro de un *solo* sistema jurídico y en relación con cuestiones que atañen *sólo* a este sistema. La principal consecuencia es la multiplicación de los niveles y estrategias del discurso de las partes, las que no sólo tienen que tratar de ajustarlo de forma tal que logren la resonancia deseada en su público,⁷² sino que, al mismo tiempo, nunca pueden perder de vista los diferentes sistemas y culturas jurídicos que se están confrontando. No resulta sorprendente, entonces, que el discurso dé la impresión de ser redundante, incluso confuso o torpe, y de

⁷¹ De ello había clara conciencia. Véase, por ejemplo, la siguiente afirmación del representante legal de las empresas estadounidenses: "...yo creo que el punto más difícil es la mezcla de concepciones jurídicas que se tienen en un país como los Estados Unidos y un país como México, yo creo que es de ahí la dificultad de poder ser tan concluyente, de tener una opinión 100% convincente para los señores panelistas en este caso..." (MEX-94-1902, transcripción, p. 19).

⁷² En varias ocasiones el representante legal de alguna de las partes empezaba a hablar en inglés de manera inadvertida, lo cual no estaba permitido, o utilizaba conceptos jurídicos anglicizados que no existen o no son habituales en la terminología jurídica mexicana, o bien tienen un diferente significado (por ejemplo, "remedios" por "sentido de una resolución", "jurisdicción" por "competencia", "tradición del derecho civil" por "tradición romanista", "poderes" por "facultades", "deferencia" como concepto análogo al de "discrecionalidad", etcétera).

que al final de la audiencia los panelistas, las partes u otros observadores no tengan una idea clara de cuál haya sido el resultado de la misma. De ahí también la impresión de que no se trata más que de teatro.

Al tratar de explicar al panel su visión de algunas de las cuestiones más debatidas, las partes utilizaron argumentos que enfatizaban las diferencias entre los sistemas jurídicos de los dos países, o que identificaban y resaltaban los conceptos comunes o análogos. Los resultados eran con frecuencia ambiguos e insatisfactorios. Damos aquí dos breves ejemplos.

Primero, la insistencia de los representantes legales mexicanos de las empresas estadounidenses, en dos de los casos, de que la tradición jurídica mexicana es muy formalista y de que en ello difiere de la tradición jurídica de los Estados Unidos. Este argumento tenía la intención de apoyar la conclusión de que la única resolución adecuada que podía dictar el panel con motivo de la presunta falta de competencia de la autoridad investigadora era de tipo formal: la anulación de toda la resolución, sin entrar a examinar las cuestiones de fondo. Así, por ejemplo, los abogados mexicanos alegaban lo siguiente:

En México, conforme a la tradición jurídica que vive en este sistema jurídico, todos los actos ilegales carecen de validez jurídica y esa declaratoria de invalidez jurídica es hecha por los tribunales mexicanos...

Son principios muy formalistas, excesivamente formalistas en México, y me gustaría que bajo este concepto lo pudieran entender, a la luz de un diferente sistema, de una diferente tradición jurídica.⁷³

Segundo, el intento de la autoridad investigadora mexicana de convencer al panel, en los tres casos, de que el principio de deferencia, que está claramente desarrollado en el sistema jurídico estadounidense, existe también en el derecho mexicano, aunque no exactamente en la misma forma. El problema era doble: por un lado, explicar y justificar el principio de deferencia ante los panelistas mexicanos y, por la otra, convencer a los panelistas estadounidenses de que el principio tenía un fundamento jurídico suficiente en una disposición legal mexicana. Que la argumentación pudo no haber sido muy exitosa ante los miembros extranjeros del panel, queda de manifiesto en el siguiente comentario de un panelista estadounidense:

⁷³ MEX-94-1904-02, transcripción, pp. 2 y 3, y MEX-94-1904-01, transcripción de la primera audiencia, p. 43.

Me parece que usted ha dado una brillante interpretación del derecho de los Estados Unidos sobre la materia, porque las cosas que usted ha dicho son muy razonables en términos de lo que hacemos en los Estados Unidos en estas situaciones, tanto a nivel de los tribunales como de los paneles binacionales. [Sin embargo] continuamente estoy trabajando con el problema de cómo pueda ver yo que su conclusión esté fundada en el texto de la ley, que no parece apoyar claramente lo que usted dice, y por eso estoy preocupado sobre las fuentes de su idea de la deferencia.⁷⁴

Nos ocuparemos ahora del segundo proceso de comunicación. Hemos analizado las transcripciones de las audiencias a fin de determinar el número y tipo de las intervenciones de los panelistas. Estas intervenciones eran preguntas o comentarios en relación con los argumentos de las partes. Las preguntas son de dos clases: aquellas dirigidas a obtener una explicación o clarificación de la posición de una de las partes respecto de un punto concreto, o aquellas que buscaban apoyo o confirmación para lo que parece ser una idea preconcebida. En este último caso, notamos que las partes no siempre entendían la pregunta por no percibir la dirección en que apuntaba, por lo que el panelista se veía forzado a reformularla.

Respecto al grado de “activismo” de los panelistas, es decir, el número de sus intervenciones, a partir del análisis de las transcripciones no hemos podido inferir ninguna conclusión o ningún patrón en particular. Una hipótesis evidente sería pensar que, aparte de la influencia de la personalidad del panelista, las preguntas de los miembros del panel estarían gobernadas por el grado de familiaridad que tuvieran con ciertas cuestiones. Así, los panelistas estadounidenses tenderían a preguntar más sobre las cuestiones relativas al derecho mexicano (requisitos de competencia y actuación de las autoridades, valor de la jurisprudencia, modo en que resuelven los tribunales nacionales, facultades de los paneles en el sistema mexicano, etcétera), mientras que los panelistas mexicanos harían más preguntas, en principio, sobre las cuestiones técnicas y sustantivas de la controversia (*dumping* y daño).

El análisis cuantitativo que hemos hecho no confirma esta hipótesis.⁷⁵ Creemos que el número de intervenciones refleja más bien las complejidades introducidas por los factores ya mencionados. Así, por ejemplo, la cuestión de la competencia de la autoridad investigadora, cuya solución

⁷⁴ MEX-94-1904-02, transcripción de la audiencia, p. 61 (traducción nuestra).

⁷⁵ Véase el anexo al final de este ensayo.

habría sido relativamente clara para un jurista mexicano en otras circunstancias, hizo que los propios panelistas mexicanos preguntaran en repetidas ocasiones a las partes, en esencia, qué resolución debía tomar el panel en caso de que concluyera que había habido falta de competencia de la autoridad investigadora.

4. Conclusiones preliminares

Nuestra conclusión preliminar y general es que las diferencias de cultura jurídica y otros obstáculos a la comunicación entre los participantes sí tienen un efecto sobre el funcionamiento de los paneles. Dichos obstáculos y diferencias, sin embargo, no son insuperables. En el peor de los casos cuestan tiempo y dinero.

No son insuperables por varias razones. En primer lugar, los participantes están obligados a interactuar entre sí y a lograr un resultado dentro de un tiempo determinado. La comunicación no se interrumpe ni se malogra por el hecho de que no haya entendimiento en un primer momento, como sí podría ocurrir con una negociación contractual.⁷⁶ Dicho en otras palabras: hay constreñimientos institucionales y temporales que fuerzan y encauzan la comunicación.

En segundo lugar, y con base en lo anterior, se produce un doble proceso de aprendizaje: sobre el funcionamiento del sistema de paneles, es decir, que los participantes aceptan y responden a los objetivos institucionales del mismo, aunque pueda haber divergencias sobre su interpretación, así como sobre las características y funcionamiento del sistema jurídico del otro país. Este proceso de aprendizaje tendría efectos acumulativos positivos si los participantes se convirtieran en *repeat players*, esto es, en “jugadores recurrentes”, en la conocida expresión de Galanter.

En tercer término, aunque las culturas y los sistemas jurídicos de que aquí se trata presentan diferencias notables en varios sentidos, poseen en común muchas características ocultas, lo que, aunado a la formación jurídica de la mayoría de los participantes, facilita el intercambio entre éstos. Dicho en otros términos: las culturas jurídicas no son inconmensurables entre sí. Muchas de las tensiones y diferencias que existen entre ellas se produ-

⁷⁶ Un sector de los estudios actuales sobre interacción jurídica internacional se ocupa del impacto de las diferencias de cultura jurídica en la negociación y cumplimiento de los contratos. Véase, por ejemplo, Gessner (1994).

cen también al interior de cada uno (por ejemplo, la tensión entre justicia formal y material), lo cual se explica porque ambas pertenecen a una tradición mayor que las abarca, la “tradición jurídica occidental”.⁷⁷

En este punto debemos profundizar más en la idea del “proceso de aprendizaje”. Resulta obvio que por tal no nos referimos (o no solamente) al conocimiento o información sobre un sistema jurídico ajeno, a la mera comprensión del contenido de sus normas y de sus criterios de interpretación, sino al *cambio* de expectativas, valores y actitudes que resulta necesario para resolver adecuadamente la controversia, es decir, a un cambio en la cultura jurídica, según la hemos definido. Las preguntas que aquí se plantean de inmediato serían: ¿por qué tendrían los participantes que cambiar *sus* valores, expectativas y actitudes? ¿Acaso no resulta suficiente con analizar los elementos jurídicos relevantes para la solución de la controversia? Para ayudar a contestar estas preguntas podemos recurrir a algunas de las observaciones hechas sobre el concepto de cultura jurídica (*supra*) y a la distinción entre *expectativas cognitivas* y *expectativas normativas*.

Primeramente hay que decir que el funcionamiento del derecho depende de la interrelación de varias dimensiones, entre las cuales se encuentra la de las actitudes, valores, creencias y expectativas, y que esta dimensión se encuentra decisivamente influida por la dimensión de las estructuras y las instituciones.⁷⁸ La implicación de ello es que la interacción en el contexto de ciertas estructuras, fundadas en expectativas definidas (“revisión justa, expedita y económica”) y en donde además confluyen diversos sistemas jurídicos, con sus propios complejos de expectativas implícitas, por necesidad lleva al cambio de expectativas de algunos o todos los participantes, según parece confirmar nuestra investigación. Así, el jurista mexicano, por su formación y experiencia, puede estar habituado al enfoque formalista, pero el marco del panel puede obligarlo, en determinadas circunstancias, a cuestionar y modificar este enfoque.⁷⁹ Del mismo modo, al jurista estadou-

⁷⁷ Véase Berman (1983).

⁷⁸ Blankenburg (1997).

⁷⁹ Esto lo podemos confirmar con otro ejemplo, que nos refiere Rogelio Pérez Perdomo (1996, pp. 155-557) en relación con Venezuela, donde los inversionistas extranjeros parecen mostrarse más renuentes incluso que los nacionales a litigar ante los tribunales. Esto no podría explicarse si la disposición a litigar fuera un rasgo puramente cultural (alimentado además por el hecho de que el extranjero no está sujeto a los lazos de solidaridad existentes entre los locales) y no determinado por las expectativas generadas por el funcionamiento concreto de las instituciones (la ineficiencia de los tribunales).

midense el sistema jurídico mexicano puede presentarse en un primer momento como opaco e incomprensible, o como un motivo de justificada desconfianza. Sin embargo, el procedimiento del panel lo lleva a adentrarse en él y a adquirir al final una comprensión diferente del mismo.⁸⁰ Así parece confirmarlo también nuestra investigación.

¿Cómo es posible y cómo se produce este cambio? La explicación es que las expectativas normativas de la cultura jurídica se transforman en expectativas cognitivas que dan luego lugar a nuevas expectativas normativas. Esta distinción ha sido utilizada por el destacado sociólogo alemán Niklas Luhmann para explicar, en términos sociológicos, el derecho.⁸¹ Las expectativas cognitivas son aquellas que, en caso de verse decepcionadas, son abandonadas y el sujeto se adapta y acomoda a las nuevas circunstancias, es decir, aprende. Las expectativas normativas, en cambio, producen la reacción opuesta: el sujeto se niega a abandonarlas en caso de decepción, las mantiene aun en contra de los hechos, esto es, se niega a aprender.⁸² En estos términos, la cultura jurídica, tanto externa como interna, en cuanto se trata de un conjunto de valores o actitudes asumidos por un sujeto determinado, está compuesta también por expectativas normativas o estrechamente vinculado con ellas (por ejemplo: “el derecho es y funciona así porque así debe ser”;⁸³ o bien, “los tribunales son ineficientes o corruptos, y por eso hay que evitarlos”). En el caso de la cultura jurídica interna, esto hace difícil distinguir entre estas expectativas y las que subyacen a las normas positivas, a las instituciones y los procedimientos, es decir, se produce, como ya hemos dicho, una relación de circularidad. Cuando el sujeto cambia de contexto institucional y se ve enfrentado a un conjunto de expectati-

⁸⁰ Este es un paso similar al que lleva al lego, mediante la formación jurídica, a convertirse en profesional, a la diferencia que media entre cultura jurídica externa y cultura jurídica interna.

⁸¹ Luhmann (1985, pp. 31 y ss.; 1993, pp. 85 y ss.).

⁸² Luhmann define entonces el derecho como estructura de un sistema social formada por un conjunto de expectativas contrafácticas congruentemente generalizadas. En este esquema, la sanción no es definitoria del derecho, sino sólo una de las posibles reacciones a la decepción, como forma de sostener la expectativa y darle fuerza.

⁸³ En este sentido, resulta interesante saber que un estudio realizado en los años setenta sobre la duración de los juicios civiles y penales en 21 tribunales de primera instancia en ciudades importantes de Estados Unidos, haya llegado a la conclusión de que el principal factor explicativo era la “cultura jurídica local”, es decir, actitudes, expectativas y prácticas informales. Dicho en otras palabras: que los juicios duraban lo que los abogados y jueces pensaban que *debían* durar. Véase Church *et al.* (1978).

vas normativas distintas, es capaz de distinguir con mayor claridad cuáles de sus expectativas tienen un apoyo en el ordenamiento positivo y cuáles no porque son meramente accesorias o contextuales, por lo que resulta posible cambiar estas últimas y, en una palabra, aprender. Esto no quiere decir que dicho aprendizaje sea fácil siempre, ni que facilite necesariamente la resolución de la controversia.

Así, pues, la cultura jurídica, en cuanto conjunto de expectativas normativas, no es una sustancia ni una esencia, ni es exclusivamente una cuestión de personalidad. Los abogados mexicanos no *son* por sí mismos formalistas, del mismo modo que los inversionistas extranjeros en Venezuela no *son* por sí mismos litigiosos,⁸⁴ sino que serlo o no depende de un contexto institucional determinado. Esto no significa, por otro lado, que estas expectativas no dependan de la personalidad, ni que no se expresen de manera inconsciente, estratégica o intersticial, como parte de las reacciones aprendidas del sujeto. Esto permite explicar por qué se generan “compromisos” cuando se enfrentan dos culturas jurídicas y por qué es posible que surjan las llamadas “terceras culturas”.

Resulta evidente, pues, que las diferencias de cultura jurídica, así como los procesos de aprendizaje a que hemos hecho referencia, operan dentro de un marco estructural más amplio, que se caracteriza básicamente por una diferencia en el nivel de desarrollo de los dos sistemas jurídicos en la materia de AD/CC, y por el diseño del sistema de paneles, cuyas raíces se encuentran en uno de esos sistemas jurídicos.⁸⁵

El sistema de paneles refleja claramente el modelo procesal angloamericano. Nuestra hipótesis es que ese modelo genera una tensión estructural cuando entra en contacto con el sistema jurídico mexicano, y que tal tensión explica en parte la dispersión en el resultado de los casos mexicanos. Por tanto, nos ocuparemos ahora de los factores de tipo contextual y estructural que afectan el funcionamiento del sistema de paneles.

⁸⁴ Pérez Perdomo (1996).

⁸⁵ En términos de aprendizaje, esto hace que el cambio de expectativas sea más probable de un lado que del otro.

V. FACTORES ESTRUCTURALES Y CONTEXTUALES EN EL SISTEMA DE PANELES BINACIONALES

1. *La función del derecho en el proceso de cambio económico y político en México*

A. *Generalidades*

Desde 1982, año de la primera crisis de la deuda externa, se ha realizado en México un proceso de cambio económico y político de gran alcance. El nuevo modelo de desarrollo, diseñado y aplicado por la elite gobernante, puede caracterizarse como el de una economía orientada al libre mercado e integrada en la economía global.⁸⁶ De manera concreta, el modelo se traduce en políticas de desregulación, privatización y democratización.⁸⁷ Un aspecto importante del proceso de cambio concierne al papel del derecho dentro del mismo.

En un primer nivel de análisis, puede decirse que la aplicación de las nuevas políticas requería la modificación tanto del marco jurídico como del institucional. Entre diciembre de 1982 y abril de 1996, de un total de 198 leyes federales vigentes, 99 habían sido promulgadas en el periodo, 57 habían sido reformadas (en algunos casos de manera muy significativa) y 42 habían permanecido sin cambios.⁸⁸ Dicho en otras palabras: cerca del 80% de la legislación nacional ha sido aprobada o modificada en ese periodo de casi quince años. El cambio en la legislación relativa a los sectores económico, financiero, comercial y de servicios fue prácticamente completo. Desde el punto de vista institucional, durante el mismo periodo el Congreso de la Unión o el Ejecutivo federal crearon un número importante de nuevos organismos, cuya función había de ser la aplicación y la vigilancia del cumplimiento de la nueva legislación.

Desde una perspectiva más amplia, los cambios significan mucho más que la simple modificación de los marcos jurídico o institucional formales. En primer lugar, el nuevo modelo económico requiere un derecho mucho más especializado y técnico, el cual depende de su cumplimiento estricto

⁸⁶ Aspe (1993).

⁸⁷ Medina (1995).

⁸⁸ López-Ayllón (1997). La mayoría de esas 42 leyes eran obsoletas o reglamentaban instituciones públicas de educación superior.

para ser efectivo. Este tipo de derecho no era necesario en la época de economía dominada por el Estado, en que la aplicación y el cumplimiento de las normas jurídicas eran objeto de altos grados de discrecionalidad y flexibilidad.

En segundo lugar, el modelo requiere un conjunto de instituciones que regulen las nuevas condiciones de una economía de mercado libre y abierta. Por esa razón, la mayoría de estas nuevas instituciones se inspiran en instituciones semejantes en los países de economías avanzadas.

En tercer término, a una economía cerrada corresponde un sistema jurídico “cerrado”, es decir, que el derecho interno se encuentra aislado de las influencias externas y no necesita establecer canales de comunicación con otros sistemas. En cambio, el nuevo modelo económico requiere un sistema jurídico “abierto”, capaz de articular los ámbitos jurídicos nacional e internacional. Una consecuencia de la apertura del sistema jurídico es que la aplicación y el cumplimiento del derecho interno están sujetos cada vez más al escrutinio externo, ya que los agentes externos adquieren un interés directo en el desempeño del sistema jurídico.

Finalmente, y quizá esto sea lo más importante, el nuevo modelo implica la necesidad de que el sistema jurídico satisfaga nuevas expectativas respecto de un funcionamiento más previsible y efectivo del derecho en la sociedad, expectativas creadas tanto por la apertura económica como por el proceso de democratización.⁸⁹

El establecimiento del sistema de paneles binacionales y su funcionamiento sólo pueden explicarse en este contexto. El objetivo de los paneles es resolver controversias en un campo muy especializado, en el que los tribunales mexicanos no parecen tener el conocimiento técnico o la experiencia suficientes. Los paneles tienen además el objetivo de articular el derecho internacional con el nacional. Por último, los paneles también deben garantizar indirectamente que la autoridad investigadora cumpla plenamente con el derecho. En términos prácticos, esto significa que la tradicional “flexibilidad” en la aplicación del derecho se reduce y modifica en favor de un cumplimiento más estricto por los agentes privados y públicos.

Una mirada más cercana al sistema mexicano contra prácticas desleales de comercio internacional nos permitirá entender mejor los determinantes estructurales que explican las funciones y el funcionamiento del sistema de paneles.

⁸⁹ López-Ayllón (1997).

B. *El sistema mexicano contra prácticas desleales de comercio internacional*

En una economía cerrada, en donde la exportación y la importación de mercancías están limitadas y controladas por el Estado, no hay necesidad de una legislación *antidumping*, mientras que en una economía abierta este supuesto cambia radicalmente, como lo demuestran los antecedentes y la evolución del sistema mexicano contra prácticas desleales de comercio internacional.

Antes de su incorporación al GATT en 1986, no existía una legislación *antidumping* en México. Fue la Ley Reglamentaria del Artículo 131 Constitucional en Materia de Comercio Exterior, expedida ese mismo año, la que echó los primeros cimientos del sistema contra prácticas desleales de comercio internacional, los que fueron complementados por el Código Antidumping del GATT, de 1979. Una reforma de 1988 a la Ley desarrolló significativamente el sistema, el cual fue modificado nuevamente por la Ley de Comercio Exterior de 1993. Los cambios incorporaron tanto las experiencias obtenidas por las autoridades mexicanas en la administración del sistema como los resultados de las negociaciones internacionales, en especial las del TLCAN.⁹⁰

Si bien la estructura del sistema mexicano contra prácticas desleales de comercio internacional fue tomada y adaptada del modelo europeo, el análisis de su evolución muestra la influencia creciente del modelo estadounidense, en particular de los aspectos procesales que se incorporaron como consecuencia de las negociaciones del TLCAN. Tales aspectos se refieren, por ejemplo, a la transparencia, al acceso a la información confidencial, a las audiencias públicas, etcétera.⁹¹ Estos elementos procesales eran desconocidos en el derecho mexicano. Los funcionarios mexicanos admiten que uno de los principales impactos positivos del TLCAN fue la incorporación de disposiciones sobre transparencia en el procedimiento administrativo mexicano.

Los paneles binacionales son el último eslabón en las modificaciones estructurales del sistema mexicano en materia de AD/CC. Los paneles han introducido por la puerta trasera, por así decirlo, una lógica diferente en el funcionamiento del sistema en su conjunto. Como ya hemos dicho, la revi-

⁹⁰ Giesze (1994), Leycegui (1995).

⁹¹ Véase el anexo 1904.15, lista de México, del TLCAN.

sión ante los paneles se basa en un modelo procesal angloamericano. Los cambios jurídicos que México tuvo que llevar a cabo para permitir la operación del sistema de paneles conllevan la transformación de la lógica y la racionalidad del sistema bajo la influencia de ese modelo.

Aun más, el sistema de paneles ha alterado la maduración natural del sistema mexicano contra prácticas desleales. En un proceso “normal” de maduración, los tribunales mexicanos, en particular el Tribunal Fiscal de la Federación,⁹² habrían adaptado las innovaciones sustantivas y procesales contenidas en la legislación *antidumping* al sistema jurídico mexicano. Sin embargo, hasta la fecha, la revisión judicial de tales procedimientos se ha llevado a cabo a través del amparo, lo cual significa que son principalmente las cuestiones formales, no las sustantivas, las que han sido examinadas por los tribunales. El tribunal especializado que normalmente hubiera conocido de tales asuntos, el citado Tribunal Fiscal, ha dictado hasta donde tenemos noticia sólo una decisión en esta materia.⁹³ Así, no existen prácticamente precedentes judiciales mexicanos que hayan interpretado la legislación en materia de AD/CC, lo cual significa que los paneles han tenido que interpretarla y aplicarla por su cuenta, sin gozar del beneficio de una orientación específica. Esto es particularmente importante, ya que un buen número de cuestiones litigiosas planteadas ante los paneles no habían sido abordadas y resueltas anteriormente por los tribunales nacionales.

Si los paneles se ven forzados a interpretar por su cuenta las leyes mexicanas, lo harán siguiendo una lógica que es diferente de la que generalmente emplean los tribunales mexicanos. Hemos identificado al menos dos factores que explican estas diferencias: el pragmatismo y los incentivos en favor de una justicia material incorporados al sistema de paneles, y la composición binacional de los mismos. Un tercer factor que puede afectar más el comportamiento de las partes que el funcionamiento de los paneles es su

⁹² Como se sabe, se trata de un tribunal administrativo cuya competencia abarca los asuntos fiscales en sentido estricto, pero también buena parte de las demás materias administrativas. Como los procedimientos en materia de AD/CC son de naturaleza administrativa, se ha conferido al Tribunal Fiscal la revisión judicial de las resoluciones definitivas de la Secretaría de Comercio.

⁹³ Al momento de redactar este trabajo tenemos pleno conocimiento de una reciente resolución del Tribunal Fiscal de la Federación en un asunto de revisión de una cuota compensatoria definitiva. Desconocemos si existen otras decisiones. Lo que resulta un hecho es que este Tribunal ha tenido una actividad muy limitada en la materia.

visibilidad y su exposición al escrutinio externo. Examinaremos tales factores en el siguiente apartado.

2. *¿Justicia formal contra justicia material?*

A. *Pragmatismo angloamericano y justicia material*

Los orígenes y el diseño del sistema de paneles en el contexto de la tradición jurídica angloamericana, implica que el mismo tiene incorporados incentivos en favor de una justicia material o sustantiva expedita. Tanto los objetivos políticos del sistema⁹⁴ como las Reglas de Procedimiento⁹⁵ expresan bien esta lógica, que resulta significativamente distinta de la lógica implícita en el formalismo jurídico mexicano que, como hemos visto, tiende a evitar, en favor de resoluciones formales/racionales, las cuestiones sustantivas, técnicamente complejas y que resultan de difícil comprensión para jueces no especializados,⁹⁶ dictadas en procesos de una o varias instancias.

Por tanto, el funcionamiento del panel se ve directamente afectado por una tensión que produce resultados diferentes y paradójicos en cada país. Por ejemplo, el principal objetivo de Canadá y México al aceptar el sistema de paneles era someter a disciplina, a través de controles jurídicos (formales/racionales) el supuesto sesgo político (material/racional) de las resoluciones *antidumping* estadounidenses. Los estudios que han comparado el grado de variancia entre las resoluciones de los paneles binacionales y los tribunales estadounidenses, al menos en los casos derivados del ALC,

⁹⁴ Según la GAO, los objetivos del sistema de paneles son proteger la soberanía, crear beneficios para el comercio, reducir las tensiones políticas y *establecer un sistema expedito y justo de revisión* (GAO, 1995) (énfasis nuestro).

⁹⁵ La Regla 2 dispone: “De conformidad con el artículo 1904, la finalidad de estas Reglas es asegurar la revisión justa, expedita y económica de las resoluciones definitivas”.

⁹⁶ La tipología que utilizamos se inspira libremente en los tipos ideales desarrollados por Max Weber en su sociología del derecho. Para este autor el “juez formal” es aquel que pronuncia su veredicto limitándose a aplicar estrictamente la ley. El “juez material” es aquel que al pronunciar su veredicto tiene en cuenta elementos extra jurídicos como los valores políticos, sociales y aquello que le parece justo y equitativo. Cada uno de estos jueces puede, a su vez, actuar de manera “racional” o “irracional”. El “juez racional” es aquel que emplea reglas generales para resolver los conflictos, mientras que el “juez irracional” es aquel que, para juzgar, no emplea reglas generales (Weber, 1986, pp. 20 y 21).

muestran que, en conjunto, no hay diferencias significativas.⁹⁷ Por lo tanto, el verdadero incentivo para las empresas canadienses (y en teoría las mexicanas) cuando recurren a un procedimiento de revisión ante panel, parece residir en el ahorro de tiempo y en la mayor sensación de “imparcialidad” (“legitimidad”) que ofrece la participación de panelistas canadienses (o mexicanos).

Sin embargo, hasta ahora los paneles en México han pronunciado resoluciones completamente divergentes sobre la base de hechos muy similares. Tal dispersión puede explicarse en parte por la tensión estructural inherente al sistema. Por un lado, el procedimiento ante el panel está diseñado para producir justicia material expedita. Por la otra, la práctica jurídica mexicana tiende a enfatizar los aspectos formales. Esta tensión se refuerza por la suposición, aceptada por algunos participantes pero no por todos, de que los paneles necesariamente deben producir el mismo resultado que un tribunal nacional.⁹⁸

La tensión antedicha se atenuaría únicamente si se cumplieran dos condiciones. La primera es que las autoridades mexicanas se comporten de tal

⁹⁷ El informe de la GAO señala: “Durante nuestro trabajo notamos que ha habido diferencias significativas entre las características del comportamiento del sistema de paneles y el sistema judicial estadounidense al que reemplaza. No podemos señalar que en ningún caso en particular estas diferentes características hayan producido resoluciones diferentes a las de los tribunales de los Estados Unidos. Sin embargo, algún comportamiento de los paneles puede haber entrado en conflicto con algunas expectativas de los participantes respecto a la forma como debió haber funcionado el sistema” (GAO, 1995, p. 4) (traducción nuestra).

⁹⁸ En la resolución final del caso MEX-94-1904-02, la mayoría señaló: “Es de explorado derecho que los paneles binacionales no deben crear por medio de sus resoluciones, precedentes distintos en materia de *antidumping* de los que han sentado los tribunales locales. La esencia del capítulo XIX es asegurar que en la revisión de los casos *antidumping* serán debidamente observadas las ventajas procesales del TLCAN sin que se pueda modificar la ley *antidumping* local... En conclusión, es una obligación fundamental de los paneles binacionales el interpretar la ley *antidumping* local y el criterio de revisión como lo haría un tribunal local” (p. 24). A su vez, la resolución final del caso MEX-94-1904-03 la mayoría adoptó implícitamente una opinión más radical sobre este punto, partiendo de que, al reemplazar al Tribunal Fiscal de la Federación, el panel tiene exactamente las mismas facultades y competencia de éste. Sin embargo, en el caso MEX-94-1904-01, el panel dijo: “El Panel acepta plenamente la conveniencia de que los paneles resuelvan de modo similar a como lo haría un tribunal interno, como forma de promover la consistencia y uniformidad de las decisiones... El panel está convencido de que el texto actual del TLCAN no le otorga la misma competencia ni las mismas facultades que se han concedido al Tribunal Fiscal de la Federación” (pp. 21 y 22). En consecuencia, la opinión del panel de que su competencia es más específica y limitada “puede tener por consecuencia que el resultado de la revisión por un panel difiera de la que llevaría a cabo el Tribunal Fiscal de la Federación” (p. 12).

manera que se redujera significativamente la posibilidad de plantear cuestiones litigiosas puramente formales, obligando así a los paneles, o a los tribunales nacionales, a pronunciarse sobre el fondo de los asuntos en materia de *antidumping*. La segunda es que los tribunales mexicanos modifiquen su enfoque formalista actual en favor de una justicia sustantiva, al menos en esta materia, reduciendo así los incentivos para impugnar las resoluciones de la autoridad investigadora por razones formales y procesales.

Mientras tanto, la dispersión de las resoluciones de los paneles en México puede haber creado un desincentivo para que las empresas extranjeras acudan a este tipo de procedimiento. Se nos dijo que los tribunales mexicanos eran más predecibles y menos costosos cuando conocen de cuestiones formales y procesales, lo que obviamente no ocurriría si tuvieran que resolver complejas cuestiones técnicas, respecto de las cuales los jueces mexicanos tienen escaso conocimiento y experiencia.

B. *Composición binacional de los paneles*

El segundo factor estructural que influye en el desempeño de los paneles es su composición binacional. Esta influencia puede ser observada en relación con varios aspectos.

Primero, la presencia de panelistas estadounidenses tiende a atenuar la tendencia natural de los juristas mexicanos (especialmente si son litigantes) a adoptar un enfoque más formalista. Esto se ve confirmado por nuestras entrevistas y por algunas resoluciones finales e incidentales de los paneles.⁹⁹

Un segundo aspecto es que, en general, los panelistas estadounidenses tienen más conocimiento y experiencia en la materia que sus colegas mexicanos. Este hecho no sólo se debe a la experiencia personal del panelista, sino también a la etapa de desarrollo más avanzada en que se encuentra la legislación estadounidense respecto de la mexicana. La consecuencia es

⁹⁹ Como punto de comparación, existen algunos estudios sobre la influencia de la composición multinacional del Tribunal Europeo en sus resoluciones. Sobre el particular puede verse Usher (1976) y Koopmans (1991). Este último señala que hasta 1973 la jurisprudencia del Tribunal estaba dominada por concepciones jurídicas francesas y alemanas, pero que con la incorporación de los jueces británicos, empezaron a adquirir mayor peso las cuestiones de procedimiento en la jurisprudencia de ese órgano europeo. Desafortunadamente, no nos explican por qué predominan unos conceptos antes que otros.

que los panelistas estadounidenses tengan naturalmente una ventaja en tales cuestiones.

Finalmente, de nuestra investigación hemos podido inferir que la personalidad de un panelista puede ser un factor importante en un procedimiento, aunque no estamos en condiciones de determinar hasta qué punto esto sea así y si ello se refleja en las resoluciones del panel.

C. Visibilidad del panel y exposición al escrutinio externo

Un tercer factor que ejerce una influencia significativa sobre el sistema de paneles es el escrutinio externo y la sensibilidad política de sus resoluciones. Resulta importante hacer notar que éste no es tanto un factor estructural sino contextual, y particular de los casos resueltos en México. De hecho, debido a la importancia relativa de los casos llevados ante un panel y a que se les haya considerado como una prueba para el TLCAN, estos asuntos capturaron la atención de los medios de comunicación mexicanos. Así, cualquier acto de las autoridades mexicanas, o de las empresas de cualquiera de los dos países, era amplificado por los medios de comunicación sobre la base de una interpretación política, antes que técnica o jurídica.¹⁰⁰ Resulta evidente que tal exposición puede alterar o limitar potencialmente las opciones abiertas a todos los participantes, en particular a la autoridad investigadora.

De hecho, casi todos nuestros informantes nos dijeron que esta exposición a la opinión pública y al escrutinio externo ha provocado un cambio en la conducta de la autoridad investigadora, la cual procedería ahora de manera más cautelosa para reducir la probabilidad de una impugnación ante un panel y de una resolución desfavorable.¹⁰¹

¹⁰⁰ En el primer caso resuelto, la decisión del panel fue noticia de primera plana en algunos de los principales diarios mexicanos, pero los dos otros casos también recibieron atención periodística. Resulta interesante hacer notar que dicha atención fue mucho menor tratándose de las resoluciones relativas a empresas mexicanas en los Estados Unidos.

¹⁰¹ Algún informante nos comentó su impresión de que esta mayor cautela se daría en todos los procedimientos y no sólo en los relativos a productos de Canadá y Estados Unidos, únicos que podrían conducir al establecimiento de un panel binacional.

VI. CONCLUSIONES

Vistas las expectativas iniciales de México, podríamos decir que el sistema de paneles ha funcionado bastante bien para las empresas mexicanas que han iniciado el procedimiento en los Estados Unidos. Sin embargo, el resultado de los tres casos en México ha sido tan inconsistente que las empresas estadounidenses seguramente evaluarán con mucho cuidado la conveniencia de recurrir a un panel antes que a los tribunales nacionales, en que los resultados son más predecibles. Que ello sea así o no es una cuestión abierta, pues resulta difícil visualizar en términos abstractos el rango completo de intereses e incentivos que confluyen en este contexto. Lo que sí puede decirse con algún grado de certeza es que las mismas tensiones estructurales que hemos identificado como operantes en el sistema de paneles, particularmente aquella entre justicia formal y justicia material, habrán de emerger tarde o temprano *también* ante los tribunales mexicanos.

Vemos varias razones para ello:

- La diversidad y complejidad de los actores, intereses e incentivos implicados, particularmente la intervención de empresas y abogados estadounidenses en los procedimientos.
- La influencia de lo que hemos llamado el modelo procesal angloamericano ya incorporada en la legislación *antidumping* mexicana.
- Los efectos simbólicos ya presentes del sistema de paneles.
- Las tendencias evolutivas más amplias del sistema jurídico mexicano hacia niveles más altos de relevancia social, efectividad, certeza y justicia material, en consonancia con el proceso actual de cambio económico y político.

Estas mismas razones permiten suponer que en tal caso se producirá probablemente un proceso de aprendizaje para la cultura jurídica mexicana tradicional, así sea en menor escala. Mientras tanto, el número reducido de casos y participantes en un campo altamente especializado probablemente limitará el impacto directo y de corto plazo de los procedimientos de los paneles sobre el resto del sistema jurídico mexicano. Sin embargo, esto puede cambiar a largo plazo. Considérese, por ejemplo, que la mayoría de los abogados mexicanos que han sido participantes en procedimientos ante algún panel, son jóvenes (menores de cuarenta años) que pertenecen a una

pequeña pero emergente elite de abogados que han establecido una relación estrecha y permanente con el sistema jurídico de los Estados Unidos,¹⁰² y que han desarrollado la capacidad de actuar efectivamente en el contexto de ambas culturas jurídicas; son, por así decirlo, abogados “biculturales”. Si resulta cierto que el derecho mexicano seguirá recibiendo la influencia del sistema jurídico de los Estados Unidos, no hay duda de que estos abogados, y otros en condiciones similares, podrán desempeñar un papel más relevante, si no es que determinante, en su proceso evolutivo.¹⁰³

Desde la perspectiva científica, nos parece que el sistema de paneles presenta, ya desde ahora, un gran interés, no sólo por tratarse de una institución novedosa. Pensamos que puede contribuir a crear herramientas analíticas para observar y comparar la comunicación entre las culturas jurídicas en otros campos de intenso intercambio entre México y los Estados Unidos, como los ámbitos del trabajo, el medio ambiente, la propiedad intelectual o la justicia. Nos parece que también puede proporcionarnos algunas ideas relevantes para la comprensión de otros procesos de modernización jurídica (América Latina, Europa oriental) que dependen, en buena medida, del contacto o el intercambio entre culturas jurídicas.

No podemos terminar estas reflexiones sin incluir alguna conclusión sobre la utilidad del concepto de cultura jurídica. La “cultura” es una categoría a la que se ha recurrido con frecuencia en los últimos tiempos para tratar de dar cuenta de las diferencias en el funcionamiento o en la efectividad de estructuras o instituciones formalmente iguales o muy similares. Por ejemplo, en su esencia, el modelo de la economía de mercado parece igual en todo el mundo, pero el éxito o el crecimiento que se logra a través de él en diferentes regiones del mundo no parece el mismo. Parte de la explicación se ha buscado en variables culturales, y así, por ejemplo, los “valores asiáticos” ayudarían a explicar el sorprendente éxito de las economías del sudeste de Asia.

Otro tanto parece posible en el campo del derecho. Si bien puede pensarse que, aparte de las inevitables diferencias jurídico-positivas, un contrato es un contrato en cualquier parte del mundo, las experiencias del tráfico in-

¹⁰² Véase Dezalay y Garth (en este volumen).

¹⁰³ Aunque se trata de un punto de sumo interés sobre el que no podemos extendernos aquí, resulta importante señalar de que existen actualmente estudios, y puntos de vista muy debatidos, sobre la influencia del modelo de los grandes despachos estadounidenses en otras latitudes, al compás del proceso de globalización económica. Véanse al respecto Dezalay (1992) y Dezalay y Garth (1996).

ternacional demuestran que existen numerosas diferencias en las formas como se concibe, se negocia o se cumple con actos jurídicos de esta naturaleza en diversas partes del mundo, diferencias que son, pues, de “cultura jurídica”.

En este punto no queremos insistir más sobre las insuficiencias del concepto y sí, en cambio, exponer algunas reflexiones que parecen derivarse de nuestro estudio.

En primer lugar, el concepto de cultura jurídica puede ser de utilidad para la identificación y el estudio de fenómenos jurídicamente relevantes en el contexto de la multiplicación de los espacios de interacción social por encima de las fronteras nacionales. El concepto de cultura jurídica no está circunscrito al ámbito nacional, aunque con mucha frecuencia se hable de tales agregados (“cultura jurídica mexicana”, “cultura jurídica francesa”). Más bien puede partirse de la base de que existe una pluralidad de culturas jurídicas en diversos planos y niveles, y que esta pluralidad es la que da sentido y utilidad al concepto mismo. Solamente la comparación, o la confrontación real, entre los conjuntos de expectativas que conforman a las diversas culturas jurídicas, pueden dar cierta precisión al concepto y, sobre todo, permitir conceptualizar la evolución y el cambio, por ejemplo, a través de un proceso de aprendizaje en el que ciertos valores o actitudes se relativizan y pierden su carácter normativo o aparentemente imperativo.

En segundo término, la cultura jurídica tiene un doble significado, es decir, sirve de puente entre dos planos. Por un lado, tiene un significado relativo y local, ya que depende de instituciones y estructuras específicas, que son las que determinan que su impacto sea mayor o menor. En este sentido, nosotros formulamos la hipótesis de que cuanto mayor sea el grado de institucionalización o estructuración de una interacción, tanto menor será el impacto de las diferencias de cultura jurídica. Por otra parte, dicho significado también resulta relativo,¹⁰⁴ porque se basa en las percepciones de los actores, percepciones sobre las que influye, a su vez, el marco institucional que regula la forma y el contenido de la comunicación. Así, pues, las dicotomías “formalismo/pragmatismo”, “justicia formal/justicia material” o “deferencia/desconfianza” están determinadas, en buena medida, por el sistema de paneles mismo y por la confluencia de diferentes culturas jurídicas, así como por el hecho de que en un procedimiento se presenten reclamaciones o alegatos en un cierto sentido (por ejemplo, impugnando la in-

104 Debemos esta valiosa observación a Erhard Blankenburg.

competencia de una autoridad). En otros contextos bien puede hablarse de “formalismo”, de “justicia formal” o de “desconfianza” hacia la autoridad en relación con el sistema jurídico de los Estados Unidos.¹⁰⁵

Por último, no obstante el significado relativo y local de la cultura jurídica, siempre es posible vincularla y explicarla mediante un contexto más amplio, por ejemplo, en términos de racionalidad económica o política, o bien, de la función general que cumple el derecho en una sociedad determinada.

¹⁰⁵ Ejemplo de esto sería el “formalismo” o “tecnicismo”, a los ojos de un observador externo (como el policía que se queja del tecnicismo de los jueces en las series de televisión estadounidenses), con el que en ocasiones se interpretan y aplican en el procedimiento penal estadounidense las reglas que excluyen la admisibilidad de ciertas pruebas, lo cual se explica por una actitud de desconfianza hacia la autoridad, cuyos abusos se corrigen a través de un criterio formalista. Véase Damaška (1973, p. 583). También Clark (1992) reconduce muchos de las características del sistema jurídico norteamericano a la desconfianza en la autoridad. Por lo que se refiere a la justicia formal, el observador externo fácilmente puede advertir “el predominio del derecho basado en el procedimiento sobre el derecho sustantivo” (Ferrarese, 1997, pp. 169 y ss.), lo cual tiene que ver con la herencia histórica del *common law*.

ANEXO. INTERVENCIONES DE LOS PANELISTAS
EN LAS AUDIENCIAS PÚBLICAS

Caso/fecha y lugar audiencia/ panelistas/ extensión transcripción	Competencia (veces/#páginas)	<i>Dumping</i> (veces/#páginas)	Daño (veces/#páginas)
MEX-94-1904-01 (20/21 abril 1995, Cd. México) (472 pp.) Ramírez (Méx) Vega (Méx) Serrano (Méx) Sandler (EUA) Gantz (EUA)	20 (30) 15 (21) 11 (12) 21 (40) 7 (10)	22 (44) 9 (11) 8 (10) 5 (6) 22 (44)	23 (49) 12 (20) 5 (6) 28 (79) 8 (10)
MEX-94-1904-01 (3 junio 1996, Cd. México) (185 pp.) Vega (Méx) Soberanes (Méx) Magallón (Méx) Sandler (EUA) Gantz (EUA)	11 (27) 3 (5) 19 (39) 22 (52) 2 (6)	- - - - -	- - - - -
MEX-94-1904-02 (3/4 May 1995, Mexico City) (316 pp.) Vega (Méx) Ramírez (Méx) Barton (EUA) Endsley (EUA) Lutz (EUA)	6 (12) 8 (25) 5 (9) 11 (43) 8 (11)	8 (10) 6 (20) 9 (22) 14 (47) 5 (6)	7 (10) 13 (35) 7 (11) 9 (19) 6 (14)
MEX-94-1904-03 (audiencia incidental, 11 enero 1996, Cd. México) (193 pp.) Valdés (Méx) Estrada (Méx) Reyna (EUA) Cuadra (Méx) Rosch (EUA)	50 (27) 26 (13) 37 (16) 3 (2) 7 (5)	- - - - -	- - - - -
MEX-94-1904-03 (18/19 abril 1996, Cd. México) (420 pp.) Valdés (Méx) Estrada (Méx) Reyna (EUA) Cuadra (Méx) Rosch (EUA)	- - - - -	- - - - -	(<i>Dumping/Daño</i>) 120 (66) 83 (50) 75 (78) 9 (7) 54 (25)