

CAPÍTULO SEGUNDO

EL CAPÍTULO 19 DEL TLCAN: MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE CUOTAS *ANTIDUMPING* Y COMPENSATORIAS

I. Introducción	35
II. El capítulo 19 del ALCCEU.	36
III. El establecimiento del capítulo 19 en el TLCAN	50
IV. Críticas y problemas que ha enfrentado el mecanismo de resolución de disputas del capítulo 19 del TLCAN	65
1. El capítulo 19 viola las Constituciones de Estados Unidos y México	66
2. Los paneles no aplican adecuadamente las legislacio- nes nacionales	67
3. Los paneles no han aplicado adecuadamente el crite- rio de revisión que deben observar	68
4. Frecuencia de conflictos de interés de los panelistas, crecientes dificultades para identificar nuevos pane- listas y las dificultades de operación en dos idiomas. .	72
V. ¿Cómo ha funcionado el capítulo 19 del TLCAN?	77

CAPÍTULO SEGUNDO

EL CAPÍTULO 19 DEL TLCAN: MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE CUOTAS *ANTIDUMPING* Y COMPENSATORIAS

I. INTRODUCCIÓN

En virtud del interés que los exportadores mexicanos mostraron por asegurar un acceso seguro y estable al mercado estadounidense y canadiense que no pudiera ser puesto en entredicho por la aplicación arbitraria o frívola de las legislaciones *antidumping* y la de cuotas compensatorias, el gobierno mexicano propuso en la negociación del TLCAN contar con un mecanismo similar de resolución de disputas al que Estados Unidos y Canadá habían negociado en el ALCCEU. Tanto Canadá como Estados Unidos se resistieron a incluir a México en dicho mecanismo, pero a final de cuentas se convencieron de las ventajas de hacerlo, y aceptaron. El mecanismo resultante incluido en el capítulo 19 del TLCAN es diferente al del capítulo 20, el cual se estructuró siguiendo fundamentalmente un modelo “diplomático político”, mientras que el primero se estructuró por uno “orientado por reglas”, aunque de manera peculiar y muy innovadora. Este mecanismo, por otra parte, ha sido utilizado de manera más frecuente que el del capítulo 20, y de hecho —como ya dijimos antes— es una continuación del capítulo del mismo número en el ALCCEU.

En la primera parte de este capítulo recordaremos los orígenes del capítulo 19 en el ALCCEU y la experiencia de Estados Unidos y el Canadá con este mecanismo. En la segunda parte examinaremos cómo se dio el proceso de establecimiento del capítulo 19 en el TLCAN y cómo ha operado el mismo en sus primeros diez años de existencia. En la tercera parte se verá cuáles han sido las principales críticas y problemas que ha enfrentado el capítulo 19 y en qué medida éste ha sido efectivo. En la parte final

del libro presentaremos algunas recomendaciones tendientes a hacer más eficiente el mecanismo del capítulo 19.

II. EL CAPÍTULO 19 DEL ALCCEU

Durante la negociación del ALCCEU una de las principales preocupaciones que expresó Canadá fue el ritmo de crecimiento con que el gobierno de Estados Unidos empezó a aplicar cuotas *antidumping* y cuotas compensatorias a sus productos en la década de los años 1980.⁶⁵ Desde principios del siglo XX Estados Unidos había aplicado dichas cuotas de manera regular como parte de su sistema de remedios contra el comercio desleal. Sin embargo, tras la aprobación de la Ley sobre Acuerdos Comerciales de 1979 (LAC), que incorporó los Acuerdos de la Ronda de Tokio en la legislación estadounidense, el Congreso de este país reformó los procedimientos para aplicar las cuotas *antidumping* y compensatorias: la mayor transparencia en las reglas y reglamentos, así como los nuevos requisitos de procedimiento que se incorporaron en la LAC, facilitaron que los productores estadounidenses utilizaran con mayor frecuencia tanto la aplicación de cuotas *antidumping* y compensatorias como la revisión de dichas acciones por medio del sistema judicial.⁶⁶

Por ejemplo, desde 1954 hasta la promulgación de la LAC, la responsabilidad para administrar el sistema de remedios contra el comercio desleal se dividió entre el Departamento del Tesoro, que resolvía en los casos de *dumping* o subsidios, y la Comisión Internacional de Comercio (CIC), que manejaba las determinaciones de daño. En 1979, la responsabilidad del primero se trasladó a la agencia denominada Administración del Comercio Internacional dentro del Departamento de Comercio. Dado que se

⁶⁵ El ALCCEU entró en vigor el 1o. de enero de 1989. Un recuento detallado de las preocupaciones del Canadá respecto a la aplicación de cuotas *antidumping* y compensatorias por parte de Estados Unidos se encuentra en Winham, Gilbert R. (1988).

⁶⁶ Véase Marks, Matthew J. (1980), p. 427. Entre los cambios a los procedimientos relativos a las cuotas compensatorias que observa Marks se encuentran la mayor brevedad de los plazos para que las autoridades lleguen a un fallo, y las disposiciones sobre el uso de la “mejor información disponible”, lo cual, como señala Marks, “siempre ha sido un eufemismo para avalar las pretensiones del demandante” (p. 432). Asimismo, añade el autor: “Dadas las fuertes críticas del Congreso a la forma en que el Departamento del Tesoro ha administrado las leyes sobre comercio desleal... es de esperarse que, en los casos en los que no se disponga de todos los hechos, la duda se resolverá a favor del demandante” (p. 433).

percibía que el Departamento de Comercio tenía una actitud más receptiva hacia los productores nacionales que la del Departamento del Tesoro, este cambio fue visto por lo general como un subterfugio para facilitar a los productores estadounidenses el acceso a los remedios comerciales. El resultado fue que el número de acciones pétitorias de cuotas *antidumping* y compensatorias se incrementó notablemente: mientras que entre 1934 y 1974 se expidieron alrededor de 41 determinaciones de cuotas compensatorias (aproximadamente una por año), Estados Unidos emprendió once investigaciones de cuotas compensatorias contra Canadá tan sólo entre 1980 y 1986.⁶⁷

En vista de la frecuencia con que Estados Unidos recurrió a los remedios contra el comercio desleal durante los años ochenta, Canadá concluyó que le era necesario conseguir un acceso más seguro al mercado estadounidense, pues dependía en gran medida del comercio con dicho país, y era probable que en el futuro aumentara esa dependencia. Por tanto, la seguridad del acceso se convirtió en uno de los principales objetivos de Canadá durante las negociaciones del ALCCEU. En un principio, el propósito de Canadá fue conseguir que Estados Unidos le excluyera totalmente de sus leyes de remedio contra el comercio desleal. A Estados Unidos, sin embargo, tal opción nunca le pareció siquiera pensable, por lo cual Canadá sugirió entonces que las leyes *antidumping* se sustituyeran por las de competencia y se estableciera un nuevo régimen en el que se definiera una lista de subsidios “aceptables” e “inaceptables”. No obstante, esta propuesta fue igualmente rechazada.

Ante esta negativa estadounidense, Canadá aceptó una propuesta de un prominente congresista estadounidense de establecer un mecanismo transitorio para la resolución de disputas, el cual se basara en la revisión de las determinaciones *antidumping* y compensatorias emitidas por las autoridades administrativas competentes por parte de paneles binacionales integrados por expertos de ambos países.⁶⁸ Canadá consideró que este me-

⁶⁷ Las cifras se tomaron de Hart, Michael (1989), p. 97, y Finger, J. Michael (1987), p. 155.

⁶⁸ El primero en proponer la idea de la revisión binacional fue el congresista Sam Gibbons, presidente del Subcomité de Comercio del Comité de Medios y Medidas de la Casa de Representantes de Estados Unidos. El Comité de Finanzas del Senado, que rechazara enérgicamente la concesión de cualquier tipo de excepción a Canadá de las leyes de remedio comercial estadounidenses, la aceptó con entusiasmo. Véase Winham, Gilbert R., *op. cit.*, p. 42.

canismo controlaría indirectamente la aplicación de Estados Unidos de sus leyes de remedio comercial contra los productos canadienses, y lo defendió como una concesión indispensable para cerrar el trato. Sólo unas cuantas horas antes de la fecha límite, el Ejecutivo de Estados Unidos propuso el mecanismo para la resolución de disputas en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias con efectos vinculatorios para ambas partes.

De esta manera, se incluyó este mecanismo en el capítulo 19 del ALCCEU, el cual contiene tres partes. En primer lugar, las partes acordaron seguir negociando para alcanzar un régimen regional alternativo para manejar el *antidumping* y las políticas de subsidios sobre los temas del *dumping* y los subsidios, de ser posible en el término de siete años.⁶⁹ Aunque las partes crearon un grupo de trabajo para esta tarea, también convinieron negociar tanto los asuntos del *dumping* y los subsidios como las acciones de cuotas compensatorias en la Ronda Uruguay, en lugar de hacerlo bilateralmente.

En segundo lugar, las partes acordaron que antes de promulgarse enmiendas a las leyes sobre cuotas *antidumping* o cuotas compensatorias de cualquiera de los dos países tendría que darse notificación previa al otro país y realizarse consultas, y que dichas enmiendas tendrían que ser congruentes con las disposiciones en la materia del GATT, de otros acuerdos multilaterales y del propio ALCCEU. Asimismo, las partes aceptaron presentar los cambios legislativos propuestos a un panel binacional para que éste diera su opinión experta sobre la consistencia de dichos cambios con las obligaciones existentes según los términos del derecho internacional.

En tercer lugar, las partes crearon la figura de los paneles binacionales para reemplazar a los tribunales nacionales en la revisión judicial de las determinaciones finales sobre cuotas *antidumping* o cuotas compensato-

⁶⁹ El artículo 1906 del ALCCEU establece: “Las disposiciones de este Capítulo estarán en vigor durante cinco años, en tanto se elabora un sistema sustituto de reglas en ambos países sobre cuotas *antidumping* y compensatorias, que habrá de ser aplicado a su comercio bilateral. Si al final del periodo de cinco años no se ha acordado e implementado dicho sistema de reglas, las disposiciones de este capítulo se prorrogarán por dos años adicionales. Si al cabo de esta extensión de dos años no se ha implementado un nuevo régimen, cualquiera de las partes podrá cancelar el Acuerdo, previo aviso con seis meses de anticipación”.

rias emitidas por las autoridades administrativas competentes.⁷⁰ Cuálquiera de las partes puede solicitar que un panel revise la resolución final sobre cuotas *antidumping* o cuotas compensatorias emitida por la autoridad investigadora competente de la otra parte a fin de determinar si dicha resolución se apega a la legislación en la materia del país importador. Ambas partes acordaron mantener sus prácticas administrativas en las investigaciones sobre *antidumping* y cuotas compensatorias,⁷¹ y se reservaron el derecho de aplicar sus leyes en esa materia a los productos importados del territorio de la otra parte.⁷² Pero admitieron la posibilidad de que toda persona que estuviera facultada para solicitar una revisión judicial según las leyes de cada país pudiera recurrir a un panel binacional. El mandato del panel era examinar el expediente administrativo del caso impugnado y decidir si el fallo final había sido tomado de acuerdo con la legislación nacional pertinente al caso.

Los paneles se integraban de cinco miembros, elegidos de entre una lista de expertos en comercio —principalmente abogados— y radicados en alguno de los dos países. Cada país elegía dos panelistas, y el quinto era designado de manera conjunta o, si no se llegaba a un acuerdo sobre el miembro final, por sorteo. En la práctica, la nacionalidad del quinto miembro se elegía en forma alterna de un panel al siguiente. El criterio de revisión que aplicaban los paneles debía ser el del país en el que se había llevado la investigación *antidumping* o de cuota compensatoria.⁷³ En el artículo 1991, el ALCCEU hace referencia explícita al criterio de revisión estipulado en la Ley de Tribunales Federales de Canadá y en la Ley de Aranceles de 1930, enmendada, de Estados Unidos.

Es importante señalar que los paneles no estaban facultados para crear leyes sustantivas, sino que, por el contrario, sus decisiones debían ser consistentes con la legislación del país importador o, como lo estipulaba la fracción 2 del artículo 1904 del ALCCEU: “acorde con las leyes sobre

⁷⁰ Véase la fracción 2 del artículo 1904 del ALCCEU.

⁷¹ Véase la fracción 1 del artículo 1902 del ALCCEU.

⁷² Las legislaciones sobre cuotas *antidumping* y compensatorias comprenden los estatutos relevantes, la historia legislativa, los reglamentos, la práctica administrativa y los precedentes judiciales —que, a fin de cuentas, eran muy similares en ambos países.

⁷³ El ALCCEU estipula que: “...el Panel aplicará el criterio de revisión descrito en el Artículo 1911 y los principios legales generales que en otro caso aplicaría un tribunal de la parte importadora a la revisión de un fallo emitido por la autoridad investigadora competente”.

cuotas *antidumping* o cuotas compensatorias de la parte importadora”. En consecuencia, las autoridades administrativas podrían llegar a determinaciones de *dumping* o de existencia de subsidios prohibidos en forma distinta en cada país, pero dichas determinaciones serían válidas e inamovibles en la medida en que se hubieran adoptado de acuerdo con las leyes nacionales.

Las decisiones de los paneles resultaban prácticamente definitivas, pues el ALCCEU no incluía un mecanismo para apelar estas decisiones con fundamento en errores legales o factuales. Sin embargo, sí había una disposición relativa a impugnaciones extraordinarias de las decisiones de los paneles, la cual podría invocarse ante comités especiales solamente: 1) cuando se acusara a un panelista de faltas graves, parcialidad, conflictos de intereses u otra violación material de las reglas, cuando el panel se apartara gravemente de una regla de procedimiento fundamental, o cuanto la acción de un panel excediera de manera evidente sus facultades, autoridad o jurisdicción, y 2) cuando cualquiera de las acciones antes mencionadas afectaran la decisión del panel o amenazaran la integridad del proceso de revisión.

En pocas palabras, el mecanismo de resolución de disputas incorporado en el capítulo 19 del ALCCEU estipulaba que las investigaciones y determinaciones relativas a cuotas *antidumping* y compensatorias emitidas por las autoridades nacionales competentes podrían ser objeto de una revisión quasi judicial por parte de paneles binacionales. En particular, ofrecía a los exportadores e importadores la opción de someter una determinación controvertida de *antidumping* o cuotas compensatorias a la revisión de un panel binacional cuya decisión resultaba obligatoria para los dos gobiernos en lugar de recurrir a la revisión judicial realizada por los tribunales nacionales (aunque éstos siguieron estando a disposición de los exportadores e importadores luego de la creación del ALCCEU). Dado que los paneles estaban compuestos por nacionales tanto de Estados Unidos como de Canadá, se consideraba en general que los paneles binacionales promovían una mayor congruencia y objetividad en la administración de las legislaciones de *antidumping* y cuotas compensatorias. Debido a esta serie de características, el capítulo 19 del ALCCEU se lo consideró uno de los mecanismos de resolución de disputas más peculiares e innovadores que se hayan elaborado en los últimos años.

*La experiencia de Canadá y Estados Unidos
con el capítulo 19 del ALCCEU*

Se ha considerado al capítulo 19 como un “mecanismo arbitral”,⁷⁴ y no cabe duda que lo es en el sentido de que las partes designaban a los juristas en forma *ad hoc* para que éstos tomaran una decisión con carácter obligatorio sobre las cuestiones planteadas en un caso particular y sin que dicha decisión tuviera repercusiones legales para otros casos o disputas subsecuentes. Sin embargo, el capítulo 19 resultaba más que un mecanismo de arbitraje internacional, por dos razones fundamentales.

En primer lugar, el capítulo 19 facultaba a los paneles para que condujeran revisiones de tipo judicial de las acciones tomadas por autoridades administrativas nacionales, revisiones que en el pasado sólo las realizaban los tribunales nacionales. El énfasis se ponía en la revisión judicial,⁷⁵ y la legislación que habría de aplicarse era la ley administrativa nacional del país importador. Dado que la revisión por parte de un panel binacional habría de conducirla éste en su carácter de órgano internacional *ad hoc* respecto de las decisiones de autoridades administrativas nacionales, podría decirse que el capítulo 19 constituía una forma limitada de derecho administrativo internacional.

En segundo lugar, el capítulo 19 ofrecía la posibilidad de recurrir a los paneles binacionales a cualquier persona interesada y con capacidad legal de cuestionar y solicitar la revisión de una determinación *antidumping* o de cuotas compensatorias emitida por las autoridades nacionales ante el Poder Judicial nacional. Con esto se facultaba a los productores nacionales a iniciar el proceso de revisión ante paneles binacionales a través de los gobiernos, y a representarse a sí mismos en dicho proceso de revisión ante paneles, lo cual significaba otorgar capacidad legal a los

⁷⁴ Gantz, David A. (1998), pp. 297-363, esp. 304.

⁷⁵ Por ejemplo, el congresista Sam Gibbons, presidente del Subcomité de Comercio de la Casa de Representantes y uno de los arquitectos del ALCCEU, destacaba la importancia de la revisión binacional, de la siguiente manera: “Soy un gran creyente en la revisión judicial y no pretendo restarle importancia... [El Capítulo 19] ofrece muchas ventajas a los canadienses, pero también a nosotros. Garantiza que en el Canadá haya una revisión judicial más extensa. Su revisión judicial no es tan amplia como la nuestra, no tan comprehensiva como la nuestra, y este acuerdo, con su mecanismo para la resolución de disputas, incrementará el derecho de los productores estadounidenses en el sistema judicial canadiense a una revisión judicial más amplia”. Hearing before the Subcommittee on Court (1988), p. 99.

particulares de participar en la resolución de disputas internacionales, lo que normalmente está reservado a los gobiernos nacionales que representan a su Estado-nación. Dado el nivel de politización que habían adquirido las cuestiones relativas a la aplicación de la leyes sobre prácticas de comercio desleal en las relaciones económicas entre Canadá y Estados Unidos, y en virtud de que fueran los propios productores quienes pudieran iniciar paneles, era previsible que el mecanismo de resolución de disputas del capítulo 19 sería utilizado con mucha frecuencia.

El ALCCEU entró en vigor el 1o. de enero de 1989, y a éste siguió el TLCAN, el 1o. de enero de 1994. Durante sus cinco años de existencia, ambas partes presentaron formalmente 47 casos, cifra que no comprende las disputas que se solucionaron mediante consultas, antes de que se integrara un panel binacional. De los 47 casos, 28 fueron constituidos para revisar decisiones de autoridades estadounidenses (*i. e.*, determinaciones sobre *antidumping* o cuotas compensatorias emitidas por el Departamento de Comercio, o determinaciones sobre daño de la Comisión Internacional de Comercio), y 19 fueron en contra de autoridades canadienses (*i. e.*, contra la Oficina de Hacienda de Canadá [Revenue Canada]—actualmente llamada Agencia de Aduanas e Ingresos de Canadá—, por determinaciones emitidas sobre *antidumping* o cuotas compensatorias; o contra el Tribunal Internacional de Comercio de Canadá, por sus determinaciones sobre daño) (véase el cuadro 1).

CUADRO 1

**PANELES BINACIONALES DE REVISIÓN INTEGRADOS
DE ACUERDO CON LOS TÉRMINOS DEL CAPÍTULO 19
DEL ALCCEU, 1989-1993**

<i>Revisión de decisiones de</i>	<i>Total de paneles</i>	<i>Solicitados por productores y/o gobiernos de Canadá</i>	<i>Solicitados por productores y/o gobiernos de Estados Unidos</i>
Autoridades de Estados Unidos	28	28	6
Autoridades de Canadá	19	3	17
<i>Total</i>	47	31	23

FUENTE: *FTA, Decision and Reports* (<http://www.nafta-sec-alena.org/english/decisions/fta/index.htm>)

Los casos contra las autoridades administrativas de una de las partes por lo general eran iniciados por los exportadores de la otra parte; sin embargo, los importadores rivales que podrían haber ganado una orden sobre cuotas *antidumping* o compensatorias en primera instancia también podían solicitar la revisión binacional a fin de elevar el nivel de la cuota.

Las cifras muestran que los productores o gobiernos canadienses recurrieron casi el doble de veces al capítulo 19 que sus contrapartes estadounidenses, y que las autoridades administrativas de Estados Unidos fueron demandadas casi el doble de veces que las autoridades canadienses. Más aún, como lo muestra el cuadro 2, el número de solicitudes de revisión contra las resoluciones de las autoridades administrativas estadounidenses fue muy abundante desde la entrada en vigor del ALCCEU, y no fue sino hasta el último año del Acuerdo (1993) cuando las solicitudes de revisión de decisiones de autoridades administrativas canadienses fueron considerables.

CUADRO 2

**INCIDENCIA POR AÑO DE LOS PANELES BINACIONALES
DE REVISIÓN INTEGRADOS DE ACUERDO
CON LOS TÉRMINOS DEL CAPÍTULO 19
DEL ALCCEU, 1989-1993**

<i>Revisión de decisiones de</i>	<i>Total de paneles</i>	1989	1990	1991	1992	1993
Autoridades administrativas de Estados Unidos	28	10	3	5	5	5
Autoridades administrativas de Canadá	19	1	1	2	2	13
<i>Total</i>	47	11	4	7	7	18

FUENTE: *FTA, Decision and Reports* (<http://www.nafta-sec-alena.org/english/decisions/fta/index.htm>).

Estas cifras traslucen los orígenes del capítulo 19, el cual fue propuesto por Canadá como un medio para regular el manejo en Estados Unidos de las medidas *antidumping* y compensatorias, y, en gran medida, como un sustituto del régimen alternativo sobre *antidumping* y cuotas compensatorias, el cual los socios del ALCCEU nunca lograron negociar. Dadas las preocupaciones que Canadá expresara durante la negociación del ALCCEU, no es de sorprender que los canadienses recurrieran con mayor frecuencia al capítulo 19, sobre todo en los primeros tiempos del Acuerdo.

La revisión por parte de los paneles binacionales puede resultar en que la determinación de la autoridad administrativa en cuestión sea ratificada, o le devuelva a ella misma, o concluida (generalmente, por la acción de las partes en disputa). Los paneles no tienen facultades legales para anular la cuota que haya aplicado una autoridad administrativa. En el caso de que no puedan confirmar o ratificar la determinación de una autoridad administrativa, tienen el mandato de “devolverla a la misma autoridad administrativa con el fin de que adopte medidas no incompatibles con su decisión”.⁷⁶ Este

⁷⁶ ALCCEU, artículo 1904, frac. 8.

procedimiento hace posible que se dé más de una devolución por panel. Más aún, los paneles pueden devolver la determinación de una autoridad administrativa de manera total o parcial, lo que da por resultado que la devolución concierne al aspecto central del caso en cuestión o sólo a aspectos periféricos o menos importantes, mientras que el resto del caso sea ratificado. En el caso de determinaciones de autoridades canadienses, los paneles ratificaron casi el doble de ellas, mientras que en el caso de determinaciones de autoridades administrativas estadounidenses, los paneles devolvieron casi el doble de resoluciones para que las revisaran. Por los motivos que fueren, los paneles binacionales al parecer tuvieron una actitud más intervencionista frente a las autoridades administrativas estadounidenses que frente a las canadienses.⁷⁷

CUADRO 3

DISTRIBUCIÓN DE LOS PANELES BINACIONALES DE REVISIÓN INTEGRADOS DE ACUERDO CON LOS TÉRMINOS DEL CAPÍTULO 19 DEL ALCCEU, 1989-1993

<i>Revisión de decisiones de</i>	<i>Total de paneles</i>	<i>Ratificadas</i>	<i>Devueltas</i>	<i>Concluidas</i>
Autoridades administrativas de Estados Unidos	28	7	12	9
Autoridades administrativas de Canadá	19	7	4	8
<i>Total</i>	<i>47</i>	<i>14</i>	<i>16</i>	<i>17</i>

FUENTE: FTA, Decision and Reports (<http://www.nafta-sec-alena.org/english/decisions/fta/index.htm>).

⁷⁷ En Estados Unidos, la Corte de Comercio Internacional (CCI), en Nueva York, es la autoridad competente para conocer de apelaciones sobre las determinaciones emitidas por las autoridades administrativas en materia de cuotas *antidumping* y cuotas compensatorias, y antes del ALCCEU, era el único recurso existente para esos casos. De acuerdo con un estudio del gobierno estadounidense: “La CCI emitió devoluciones en alrededor de un tercio de los casos”. Esta cifra puede compararse con la proporción aproximada de 43% de devolución de casos estadounidenses bajo el ALCCEU. Véase GAO (1995), p. 74.

El cuadro 4 muestra en resumen los temas tratados por los paneles binacionales (cuotas *antidumping*, cuotas compensatorias y daño). Tanto en Canadá como en Estados Unidos la aplicación de cuotas *antidumping* representaron más de la mitad de los casos iniciados al amparo del capítulo 19, lo que era natural, considerando el gran número de resoluciones sobre *antidumping* que hubo en ambos países.

CUADRO 4

**TEMA DE REVISIÓN DE LOS PANELES BINACIONALES
INTEGRADOS DE ACUERDO CON LOS TÉRMINOS
DEL CAPÍTULO 19 DEL ALCCEU, 1989-1993**

<i>Revisión de decisiones de</i>	<i>Total de paneles</i>	<i>Cuotas antidumping</i>	<i>Cuotas compensatorias</i>	<i>Daño</i>	<i>Otro</i>
Autoridades administrativas de Estados Unidos	28	14	7	5	2
Autoridades administrativas de Canadá	19	10	0	9	0
<i>Total</i>	47	24	7	14	2

FUENTE: *FTA, Decision and Reports* (<http://www.nafta-sec-alena.org/english/decisions/fta/index.htm>)

En lo que se refiere a las cuotas compensatorias, Estados Unidos aplicó estas medidas con mucha mayor frecuencia que Canadá, con el resultado de que las revisiones de paneles relacionadas con estas cuotas sumaron 25% del total de los casos estadounidenses, mientras que no hubo ninguna que apelara ese tipo de acciones por parte de las autoridades administrativas canadienses. La aplicación de cuotas compensatorias por parte de un país conlleva el revisar las políticas de subsidios del país exportador, lo que hace que esta medida resulte por lo general más polémica que las medidas *antidumping*, las cuales involucran principalmente las prácticas de precios de las empresas en lo individual. Este carácter polémico de la aplicación de cuotas compensatorias se refleja en el hecho de que de los

doce casos que devolvieron los paneles a las autoridades administrativas estadounidenses, el mayor número de ellos (5) se refirió a casos de cuotas compensatorias. Más aún, como puede verse en el cuadro 5, Estados Unidos presentó impugnaciones extraordinarias ante los Comités de Impugnación Extraordinaria (CIE) en tres ocasiones, dos de las cuales se referían a la aplicación de cuotas compensatorias.⁷⁸

CUADRO 5

TIPO DE IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA PRESENTADA DE ACUERDO CON LOS TÉRMINOS DEL CAPÍTULO 19 DEL ALCCEU, 1989-1993

<i>Revisión de decisiones de</i>	<i>Total de casos presentados ante el CIE</i>	<i>Cuotas antidumping</i>	<i>Cuotas compensatorias</i>	<i>Daño</i>
Autoridades administrativas de Estados Unidos	3	0	2	1
Autoridades administrativas de Canadá	0	0	0	0

FUENTE: *FTA, Decision and Reports* (<http://www.nafta-sec-alena.org/english/decisions/fta/index.htm>).

En la práctica, la operación del capítulo 19 era muy sencilla. Cada país elaboraba una lista de alrededor de 25 profesionales y abogados especiali-

⁷⁸ Los fallos emitidos por los paneles del capítulo 19 eran, en primera instancia, de carácter vinculatorio, y no podían ser modificados por las acciones de los gobiernos nacionales. Sin embargo, el ALCCEU contenía un mecanismo de revisión, llamado Comité de Impugnación Extraordinaria (CIE) (artículo 1904, fracc. 13), según el cual cualquier parte del Acuerdo (es decir, un gobierno nacional) podía requerir que se integrara un panel *ad hoc* de tres jueces para que revisara el fallo del panel binacional, de acuerdo con un examen en tres partes, detallado en el Acuerdo, examen que resultaba oneroso y no fácil de cumplir. Se presentaron tres casos al CIE según los términos del ALCCEU, pero ninguno tuvo éxito en anular el fallo del panel que se revisaba.

zados en comercio, de la cual se elegiría a los panelistas. Cuando se solicitaba una revisión binacional, se integraba un panel de cinco personas, elegidas de las listas de ambos países. Más adelante se agregaron nombres a las listas, y, cuando era necesario, se seleccionaban personas no incluidas en ellas. Todos los paneles se componían de dos miembros originarios de cada país, y el quinto se elegía de una u otra nacionalidad, de manera alternada. El plazo para que el panel emitiera su decisión final era de 315 días. Los paneles recibían toda la documentación y evidencias, es decir, el expediente administrativo compilado por la autoridad administrativa durante la investigación administrativa, expediente que solía ser muy voluminoso. Los panelistas también recibían las reclamaciones, promociones, memoriales, memoriales de contestación y de réplica de los representantes legales de las partes interesadas. Éstas consistían, por lo general, de las empresas o asociaciones industriales involucradas en el caso, y, en los casos de cuotas compensatorias, las autoridades administrativas gubernamentales (por ejemplo, federales, estatales o provinciales) que estuviesen implicadas en la asignación de subsidios. El proceso de revisión incluía una audiencia pública para la presentación de los hechos y el cuestionamiento por los panelistas a los representantes legales de las partes involucradas. Al concluir la audiencia, los panelistas por lo general intentaban llegar a una decisión sobre los principales elementos del caso. Cuando así ocurría, el presidente dividía la tarea de redactar la decisión final entre los miembros del panel, incluyéndose a sí mismo.

Los paneles del capítulo 19 aplicaban la legislación del país importador. Por ejemplo, si lo que se revisaba era una determinación de cuotas compensatorias del Departamento de Comercio de Estados Unidos, el secretario estadounidense del Secretariado del ALCCEU era quien tenía la responsabilidad administrativa por el panel, la audiencia del panel se realizaba en Washington, y los panelistas, incluidos los canadienses, estaban obligados a basarse en la legislación de Estados Unidos para determinar si el Departamento de Comercio había actuado conforme a la ley y de acuerdo con las evidencias en el expediente. Obviamente, la situación era la inversa si lo que se revisaba era una resolución emitida por una autoridad administrativa canadiense. Esto hacía que los panelistas canadienses y estadounidenses debieran estudiar las leyes y prácticas jurídicas del otro país a fin de cumplir debidamente con sus responsabilidades.

Los asuntos que se sometían a los paneles del capítulo 19 eran numerosos y muy diversos, abarcando desde la interpretación de los estatutos y

de la normatividad a la que debían sujetarse las autoridades administrativas, hasta cuestiones sumamente técnicas, como las metodologías para determinar el cálculo de los márgenes de *dumping*, o la aplicación de los principios legales.⁷⁹ Además, a menudo se presentaban peticiones incidentales relativas al manejo de las pruebas u otras cuestiones de procedimiento.⁸⁰ Las experiencias con el capítulo 19 mostraron que los casos podían tomar rumbos inesperados, por lo que los panelistas debían prepararse para comprender cada caso hasta sus más mínimos detalles.

En suma, el capítulo 19 del ALCCEU vino a sustituir al régimen bilateral sobre subsidios y prácticas de precios que las partes no pudieron acordar. Fue legalmente novedoso en cuanto dio facultades a un panel binacional (de hecho, un tribunal internacional) para que revisara y devolviera las resoluciones sobre cuotas *antidumping* y compensatorias de las autoridades administrativas nacionales, facultades que hasta entonces habían sido competencia exclusiva de los tribunales nacionales. Las negociaciones para el establecimiento del capítulo 19 fueron muy arduas, pero una vez que entró en operación, la opinión general fue que los paneles binacionales funcionaban correctamente y que sus fallos eran razonablemente afines a los que emitían los tribunales antes de la entrada en vigor del Acuerdo.

Dado que el capítulo 19 representaba una forma sumamente novedosa de resolución de disputas, había incertidumbre respecto a si podría responder a las diversas demandas que llevaron a crearlo. La conclusión es que efectivamente respondió a las expectativas de las partes. No es de sorprender que el gobierno de Canadá, que había presionado para que se incluyera un mecanismo de resolución de disputas durante la negociación del libre comercio, haya quedado satisfecho con la experiencia del capítulo 19. Lo sorprendente es que también Estados Unidos lo encontrara ventajoso, considerando que el capítulo 19 afectó en mayor medida las

⁷⁹ Por ejemplo, en el caso *Cerdos vivos provenientes de Canadá* (USA-91-1904-04) se tuvo que revisar la interpretación de la legislación estadounidense y las normas del Departamento de Comercio con respecto a la “especificidad” en las resoluciones de cuotas compensatorias; en el caso *Rieles de acero nuevos, excepto rieles ligeros, provenientes de Canadá* (USA-89-1904-06) se suscitó la cuestión de los beneficios compensatorios no recurrentes, y en el caso *Chapas laminadas en caliente de acero duro provenientes de Estados Unidos* (CDA-93-1904-06-Injury) se tuvo que revisar la aplicación de una enmienda estatutaria a las investigaciones de la agencia administrativa.

⁸⁰ Por ejemplo, en el caso *Magnesio puro y aleaciones de magnesio provenientes de Canadá* (USA-92-1904-04) el panel consideró la petición incidental de agregar nueva información que se había presentado luego del cierre del expediente administrativo.

resoluciones emitidas por las autoridades administrativas estadounidenses que las de las autoridades administrativas canadienses. El informe de la GAO antes mencionado, sobre los paneles binacionales del capítulo 19, señalaba que: “los funcionarios de Estados Unidos y Canadá consideraban que el proceso de revisión funcionaba bien, en términos generales [y que] algunos procedimientos de los paneles representaban mejoras con respecto a los procedimientos judiciales de Estados Unidos”.⁸¹ En particular, el informe mencionaba que el proceso binacional era más ágil que la revisión judicial tradicional, que los panelistas habían dado muestra de sus amplios conocimientos y habían realizado revisiones a fondo y bien fundamentadas, y que los procedimientos de los secretariados en Estados Unidos y Canadá operaban con eficiencia. No se había dado el caso (salvo en una ocasión) de que los paneles se dividieran sus decisiones con base en la nacionalidad de los panelistas, lo cual, de haber ocurrido, habría amenazado gravemente y quizás puesto fin al proceso de resolución de disputas del capítulo 19.

III. EL ESTABLECIMIENTO DEL CAPÍTULO 19 EN EL TLCAN

Las negociaciones en torno al capítulo 19 del TLCAN fueron muy difíciles, tanto como en el ALCCEU, por lo que no fue sino hasta una etapa avanzada cuando se llegó a un acuerdo. En Estados Unidos, el Congreso presionó para que se redujera el alcance del capítulo 19 o incluso para que se desmantelara el mecanismo en su totalidad. A la vez, se intentó ampliar las funciones de los Comités de Impugnación Extraordinaria, lo que habría reducido la capacidad de los paneles binacionales para emitir opiniones definitivas. A Estados Unidos y Canadá les preocupaba que el mecanismo se ampliara a México, un país que contaba con un sistema legal distinto, por lo que hubo varios intentos por incluir complejas garantías de debido proceso en el TLCAN, así como un mecanismo de revisión para vigilar el cumplimiento por parte de México.

Un aspecto importante para el gobierno mexicano fue la consideración de hasta qué punto podría tolerar un mecanismo que funcionaba con base en procedimientos legales extranjeros, y esencialmente inquisitivos, a cambio de disponer del mecanismo de escrutinio binacional de la apli-

⁸¹ GAO, *op. cit.*, p. 60.

ción de cuotas *antidumping* y compensatorias por parte de Canadá y Estados Unidos. Para Canadá, la preocupación respecto del capítulo 19 se limitaba a mantener el *statu quo* del ALCCEU.

México, a final de cuentas, decidió que era muy importante contar con este mecanismo, y se propuso obtenerlo; pero cabe reconocer que la inclusión del mecanismo del capítulo 19 en el TLCAN no fue una tarea fácil para México, dada las preocupaciones que al inicio de la negociación expresaron los grupos de negociadores de Canadá y Estados Unidos acerca de las características del marco legal mexicano, el cual, de acuerdo con ellos, presentaba diferencias sustanciales y procesales con sus sistemas jurídicos, de modo tal que harían imposible el funcionamiento del sistema del capítulo 19 del ALCCEU en el TLCAN.⁸²

En lo referente a las diferencias sustanciales del marco legal mexicano, la más importante preocupación de Estados Unidos y Canadá era la existencia en la Constitución mexicana del derecho de amparo, que constituye para todos efectos un mecanismo de revisión judicial de todos los procedimientos judiciales o administrativos mexicanos. Esta característica tan especial del juicio de amparo hacía concebible que una empresa mexicana o extranjera lo pudiera utilizar como recurso de protección ante una decisión adversa de un panel, y por consiguiente hacer nugatoria la capacidad de un panel de dictar decisiones obligatorias e inapelables. De igual manera, existía el temor de que la Suprema Corte de México (o para el caso la de los Estados Unidos) pudiera algún día dictar una decisión que declarara inconstitucional al capítulo 19 del TLCAN.⁸³

Por otra parte, aunque a primera vista la legislación de remedios comerciales de México era similar a la de Estados Unidos y Canadá, en realidad existían un número importante de diferencias que hicieron que los últimos países se negaran en un principio a negociar la extensión del capítulo a México. Algunas de estas diferencias eran específicas, tal como la disposición en la Ley de Comercio Exterior mexicana, que permitía a la Secofi aplicar cuotas compensatorias provisionales a un exportador extranjero en un periodo de tiempo tan corto (cinco días), sin que prácticamente un exportador tuviera conocimiento de estar sujeto a una investigación. En realidad,

⁸² Winham, Gilbert R. y Grant, Heather A. (1994) y Horlick, Gary N. & Debusk, F. Amanda (1993).

⁸³ Véase especialmente a Winham, Gilbert R. y Grant, Heather A., *op. cit.* También véase Thomas, J. C. & López-Ayllón, Sergio (1995).

los plazos concedidos por SECOFI tendían a ser más generosos, pero eso a su vez creaba un problema de incertidumbre.⁸⁴

En lo referente al procedimiento, se pensaba que los juristas de Canadá o Estados Unidos no serían capaces de aplicar la ley civil mexicana de manera correcta, ni tampoco podrían los abogados de México adaptarse a las prácticas jurídicas de Canadá y Estados Unidos. Por ejemplo, el derecho anglosajón (*common law*) otorga a los jueces una amplia autoridad de interpretar la legislación en combinación con precedentes judiciales previamente establecidos en casos específicos, mientras que el derecho civil, el cual se basa en normas codificadas, le concede a los jueces menor libertad de interpretar la legislación.⁸⁵

Otras diferencias eran más generales, y se referían a lo que a los ojos de los negociadores canadienses y estadounidenses constituía un nivel de transparencia de la legislación mexicana menor al de sus legislaciones, tales como la ausencia de una obligación para la autoridad investigadora de compilar un expediente administrativo o de otorgar a las partes audiencias técnicas de discusión y evaluación. Esta menor transparencia se tendía a interpretar por los juristas sajones como un estándar menor de garantía de debido proceso y de audiencia.⁸⁶

Parecía, por consiguiente, que resultaría imposible incorporar a México en el capítulo 19 y su proceso de paneles en virtud de las diferencias sustanciales de los sistemas legales. Sin embargo, esta situación cambió durante la negociación del TLCAN.

En primer lugar, para calmar las inquietudes de Canadá y Estados Unidos en el sentido de que las restricciones constitucionales de México podrían interferir con el proceso de paneles, se incorporó un nuevo mecanismo para “salvaguardar el sistema de revisión ante el panel”.⁸⁷ Básicamente, el mecanismo consiste en lo siguiente: si uno de los gobiernos alega interferencia en el proceso de paneles, dicho gobierno puede solicitar una consulta. Si ésta no es satisfactoria, el quejoso puede solicitar la integración de un comité especial. Éste emitirá un fallo respecto del cargo de interferencia inapropiada con el proceso del panel, después de lo cual las partes

⁸⁴ Winham, Gilbert R., y Grant, Heather A., *op. cit.*

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ Artículo 1905 del TLCAN. Véase Horlick, Gary y Debusk, Amanda, *op. cit.*, pp. 21-41.

tratarán de llegar a una solución mutuamente satisfactoria, en un plazo de sesenta días. Si no se alcanza una solución, el gobierno querellante podrá suspender la operación del sistema de paneles dentro del capítulo 19 con respecto al otro gobierno o suspender cualquier otro beneficio otorgado de acuerdo con los términos del TLCAN.⁸⁸

En segundo lugar, México aceptó enmendar su legislación comercial y reglamentos relativos como un *quid pro quo* para obtener acceso al capítulo 19.⁸⁹ México hubiera tenido que modificar su legislación para adaptarla al TLCAN de todas formas. Con todo, las enmiendas y modificaciones aceptadas fueron probablemente de mayor profundidad y magnitud de lo que hubieran resultado sin la presión de la negociación del TLCAN y particularmente del capítulo 19. Los compromisos de enmienda específicos de México se incorporaron en el Anexo 1905.15 del TLCAN, Lista de México, el cual constituye una lista de principios de debido proceso y transparencia que deben observarse en los procedimientos sobre remedios comerciales.⁹⁰ Por ejemplo, México aceptó establecer itinerarios claros y plazos perentorios para las investigaciones *antidumping* y de subvenciones y medidas compensatorias, y de asegurar que las partes interesadas estén adecuadamente informadas de los procedimientos, así como de concederles el derecho de comentarlos.⁹¹

Pero aún de mayor importancia fue la aceptación por parte de México de la obligación de que su autoridad administradora: la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales (UPCI) de la entonces Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI), actualmente la Secretaría de Economía, en las investigaciones de prácticas desleales compile un expediente administrativo, el cual se debe componer de toda la información preparada o recibida por ella durante las investigaciones *antidumping* o de subvenciones e medidas compensatorias y más aún de basar su decisión final exclusivamente en el expediente administrativo.⁹² Estas provi-

⁸⁸ Artículo 1905 del TLCAN.

⁸⁹ Véase Anexo 1904.15, Lista de México, del TLCAN.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ Artículo 1907(3) del TLCAN y los artículos 142 a 145 del Reglamento de la Ley de Comercio Exterior, que establecen la obligación para la autoridad de notificar oportunamente a las partes interesadas, inclusive mediante el *Diario Oficial*, de las resoluciones dictadas en los procedimientos respectivos. *Diario Oficial de la Federación*, del 30 de diciembre de 1993.

⁹² Esta obligación se materializó en el artículo 138 del Reglamento arriba mencionado.

siones resultaron de gran importancia, pues tienen el mérito de dar mayor transparencia a los procedimientos *antidumping* y de medidas compensatorias y hacen más estricta la presentación y uso de la evidencia, reduciéndose por consiguiente las posibilidades de que la autoridad administrativa actúe en forma arbitraria.

En tercer lugar, los tres países acordaron incluir nuevas reglas sobre consultas y otras con el propósito de incrementar aún más el nivel de transparencia en la administración de las leyes de remedios comerciales. Éstas se incorporaron en el artículo 1907.3 del TLCAN.

No obstante, todos esos problemas se superaron durante la negociación del TLCAN, y en el acuerdo resultante, las disposiciones del capítulo 19 para la resolución de disputas debidas a la aplicación de cuotas *antidumping* y compensatorias fueron esencialmente iguales que las del ALCCEU.

Primero, cada país mantiene su derecho irrestricto a aplicar su propia legislación de remedios comerciales y mantener sus prácticas normales de administración de las mismas respecto de los productos de los otros países.⁹³ Los tres países acordaron, sin embargo, que cualquier enmienda que cualquiera de ellos quiera hacer a las mismas debe sujetarse a una notificación previa a las otras partes.⁹⁴ También se comprometen a celebrar consultas si una parte las solicita antes de llevar a cabo cualquier cambio a su legislación en la materia y finalmente a someter los cambios deseados a revisión de un panel de expertos para obtener una opinión de si dichos cambios son consistentes con sus obligaciones dentro del TLCAN o el GATT o (la OMC).⁹⁵

Segundo, los socios del TLCAN acordaron establecer paneles *ad hoc* para realizar una revisión tipo judicial —como una alternativa a los tribunales internos—, de las resoluciones definitivas *antidumping* y de medidas compensatorias dictadas por las agencias administrativas competentes.⁹⁶ Además, se establece que cualquier persona que tenga derecho de

⁹³ Artículo 1902(1) del TLCAN.

⁹⁴ Artículo 1902(2) del TLCAN.

⁹⁵ Artículo 1903 del TLCAN.

⁹⁶ Artículo 1904 del TLCAN. Los paneles del capítulo 19 del TLCAN se componen de cinco miembros o árbitros escogidos dentro de una lista de expertos en materia de derecho comercial que establece cada gobierno, los cuales en su mayoría son abogados practicantes, aunque el TLCAN, a diferencia del ALCCEU, también promueve la participación de jueces o ex jueces. En caso de una revisión, dos panelistas son escogidos por cada gobierno, mientras que el quinto es escogido por acuerdo de los dos gobiernos o por sorteo. En este

invocar la revisión judicial en el derecho interno tiene derecho a invocar la revisión ante los paneles.⁹⁷ Esto incluye a las industrias afectadas tanto internas como extranjeras. A los paneles se les encarga examinar el expediente administrativo del caso sujeto a revisión a fin de decidir si la acción tomada por la agencia administrativa se encuentra sustentada en la evidencia contenida en el mismo y se ha dictado con apego a la legislación interna del país en cuya jurisdicción se inicia la acción.⁹⁸

Es importante señalar que México y Canadá aceptaron esta disposición convencidos de que aunque el mecanismo no constreñía la aplicación autónoma de la legislación interna por parte de las autoridades nacionales, la participación de cinco expertos independientes de los gobiernos en un panel encargado de ejercer una función de revisión cuasijudicial aseguraría la aplicación más rigurosa de la ley y evitaría interpretaciones motivadas por presiones políticas, a la vez que ayudaría a restaurar la confianza en la objetividad de la aplicación de la legislación de remedios comerciales.⁹⁹ Por su parte, los negociadores de Estados Unidos aceptaron el capítulo bajo la creencia de que los paneles tendrían que actuar de la misma manera que los tribunales domésticos a los cuales sustituían, y por lo tanto no significaban un cambio radical en el manejo de la legislación *antidumping* tal como se venía practicando.¹⁰⁰

En tercer lugar, los tres países acordaron establecer un grupo de trabajo que se propondría desarrollar un sistema sustituto de reglas para lidar con el *dumping* y las subvenciones gubernamentales.¹⁰¹

En resumen, el TLCAN preservó intacto el mecanismo del capítulo 19 del ALCCEU e hizo de éste un rasgo permanente de las relaciones comerciales en Norteamérica. Ello dio legitimidad al mecanismo y reafirmó la idea de que constituye un nuevo punto de partida, importante e interesan-

caso no opera la selección cruzada. En caso de que un participante en una revisión alegue una conducta dolosa o abuso de autoridad por parte de un panelista, el caso se envía a un comité de impugnación extraordinaria para que resuelva. De otro modo, una resolución de un panel es inapelable. Las revisiones de los paneles deben adoptarse en un periodo de 315 días.

⁹⁷ Artículo 1904(5) del TLCAN.

⁹⁸ Artículo 1904(2) del TLCAN.

⁹⁹ Thomas, J. C. & López Ayllón, Sergio, *op. cit.*

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 93 y 94.

¹⁰¹ Vega Cánovas, Gustavo (1997), pp. 479 y 480. Este grupo de trabajo, sin embargo, no ha hecho grandes avances, lo que nos lleva a la conclusión de que el mecanismo del capítulo 19 seguirá en funcionamiento por muchos años más.

te, para la resolución de disputas en materia de prácticas desleales en el derecho internacional. En el caso de México, el capítulo 19 sin duda contribuyó a crear un sistema contra las prácticas de comercio desleal más reglamentado y transparente que el anterior, lo cual era acorde con el objetivo del gobierno mexicano de utilizar el TLCAN como una herramienta para promover el desarrollo institucional nacional. Asimismo, el capítulo 19 incrementó la seguridad de las relaciones comerciales para los tres países, al brindar a los exportadores una vía para impugnar la aplicación inapropiada de cuotas *antidumping* y compensatorias.

El funcionamiento del capítulo 19 del TLCAN

Como era de esperarse, dadas las preocupaciones de México y el Canadá acerca de las leyes de remedios comerciales de los Estados Unidos, en los ocho años desde que entró en vigor el TLCAN ha habido un gran número de decisiones de las autoridades nacionales de aquel país que han llevado a ambos países y sus sectores privados a solicitar la integración de paneles binacionales para revisarlas y decidir sobre su legalidad. Los paneles que se han conformado no se han limitado a revisar decisiones de las autoridades estadounidenses, sino también de autoridades canadienses y mexicanas, pero la gran mayoría se ha referido a investigaciones de los Estados Unidos.

La frecuencia de casos ha sido tal, que luego de ocho años de operación del TLCAN, el proceso de paneles binacionales del capítulo 19 ha resultado ser un mecanismo tan utilizado y efectivo para la resolución de disputas como lo fue en el ALCCEU.¹⁰² Como se muestra en el cuadro 6, hasta noviembre de 2003 se habían iniciado 87 casos, incluidos los casos concluidos, desistidos o en proceso.

¹⁰² Véase la sección relativa a los casos presentados ante el capítulo 19 del ALCCEU, *supra*.

CUADRO 6

**PANELES BINACIONALES DE REVISIÓN INTEGRADOS
DE ACUERDO CON LOS TÉRMINOS DEL CAPÍTULO
19 DEL TLCAN, 1994-2003***

<i>Revisión de decisiones de</i>	<i>Total de paneles</i>	<i>Solicitados por productores y/o gobiernos de Canadá</i>	<i>Solicitados por productores y/o gobiernos de Estados Unidos</i>	<i>Solicitados por productores y/o gobiernos de México</i>
Autoridades de Estados Unidos	56	27	—	29
Autoridades de Canadá	19	—	17	2
Autoridades de México	12	3	7	2
<i>Total</i>	87	30	24	33

FUENTE: Decisiones e Informes del TLCAN

<http://www.nafta-sec-alena.org/spanish/decisions/fta/index.htm>

* Actualizado con datos de noviembre del 2003.

El cuadro 6 también revela que Estados Unidos es el país contra quien más paneles de resolución de disputas se han solicitado, al representar casi dos terceras partes de los paneles iniciados. Estas cifras no son de sorprender, dado el tamaño relativo de la economía estadounidense y la dependencia exportadora tanto de México como de Canadá en ese país. En cuanto a los dos socios menores, Canadá y México han recurrido prácticamente con la misma frecuencia a los paneles binacionales del capítulo 19. La frecuencia anual de casos presentados por cada país se muestra en el cuadro 7.

CUADRO 7

**INCIDENCIA POR AÑO DE LOS PANELES BINACIONALES
DE REVISIÓN INTEGRADOS DE ACUERDO
CON LOS TÉRMINOS DEL CAPÍTULO 19 DEL TLCAN, 1994-2003***

<i>Revisión de decisiones de</i>	<i>Total de paneles</i>	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Autoridades de Estados Unidos	56	2	5	1	8	5	7	11	6	10	1
Autoridades de Canadá	19	4	4	1	2	3	1	4	0	0	
Autoridades de México	12	3	1	3	1	1	0	2	0	1	
<i>Total</i>	87	9	10	5	11	9	8	17	6	11	1

FUENTE: Decisiones e Informes del TLCAN. <http://www.nafta-sec-alena.org/spanish/decisions/fta/index.htm>

* Actualizado con datos de noviembre del 2003.

En 2000 se iniciaron alrededor de 17 casos, incluidos once de Canadá y México contra Estados Unidos. Durante el resto del periodo de ocho años, la presentación de casos se distribuye en forma bastante equilibrada, alrededor del promedio de nueve casos por año.

El cuadro 7 muestra la distribución de los casos. Es claro, a primera vista, que Estados Unidos reúne el mayor número de casos terminados y en proceso, con el resultado de que los casos concluidos en el periodo examinado son casi iguales en número que los de Canadá y casi el doble que los de México.

CUADRO 8

DISTRIBUCIÓN DE LOS PANELES BINACIONALES DE REVISIÓN INTEGRADOS DE ACUERDO CON LOS TÉRMINOS DEL CAPÍTULO 19 DEL TLCAN, 1994-2003*

<i>Revisiones de decisiones de</i>	<i>Total de paneles</i>	<i>Desistido</i>	<i>Con decisión emitida</i>	<i>Pendientes</i>
Autoridades de Estados Unidos	56	20	17**	19
Autoridades de Canadá	19	4	14	1
Autoridades de México	12	4	6	2
<i>Total</i>	87	28	37	22

FUENTE: Decisiones e Informes del TLCAN

<http://www.nafta-sec-alena.org/spanish/decisions/fta/index.htm>

* Actualizado con datos de noviembre del 2003.

** Una de estas decisiones se presentó ante el Comité de Impugnación Extraordinaria, el cual está en proceso de integración. También es importante mencionar que cuatro de estos paneles tienen la decisión del panel ya emitida, pero todavía no han sido debidamente finiquitados.

La revisión por paneles binacionales puede resultar en que la determinación de la autoridad en cuestión sea ratificada, o le sea devuelta para su

modificación o terminada (generalmente, por la acción de las partes en disputa). Los paneles no tienen facultades legales para anular la determinación que haya emitido una autoridad. En el caso de que no puedan confirmar o ratificar la determinación de una autoridad, tienen el mandato de “devolverla a la autoridad con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión”.¹⁰³

En cuanto a los casos concluidos, la gran mayoría de las decisiones de paneles contra autoridades estadounidenses (casi dos terceras partes) terminan en la devolución de la determinación a la autoridad, mientras que en el caso de autoridades canadienses, la mayoría de las decisiones de los paneles (60%) han ratificado la determinación de la autoridad.¹⁰⁴

En lo que toca a México, la tasa de devoluciones es muy alta, y un gran porcentaje (más de dos terceras partes) han terminado en devolución para la autoridad, lo que sin duda expresa las dificultades que ha tenido el país para adaptarse a los sistemas de *antidumping* e impuestos compensatorios de sus dos socios (véase cuadro 9).

¹⁰³ TLCAN, artículo 1904, fracción 8.

¹⁰⁴ De acuerdo con la fracción 8 del artículo 1904 del TLCAN, los paneles están facultados para devolver la resolución de una instancia “con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión”. La devolución puede ir desde la simple solicitud de información sobre la resolución de la agencia, hasta una impugnación sustantiva de dicha resolución. En los datos agregados que aquí presentamos, la devolución puede interpretarse como un cierto grado de injerencia en la resolución de la autoridad, pero no podemos deducir la magnitud de dicha injerencia. Más aún, en ciertos casos los paneles dispusieron más de una devolución; sin embargo, en los datos que presentamos sólo se registra la primera devolución.

CUADRO 9

PORCENTAJE DE PANELES CONFIRMADOS, DEVUELTOSS
Y DESISTIDOS DEL CAPÍTULO 19 DEL TLCAN, 1994-2003*

<i>Revisiones de decisiones de</i>	<i>Desistidos</i>	<i>Confirmados</i>	<i>Devueltos</i>	<i>Pendientes</i>	<i>Total</i>
Autoridades de Estados Unidos	20 35,7%	9 16.1%	13 23.21%	19 33.93%	56 100%
Autoridades de Canadá	6 31.56%	11 57.9%	2 10.5%	1 5.2%	19 100%
Autoridades de México	4 33.33%	1 8.3%	6 50%	1 8.3%	12 100%
<i>Total</i>	30 34.45%	21 24.13%	21 17.24%	21 24.13%	87 100%

Fuente: Decisiones e Informes del TLCAN

<http://www.nafta-sec-alena.org/spanish/decisions/fta/index.htm>

* Actualizado con datos de noviembre del 2003.

De estos 13 casos, 5 de ellos también fueron confirmados, por lo que si restamos estos 5 casos nos quedarían 8, que sumados a 20+9+19 nos da 56.

En esta columna se incluyen dos casos que no fueron propiamente desistidos, pero se declinó emitir una declaración y/o no procedió.

Aquí se incluye un caso que todavía está pendiente, por lo que si se resta de este total quedaría $1+6+11+1 = 19$.

Las acciones que revisan los paneles binacionales son la determinación sobre los márgenes de *dumping* o de subsidio, o la determinación sobre daño. En el ALCCEU, las determinaciones sobre *dumping* fueron las que con más frecuencia constituyeron el objeto de revisión de los paneles, mientras que las determinaciones sobre subsidios (que llevan a la aplicación de impuestos compensatorios) y las relativas a daños, fueron menos numerosas. En el TLCAN, esta proporción ha continuado e incluso se ha intensificado, pues las determinaciones sobre *dumping* representan más de las tres cuartas partes del total de los casos (véase cuadro 10).

CUADRO 10

**TEMA DE REVISIÓN DE LOS PANELES BINACIONALES
INTEGRADOS DE ACUERDO CON LOS TÉRMINOS
DEL CAPÍTULO 19 DEL TLCAN, 1994-2003***

<i>Revisiones de decisiones de</i>	<i>Total de paneles</i>	Dumping	<i>Impuestos compensatorios</i>	<i>Daño</i>
Autoridades de Estados Unidos	56	51**	6*	3*
Autoridades de Canadá	19	10	0	9
Autoridades de México	12	10	2	—
<i>Total</i>	87	71	8	12

FUENTE: Decisiones e Informes del TLCAN

<http://www.nafta-sec-alena.org/spanish/decisions/fta/index.htm>

* Algunos paneles presentan reclamaciones multiples de *dumping*, cuotas compensatorias y/o daño, por lo que su suma excede el total de paneles integrados.

** Actualizado con datos de noviembre del 2003.

En cuanto a las resoluciones sobre subsidios y cuotas compensatorias, dado que tanto el gobierno canadiense como el mexicano han desmantelado sus tradicionales políticas de subsidios, las revisiones binacionales en las que se ha impugnado la aplicación de cuotas compensatorias se han dirigido casi en su totalidad contra autoridades estadounidenses. En lo que se refiere a las resoluciones sobre daño, Canadá ha sido el país que sin duda ha recibido el mayor número de revisiones al respecto, aunque la razón de ello no es clara. Es poco probable que se deba a que la parte deseosa de revocar una orden de aplicación de cuotas *antidumping* o impuestos compensatorios considerara que el camino de la determinación de daño era el más sencillo, dado que de las ocho revisiones concluidas de resoluciones de daño, la autoridad en cuestión —el Tribunal Internacional de Comercio de Canadá— sólo recibió una devolución en dos de los casos, es decir, 25% de los ocho casos.

CUADRO 11

**INDUSTRIAS QUE HAN SOLICITADO LA INTEGRACIÓN DE PANELES
BINACIONALES DE REVISIÓN DE ACUERDO CON LOS TÉRMINOS DEL CAPÍTULO
DEL TLCAN, 1994-2003***

<i>Revision de decisiones de</i>	<i>Total de paneles</i>	<i>Alimentos elaborados</i>	<i>Animales vivos</i>	<i>Ropa</i>	<i>Productos domésticos</i>	<i>Materiales</i>	<i>Productos electrónicos</i>	<i>Productos semimanufacturados</i>	<i>Productos agrícolas</i>	<i>Bebidas alcohólicas</i>	<i>Textiles</i>	<i>Productos farmacéuticos</i>	<i>Productos químicos</i>
Autoridades de Estados Unidos	56	0	3	1	8	16	1	24	3	0	0	0	0
Autoridades de Canadá	19	2	0	0	2	0	0	9	2	1	0	0	3
Autoridades de México	12	3	0	0	0	0	0	7	0	0	0	0	2
<i>Total</i>	87	5	3	1	10	16	1	40	5	1	0	0	5

FUENTE: Decisiones e Informes del TLCAN
<http://www.nafta-sec-alena.org/spanish/decisions/fta/index.htm>

* Actualizado con datos de noviembre del 2003.

El cuadro 11 muestra las industrias que solicitaron la integración de paneles binacionales de revisión según el capítulo 19, y se observa que sólo algunas industrias recurren con frecuencia al mecanismo de resolución de disputas, las cuales representan una gran proporción del total de los casos. Los productos semimanufacturados comprenden la categoría más grande en los tres países, y dentro de esta categoría la industria siderúrgica es la que predomina. Por ejemplo, de los 24 casos estadounidenses comprendidos bajo el rubro de las semimanufacturas, 13 casos se refieren a productos de acero. De igual forma, en la categoría de minerales, el producto “cemento Pórtland” comprende doce de los diecisésis casos dirigidos contra autoridades de Estados Unidos. En general, los productos que aparecen en el cuadro 11 no son de alta tecnología y en rubros en los que los tres países quisieran establecer una ventaja comparativa. Por el contrario, quienes recurren con más frecuencia al mecanismo de resolución de disputas del capítulo 19 son las mismas industrias importadoras rivales, que echan mano de las políticas *antidumping* para enfrentar la competencia de precios en el mercado internacional.

Estos datos revelan que, en el TLCAN, el mecanismo de disputas del capítulo 19 ha sido utilizado con tanta frecuencia como lo fue en el ALCCEU. Esto tiene no poca importancia, dado que México debía ser integrado en un sistema de resolución de disputas originalmente diseñado para servir a dos países norteamericanos anglófonos, con sistemas legales muy parecidos. El primer obstáculo fueron las diferencias procedimentales entre los sistemas de derecho consuetudinario de Canadá y Estados Unidos y el sistema de derecho civil de México.

Contra lo que podría esperarse, los paneles del capítulo 19 no han tenido hasta ahora dificultad alguna en su toma de decisiones que pueda atribuirse a las diferencias entre los sistemas de derecho civil y consuetudinario. Esto se debe, en parte, a que los panelistas se han empeñado en cumplir seriamente con su obligación de aplicar las leyes nacionales del país importador.¹⁰⁵ Sin embargo, como lo señala Ángel Oquendo, ello también puede deberse a otro motivo, a saber: que el capítulo 19 se diseñó en gran medida con base en la práctica anglosajona sobre la revisión en apelación (*appellate review*), y, por tanto, no constituye en su base una amalgama de sistemas legales diferentes.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Pan, Eric J. (1999), p. 421.

¹⁰⁶ Oquendo, Ángel R. (1995), p. 61.

Oquendo sostiene que los elementos del derecho consuetudinario que se encuentran en el capítulo 19 son: en primer lugar, la idea de que los procesos se basan en el expediente de demandas y defensas procesales registradas, no siendo posible presentar nuevas evidencias durante el proceso de revisión; en segundo lugar, los paneles no pueden emitir una evaluación propia del caso, sino que deben limitarse a ratificar la resolución final de la autoridad administrativa o devolverla para que se adopte una medida no incompatible con la decisión del panel, y en tercer lugar, los paneles deben presentar su decisión por escrito, lo que refleja la idea que tiene el derecho consuetudinario de las opiniones de los jueces, en particular al nivel de la apelación, al constituirse en el vehículo mediante el cual el derecho consuetudinario nace y evoluciona. El resultado último es que los juristas mexicanos se ven en la obligación de trabajar dentro de un contexto esencialmente de derecho consuetudinario, lo cual quizás reduce el conflicto que de otra manera se daría entre las distintas concepciones que del proceso legal tienen el derecho civil y el derecho consuetudinario.

IV. CRÍTICAS Y PROBLEMAS QUE HA ENFRENTADO EL MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS DEL CAPÍTULO 19 DEL TLCAN

El mecanismo de resolución de disputas del capítulo 19 opera en un área sumamente controvertida del derecho comercial internacional, y, por tanto, no es de sorprender que haya sido objeto de muchas críticas desde su inicio y haya enfrentado algunos importantes problemas. De entre éstos examinaremos cinco, que comprenden las críticas relativas a la naturaleza del propio sistema y las críticas que enfatizan el modo de operación del mismo. Las críticas relativas a la naturaleza del sistema que revisaremos se refieren en primer lugar a la supuesta inconstitucionalidad del capítulo 19 tanto en México como en Estados Unidos, y en segundo, a que los paneles, tal como están constituidos, no pueden aplicar adecuadamente la legislación nacional, mientras que las críticas enderezadas al modo de operación se refieren a la tendencia en que los panelistas han incurrido de caer en conflicto de intereses, los problemas de operar en dos idiomas y la creciente dificultad de identificar panelistas calificados.

1. El capítulo 19 viola las Constituciones de Estados Unidos y México

La acusación de inconstitucionalidad en Estados Unidos surge de la tesis de que la existencia de paneles viola los derechos de las personas de solicitar una revisión judicial ante un tribunal debidamente constituido de acuerdo con el artículo III de la Constitución, y no ante un panel binacional. Un segundo argumento sostiene que el capítulo 19 es inconstitucional porque los panelistas no son nombrados por el presidente y ratificados por el Senado, como se exige para los jueces federales, según el artículo II, fracción 2, la denominada “Cláusula sobre nombramientos”. La imputación de que el capítulo 19 es inconstitucional ya se había planteado desde el establecimiento del ALCCEU, pero no ha sido resuelta de manera definitiva ante los tribunales estadounidenses.

En cuanto a México, se ha alegado que el capítulo 19 es contrario a la Constitución mexicana, en virtud de que ésta brinda el recurso del “derecho de amparo”, mediante el cual puede impugnarse la constitucionalidad de una acción administrativa ante los tribunales federales de justicia. El amparo es un instrumento legal que proscribe la realización de un juicio y la aplicación de una reparación para subsanar la violación a los derechos individuales previstos en la Constitución que haya sido cometido por una autoridad en el curso de un procedimiento administrativo. Podría ocurrir que las revisiones administrativas que hiciera un panel binacional de las resoluciones finales de la Secofi fueran sometidas a una nueva revisión por los tribunales federales de justicia, dando por resultado la anulación de las decisiones del panel por medio de los procedimientos judiciales internos. De esta forma, el juicio de amparo podría contrariar el propósito de las decisiones de los paneles. Dado que el derecho a solicitar la revisión de una resolución administrativa mediante amparo se encuentra constitucionalmente establecido, a la parte que cumpliera con los requisitos básicos para invocar el amparo no podría negársele dicha salvaguarda. De ser así, uno de los objetivos primarios del panel binacional, a saber: el ser el árbitro final en una disputa en torno a la aplicación de cuotas *antidumping* o compensatorias, se vería entorpecido.

Para el caso de que los procedimientos constitucionales de alguna de las partes del TLCAN interfieran con las obligaciones que a la misma le impone el capítulo 19, sin embargo, el Tratado prevé el remedio, que ya

discutimos, denominado “Salvaguarda del sistema de revisión ante el panel”.¹⁰⁷ De esta manera, el TLCAN inhibe de manera importante la posibilidad de que las partes quieran estorbar el proceso del capítulo 19, aunque no puede afirmarse de manera definitiva que no surgirá algún problema en el futuro.

2. Los paneles no aplican adecuadamente las legislaciones nacionales

La segunda crítica que se ha enderezado al sistema de paneles es por su propia naturaleza: no pueden aplicar adecuadamente las leyes nacionales. El TLCAN estipula que la revisión por los paneles binacionales de las resoluciones de una determinada autoridad administrativa habrá de ser conducida de acuerdo con “la legislación sobre cuotas *antidumping* y compensatorias de la parte importadora”, la cual equivale a la legislación nacional del país que emitió la resolución que está siendo revisada por el panel. Aun suponiendo que los asuntos que hayan de resolverse sean del todo evidentes, este requisito presenta la dificultad de que la mayoría de los panelistas, o cuando menos dos de cinco, posiblemente no sean expertos o ni siquiera estén familiarizados con las leyes y reglamentos que tendrán que aplicarse para emitir la decisión del panel. James Cannon comenta y resume esta dificultad de la siguiente manera:

El requerir a un panel internacional que aplique una legislación nacional es algo completamente diferente del empleo que hace un tribunal de resolución de disputas del derecho internacional o de las disposiciones de un tratado. Sin duda, todo panelista ajeno a la parte importadora pasará por un periodo de aprendizaje que afectará la calidad de las decisiones y pondrá en entredicho la tesis de que los paneles binacionales constituyen un adecuado sustituto de los tribunales nacionales. Dado que las leyes [sobre *antidumping* y de cuotas compensatorias] son extremadamente complejas, y que las leyes de los tres países son muy diferentes, este solo hecho tendrá repercusiones muy importantes en las decisiones de los paneles.¹⁰⁸ Esta dificultad ha sido subsanada gracias al esfuerzo diligente de los panelistas y sus asistentes; sin embargo, sigue siendo una inquietud que no puede ser completamente eliminada del proceso.

¹⁰⁷ Véase *supra* nota 24 y el TLCAN, artículo 1905.

¹⁰⁸ Cannon, James R. Jr. (1994), p. 9.

En el caso de que los asuntos no sean tan evidentes o que el análisis legal sea más complicado, la dificultad para los panelistas extranjeros se incrementa. En el artículo 1904, fracción 2, que obliga a los paneles integrados de acuerdo con los términos del capítulo 19 a aplicar las disposiciones jurídicas nacionales, éstas se definen como las “leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, práctica administrativa y los precedentes judiciales, pertinentes en la medida en que un tribunal de la parte importadora podría basarse en tales documentos”. El seguir este precepto podría significar que el panel se viera llevado a revisar principios legales generales, que aparentemente no tuvieran relación con las leyes *antidumping* y de cuotas compensatorias del país, y el decidir hasta dónde seguir por esa vía sería una decisión delicada para los panelistas.

Por ejemplo, las determinaciones de las autoridades administrativas sobre la aplicación de cuotas *antidumping* y compensatorias puede suscitar asuntos relativos al debido proceso, la interpretación de la ley, las prácticas administrativas y los principios generales de derecho. La actitud de los panelistas ha sido, generalmente, el abordar las cuestiones legales que se presentan y son relevantes para el caso o, como lo comenta Pérez de Acha: “En consecuencia, [para los paneles] se hace necesario aplicar otras normas legales, distintas de las disposiciones jurídicas directamente relacionadas con las cuotas [*antidumping* y compensatorias] que, de hecho, constituyen una solución general para dichos problemas”.¹⁰⁹

El hecho de que los paneles binacionales sólo obliguen a las participantes en el caso particular, pero no creen jurisprudencia, hace que los panelistas se sientan en cierta medida con libertad para extender los argumentos legales relativos a un caso comercial hacia principios legales más generales, cuando ello es necesario.

3. Los paneles no han aplicado adecuadamente el criterio de revisión que deben observar

La tercera crítica se refiere al criterio de revisión que los paneles deben observar al revisar la resolución de una autoridad administrativa . El criterio de revisión que observan los paneles binacionales entre los tres paí-

¹⁰⁹ Pérez de Acha, Luis Manuel (1996), pp. 431-457, esp. 440.

ses debería ser equivalente a fin de garantizar que los exportadores reciban un trato similar. La descripción más breve sobre el criterio de revisión para los casos de cuotas *antidumping* y compensatorias se encuentra en la legislación estadounidense, que estipula: “El tribunal juzgará ilegítima toda resolución, fallo o conclusión... que no esté fundamentada en pruebas sustanciales contenidas en el expediente o que de otra manera no sea acorde a la ley”.¹¹⁰ La definición del criterio de revisión es más extensa y complicada en México y, ciertamente, en Canadá, pero la terminología estatutaria y, lo que es más importante, la aplicación del criterio de revisión, es equivalente al de Estados Unidos.

El criterio de revisión marca los límites a la capacidad o jurisdicción del tribunal (o panel) para interferir con la resolución de una autoridad administrativa. Particularmente en Estados Unidos y Canadá, el criterio de revisión establecido en la legislación se complementa con la jurisprudencia, que delimita aún más las facultades del tribunal. En términos generales, los tribunales (o paneles) pueden exigir que la autoridad administrativa demuestre que en el expediente administrativo se encuentran las evidencias adecuadas que sustentan su resolución, pero no se espera que coloquen su razonamiento por encima del de la autoridad ni que reevalúen las pruebas. Respecto de la interpretación de la ley, los tribunales deben examinar si la resolución de la autoridad administrativa se basó en una interpretación razonable de los estatutos y otros fundamentos legales, y no deben contravenir una interpretación razonable por parte de la autoridad administrativa. En suma, los tribunales deben mostrar una deferencia considerable a las resoluciones de las autoridades administrativas y no interferir sino cuando aquéllas no estén sustentadas en evidencias o la autoridad administrativa carezca de la competencia adecuada para llevar a cabo una interpretación razonable de las mismas.

El criterio de revisión ha suscitado problemas, sobre todo en Estados Unidos y en México. En el caso del primero, tres decisiones de paneles establecidos bajo el ALCCEU fueron apeladas ante un Comité de Impugnaciones Extraordinarias (CIE). En los tres casos, el gobierno de Estados Unidos alegó, *inter alia*, que el panel había excedido el criterio de revisión según las leyes estadounidenses, al no mostrar la deferencia debida a la autoridad administrativa en cuestión.¹¹¹ La norma para que un CIE in-

¹¹⁰ 19 U.S.C., 1516a(b)(1)(B)(i), (1994).

¹¹¹ Para un resumen de estos tres casos véase Davey, William J. (1996) cap. 11.

valide el fallo de un panel es muy estricta,¹¹² por lo que ninguno de los tres comités modificó alguna de las decisiones de los paneles.

El gobierno de Estados Unidos criticó severamente las acciones de los panelistas en estos tres casos, críticas que se reflejaron en un amplio estudio realizado por la General Accounting Office, al que ya nos referimos anteriormente.¹¹³ El estudio reconocía que durante los procedimientos del CIE los funcionarios estadounidenses habían alegado que los paneles habían sustituido sus propios juicios por los de las autoridades administrativas. Sin embargo, en el estudio se hicieron amplias entrevistas a quienes tomaron parte en el proceso, encontrando que “algunos participantes comentaron que los paneles... no mostraron la debida ‘deferencia’... mientras que otros afirmaron que los paneles interpretaron correctamente la legislación de Estados Unidos”.¹¹⁴ Las causas de estas diferencias de opinión son que los tribunales estadounidenses siempre han sido intervencionistas, y que la ley no es tan clara como podría pensarse, como lo han señalado varios académicos. Así, por ejemplo, Davey sostiene que:

simplemente no puede decirse que los tribunales de Estados Unidos hayan mostrado mucha deferencia hacia el Departamento de Comercio, en su interpretación de la especificidad y otros requisitos de las leyes estadounidenses en materia de cuotas compensatorias. Por tanto, la revisión un tanto intrusiva de los paneles no debería causar sorpresa.¹¹⁵

Pan, por su parte, en el análisis más reciente y completo de las revisiones de los paneles del capítulo 19 respecto de determinaciones de las autoridades estadounidenses, ha observado:

...si los paneles binacionales emiten fallos inconsistentes, a menudo no es culpa del capítulo 19, sino de las ambigüedades e inconsistencias inherentes al sistema judicial de Estados Unidos... si los paneles no pueden ver a los paneles anteriores como precedentes, entonces la única alternativa que les queda es tratar de interpretar la jurisprudencia de la CIC

¹¹² En general, el CIE puede anular el fallo de un panel en caso de una falta grave, una desviación fundamental de las reglas de procedimiento, o cuando el panel excede sus facultades, y en el caso de que dichas acciones afecten el fallo del panel y amenacen la integridad del proceso de paneles binacionales (ALCCEU, artículo 1904, frac. 13b).

¹¹³ GAO, *op. cit.*

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 69.

¹¹⁵ Davey, William J., *op. cit.*, p. 247.

[Corte Internacional de Comercio] y de la CACF [Corte de Apelaciones del Circuito Federal]. Por desgracia, la CIC no resuelve los casos de manera consistente... Por desgracia, la CACF no ha sido la fuerza unificadora que debía haber sido.¹¹⁶

En suma, podemos ver que la interpretación de las leyes de Estados Unidos sobre cuotas *antidumping* y compensatorias no es simple y llana, y por desgracia, a menudo en aquellas áreas o sectores de mayor interés económico es donde la ley es menos clara.¹¹⁷ El resultado de esto es que algunos participantes estadounidenses siguen teniendo cierto recelo y mala voluntad hacia el proceso del capítulo 19.¹¹⁸

En México también se han presentado problemas con el criterio de revisión, pero éstos no han conducido a una impugnación extraordinaria. El asunto más problemático giró en torno a las facultades de un panel para interferir con la resolución de una autoridad administrativa (por ejemplo, SECOFI). El artículo 1904, fracción 8, del TLCAN, al definir los poderes de un panel binacional, estipula que el panel “podrá confirmar la resolución definitiva o devolverla a la autoridad administrativa anterior con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión”. Esto significa que el panel no puede rechazar o anular la resolución de una autoridad administrativa directamente en una primera decisión, sino que debe emitir un fallo congruente con el criterio de revisión sobre los particulares del caso y dar la oportunidad a la autoridad administrativa a que tome las medidas necesarias para poner en práctica las instrucciones del panel.

En efecto, esto puede dar lugar a un proceso de negociación legal entre el panel y la autoridad administrativa, que resulte en que pueda requerirse de más de una devolución para que el caso se resuelva.

Esta disposición del TLCAN se tornó compleja en varios casos mexicanos, pues la legislación aplicable de México —que los paneles encar-

¹¹⁶ Pan, Eric J., *op. cit.*, p. 19.

¹¹⁷ Por ejemplo, el informe citado de la GAO (p. 68) señala que los tres casos que se sometieron ante el CIE estuvieron involucradas las industrias con el valor de importaciones más alto de todos los casos de paneles binacionales.

¹¹⁸ En parte, este recelo es el que llevó a agregar la frase: “por ejemplo por no haber aplicado el criterio de revisión adecuado” en el artículo 1904, frac. 13, del TLCAN, en el que se especifican las condiciones para acudir al procedimiento de impugnación extraordinaria. Sin embargo, sólo se ha presentado un caso de éstos bajo el TLCAN.

gados de las resoluciones de Secofi debían haber aplicado— permite, en ciertas circunstancias, que el Tribunal Fiscal de la Federación anule la resolución de la Secofi, tras la revisión de la misma.¹¹⁹ En el primer caso mexicano del capítulo 19, “Productos de placa de acero en hoja”, el panel, en un fallo dividido, concluyó que la legislación mexicana le facultaba a declarar nula la resolución emitida por la autoridad que había fijado una cuota *antidumping*, y así procedió a hacerlo. En el segundo caso, “Aceros planos recubiertos”, que no se resolvió sino hasta casi un año después, debido a la renuncia de algunos panelistas, el panel adoptó de manera unánime la posición contraria y determinó que la norma de revisión del panel estaba limitada por el artículo 1904, fracción 8, del TLCAN. Entretanto, un tercer panel mexicano, “Poliestireno”, emitió un fallo que indicaba que su interpretación de la legislación mexicana le había dado más facultades, las cuales sin duda excedían las previstas por el TLCAN.¹²⁰

El punto es que el criterio de revisión ha provocado en México problemas similares a los de Estados Unidos sobre análisis legal e interpretación de estatutos y jurisprudencias contradictorios, problemas que no atañen tanto a la legislación comercial, sino a las leyes administrativas nacionales, y la solución legal de este asunto tardará un poco.

4. Frecuencia de conflictos de interés de los panelistas, crecientes dificultades para identificar nuevos panelistas y las dificultades de operación en dos idiomas

La cuarta y quinta críticas se refieren a la frecuencia en que incurren en conflictos de intereses los panelistas, y la creciente dificultad que han experimentado los tres países de identificar individuos calificados para actuar como panelistas, respectivamente, y la sexta se refiere a los problemas de operación administrativa de los paneles en la práctica cuando involucran panelistas que hablan dos idiomas distintos. Estos tres tipos de críticas están relacionadas y pueden examinarse al mismo tiempo. Las tres repercuten en la conclusión oportuna de las revisiones del capítulo 19, sobre lo cual se presentan algunos datos en los cuadros 11 y 12.

¹¹⁹ Para una mayor elaboración de esta cuestión véase Vega Cánovas, Gustavo, *op. cit.*, p. 494.

¹²⁰ Un análisis de estos casos se encuentra en Vega Cánovas, Gustavo, *op. cit.*, y Gantz, David A., *op. cit.*

Conviene recordar que un beneficio importante que esperaba obtenerse del proceso del capítulo 19 era que disminuyera la duración de la revisión judicial en los casos *antidumping* y de cuotas compensatorias. El ahorro de tiempo, a su vez, implicaría un ahorro de dinero para las partes involucradas. Se pagarían menos honorarios a los abogados (quienes cobran por el tiempo dedicado al caso) y se perdería menos dinero por las incertidumbres del proceso de investigación, al saberse que la resolución se emitiría en un determinado periodo de tiempo y que no podría ser apelada.¹²¹

En estos cuadros se muestran las fechas de inicio de las revisiones ante los paneles, definidas como la fecha en que la parte con derecho a solicitar la revisión administrativa de una determinación de aplicación de cuotas *antidumping* o compensatorias solicita la integración de un panel del capítulo 19 para tal efecto. Los cuadros también presentan la fecha de conclusión de los casos (cuando así ha ocurrido), así como las etapas importantes durante el desarrollo del caso. En comparación con las fechas de los casos reales, el TLCAN prescribe un periodo de 315 días (10.5 meses) para llevar a término un caso del capítulo 19.

El TLCAN investiga rigurosamente las posibilidades de que los panelistas se vean sujetos a conflictos de intereses. Esto es necesario, porque el sistema elige a sus panelistas de entre abogados cuya práctica se refiere básicamente al derecho comercial internacional. Por tanto, los panelistas deben someterse a un detallado código de conducta, que les exige revelar “toda relación financiera, de negocios, profesional, familiar o social, pasada o presente, con cualquiera de las partes interesadas en el procedimiento, o sus representantes, o cualquier relación semejante en la que esté involucrado un empleado, socio, socio comercial o familiar de alguno de los candidatos”.¹²²

Esta disposición es excepcionalmente amplia, y para cumplimentarla se requiere de un prolongado proceso de presentación y revisión de información, durante la selección del panel para cada caso. En parte debido a los requerimientos para evitar los conflictos de intereses, la selección del panel, que según el cronograma del TLCAN debe cumplirse en 55 días, en la práctica se toma dos o veces más ese tiempo. Además, después de

¹²¹ Véase Steger, Debra y McRae, Donald M. (1988), p. 49 y artículo de Horlick, Gary N. y Valentine, Debra A. en Steger, Debra y McRae, Donald M., *op. cit.*, p. 108.

¹²² TLCAN, Código de Conducta, párr. II, A, 3.

elegidos los paneles se han llegado a descubrir conflictos de intereses que han obligado a los panelistas involucrados a renunciar, provocando así más retrasos, pues el proceso de selección debe reiniciarse para sustituir al panelista faltante. En suma, los problemas de conflictos de intereses destacan las dificultades que entraña el depender de abogados privados para que sirvan como panelistas para cumplir funciones judiciales, en casos que surgen en los mismos ámbitos en los que dichos abogados ejercen su práctica profesional. La ventaja del sistema del capítulo 19 del TLCAN es que reúne panelistas expertos en las áreas de los casos que habrán de revisar. La desventaja, por otro lado, es que el espectro de posibles panelistas se reduce considerablemente debido a las reglas para evitar conflictos de intereses.

Pero además de los problemas relacionados con el conflicto de intereses, otra variable importante que ha afectado el funcionamiento adecuado de los paneles binacionales es la creciente dificultad que han experimentado los tres países para encontrar individuos calificados y disponibles que puedan fungir como panelistas.¹²³ La labor de un panel del capítulo 19 en ocasiones es muy prolongada y ardua, y la remuneración que se les otorga a los panelistas es muy inferior a lo que un abogado especializado en comercio puede obtener en su práctica privada. Lo que generalmente ha ocurrido es que los juristas aceptan la responsabilidad como panelistas por la fructífera experiencia que esto les ofrece, pero a menos que sus circunstancias personales se los permitan, no continúan, ya que no suelen estar dispuestos a participar un segundo o tercer panel, ni tampoco están o pueden sus socios en virtud de las reglas de conducta. En consecuencia, el repertorio de panelistas experimentados y disponibles se ha reducido de manera significativa, hecho que ha contribuido, desde 1997, a que se suspendan un número creciente de casos, por la imposibilidad de los países de constituir un panel en el plazo que exigen las reglas de procedimiento.

¹²³ Vega Cánovas, Gustavo, *op. cit.*, p. 494.

CUADRO 12

**CASOS CONCLUIDOS DEL CAPÍTULO 19 DEL TLCAN
EN QUE SE REVISARON DECISIONES DE AUTORIDADES
ADMINISTRATIVAS DE ESTADOS UNIDOS**

<i>Núm. de caso**</i>	<i>Fecha de inicio (FI)</i>	<i>Selec- ción del panel (SP)</i>	<i>Fecha de la au- diencia (FA)</i>	<i>Fecha del fallo (FF)</i>	<i>Fecha de con- clusión (FC)</i>	<i>FI* a SP</i>	<i>FI* a FF</i>	<i>FI* a FC</i>
98-03	7/15/98	1/12/99	4/16/99	7/16/99	11/16/99	6	12	16
98-01	4/10/98	1/12/99	6/12/00	3/20/01	9/4/01	9	23.5	29
97-07	9/2/97	3/17/98	1/15/99	4/30/99	7/20/99	6.5	16.5	20
97-03	5/12/97	9/16/97	3/27/98	6/4/98	1/20/98	4	12.5	20
97-02	5/8/97	3/17/98	8/6/98	12/3/98	12/18/98	10	18.5	19
95-05	10/26/95	1/18/96	8/15/96	12/16/96	4/14/96	3	11	16
95-04	7/26/95	1/12/95	4/15/96	7/31/96	1/21/96	4.5	12.5	18
95-03	6/26/95	9/25/95	2/26/96	5/6/96	6/18/96	3	10	11.5
95-02	6/16/95	10/18/95	5/2/96	9/13/96	10/28/96	4	15	16.5
95-01	2/18/95	5/19/95	1/13/96	4/30/96	9/3/96	3.5	15	19
94-02	9/26/94	12/12/94	3/3/95	7/19/95	12/1/95	2.5	7	11.5
94-01	3/30/94	6/29/94	2/27/95	5/30/95	11/13/95	3	14	19.5

FUENTE: Secretariado del TLCAN, Sección Estados Unidos.

* Las cifras de las últimas tres columnas con los números de meses.

** El formato normal del número de caso es USA-XX-1904-XX, por lo que el primero sería: USA-98-1904-03.

CUADRO 13

**CASOS ACTIVOS DEL CAPÍTULO 19 DEL TLCAN
QUE REVISAN DECISIONES DE AUTORIDADES
ADMINISTRATIVAS DE ESTADOS UNIDOS**

<i>Núm. de caso **</i>	<i>Fecha de inicio (FI)</i>	<i>Selección del panel (SP)</i>	<i>Fecha de la audiencia (FA)</i>	<i>Fecha del fallo (FF)</i>	<i>Fecha de conclusión (FC)</i>	<i>FI* a SP</i>	<i>FI* a FF</i>	<i>FI* a FC</i>
01-06	8/9/01	—	—	—	—	—	—	—
01-05	4/20/01	—	—	—	—	—	—	—
01-04	4/6/01	—	—	—	—	—	—	—
01-03	4/6/01	—	—	—	—	—	—	—
01-02	3/9/01	—	—	—	—	—	—	—
00-11	1/2/00	—	—	—	—	—	—	—
00-10	11/21/00	—	—	—	—	—	—	—
00-9	8/25/00	4/2/01	—	—	—	6	—	—
00-7	8/4/00	4/2/01	12/3/01	—	—	7	—	—
00-6	8/4/01	4/2/01	12/3/01	—	—	7	—	—
00-5	7/7/00	—	—	—	—	—	—	—
00-4	6/8/00	—	—	—	—	—	—	—
00-03	4/10/00	—	—	—	—	—	—	—
99-05	5/18/99	—	—	—	—	—	—	—
99-03	4/12/99	—	—	—	—	—	—	—
98-05	1/27/98	9/27/00	—	—	—	8	—	—
98-04	8/17/98	—	—	—	—	—	—	—
98-02	4/14/98	—	—	—	—	—	—	—

FUENTE: Secretariado del TLCAN, Sección Estados Unidos.

* Las cifras de las últimas tres columnas con los números de meses.

** El formato normal del número de caso es USA-XX-1904-XX, por lo que el primero sería: USA-01-1904-06.

En el caso de los paneles que sí han iniciado, se reconoce de manera generalizada que el proceso ha sido eficiente. La principal excepción a esta regla es el manejo de los casos bilingües inglés-español—sobre todo a la carencia de una obligación de que los secretariados produzcan traducción simultánea de los documentos principales del caso—, en los que participan México y los otros dos miembros del TLCAN. En estos casos, la solución ha sido básicamente recurrir a panelistas bilingües, particularmente del lado mexicano, pero esta práctica resulta incierta y reduce aún más la posible lista de candidatos para panelistas en Canadá y Estados Unidos. Sería aconsejable, cuando mínimo, brindar el mismo apoyo a los panelistas del capítulo 19 que el que se dio a los del capítulo 20, en cuyo caso el TLCAN prevé la contratación de los servicios de “traducción e interpretación” que requieran las partes.

V. ¿CÓMO HA FUNCIONADO EL CAPÍTULO 19 DEL TLCAN?

El capítulo 19 del TLCAN ha tenido detractores. En Estados Unidos, particularmente, causó muchas polémicas en sus inicios y sigue considerándose que constituye un medio para vigilar la forma en que una nación administra sus propias leyes y, por tanto, una intromisión innecesaria en la soberanía nacional.¹²⁴ Otro motivo de inquietud, expresado también sobre todo en Estados Unidos, es la inquietud de que los paneles del capítulo 19 establezcan una jurisprudencia independiente sobre remedios comerciales, aplicable sólo a los miembros del TLCAN, lo que crearía inconsistencias con la aplicación de los estatutos y reglamentaciones en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias. Estos argumentos constituyen objeciones importantes al capítulo 19 desde la perspectiva de la política interna, pero no responden a la pregunta sobre si el capítulo 19 ha sido un modelo eficaz de resolución de disputas en la política internacional.

Lo que haremos ahora es examinar algunas de las evaluaciones que sobre el mismo se encuentran en la literatura y que se refieren a su eficacia como un medio para resolver controversias. Para empezar, debemos señalar que el mecanismo del capítulo 19 ha sido, en general, bien recibido en Estados Unidos, aunque también ha sido objeto de las más severas críticas. Por ejemplo, el estudio de la GAO sobre el capítulo 19 a que ya nos referimos antes señalaba que: “los funcionarios de Estados Unidos y Ca-

¹²⁴ Entrevistas personales.

nadá consideraban que el proceso funcionaba bien".¹²⁵ Un apoyo similar ha mostrado la barra de abogados comerciales en Estados Unidos; en una encuesta entre abogados y otros particulares involucrados en el comercio internacional, publicada en 1988, alrededor de 75% de la muestra respondió que el mecanismo de resolución de disputas del TLCAN era sólido, y nadie expresó la opinión contraria.¹²⁶

Una evaluación que equivale a la definición *de facto* de la eficacia consiste en saber si las disputas se resuelven y si los gobiernos cumplen con los fallos de los órganos responsables de esa tarea. En un trabajo de 1996, López comparó el mecanismo de resolución de disputas del capítulo 19 con el del capítulo 20 del TLCAN, y encontró que el primero era más eficaz.¹²⁷ El autor señala: "De las 24 controversias sobre *antidumping* que se iniciaron según los términos del Capítulo 19, a diciembre de 1996 se habían resuelto 22". En comparación, de los ocho casos de resolución de disputas que se presentaron bajo el capítulo 20 por las mismas fechas, sólo tres se resolvieron. Por otra parte, los fallos emitidos por los paneles del capítulo 19 fueron cumplimentados por los gobiernos, en particular los diez casos que concluyeron con fallos total o parcialmente en contra de ellos. Lo que López encontró para el primer periodo del TLCAN es igualmente válido para la experiencia con el ALCCEU. Sin embargo, quizá debamos matizar esta opinión dada la dificultad para instalar paneles del capítulo 19 en Estados Unidos desde 1997, como lo indica el cuadro 12.

William Davey ha presentado otra pauta para evaluar la eficacia del mecanismo de resolución de disputas. En su libro de 1996, *Pine and Swine*, Davey sugiere que un sistema, para que sea eficaz, debe manejar las desavenencias entre las partes con base en las reglas contenidas en el acuerdo, y debe también dirimir aquellas disputas que no puedan resolverse mediante la aplicación de esas reglas comunes.¹²⁸ Respecto del primer criterio, seguramente todos estarán de acuerdo en que los panelistas del capítulo 19 son cuidadosamente instruidos sobre sus deberes por el TLCAN y otras leyes y reglamentos internos que competen a la revisión de la aplicación de cuotas *antidumping* y compensatorias, y que dichos panelistas por lo general han seguido con éxito dichas instrucciones. En

¹²⁵ GAO, *op. cit.*, p. 60.

¹²⁶ *Latin America Advisor* (1998), pp. 1 y 2.

¹²⁷ López, David (1997), pp. 201 y 202.

¹²⁸ Davey, William J., *op. cit.*, pp. 7 y 8.

efecto, el procedimiento de la impugnación extraordinaria establece un mecanismo que garantiza que los paneles hayan seguido las reglas convenidas. Sin embargo, con respecto al segundo criterio, ha habido tres disputas entre Canadá y Estados Unidos (carne de cerdo, ganado porcino vivo, y madera de coníferas) que no se resolvieron mediante el proceso de paneles, sino que se llevaron al ámbito político, fuera del régimen de resolución de disputas. Éste es, sin duda, el caso de la controversia en torno a la madera de coníferas, que a la fecha en que escribimos esto sigue en curso. Debido, básicamente, a estos tres casos es por lo que Davey no da al capítulo 19 una calificación plenamente positiva a su capacidad para reducir los conflictos comerciales. Dice el autor: “En última instancia, resulta difícil determinar si el procedimiento de paneles ha disminuido las disputas comerciales”.¹²⁹

Otro medio para evaluar la eficacia del mecanismo de resolución de disputas es el que ha sugerido Pan, quien señala: “En términos generales, el capítulo 19 ha sido un éxito”.¹³⁰ El criterio de Pan es, primero, que los paneles aplicaron correctamente las leyes de Estados Unidos y de los otros miembros del TLCAN durante sus revisiones de las acciones de las diferentes autoridades administrativas. Es posible que esta cuestión sea idiosincrática al capítulo 19, dados los elementos de revisión judicial que son inherentes a esta forma de resolución de disputas; sin embargo, refleja la idea más general de que los paneles del capítulo 19 han procedido con base en el respeto del régimen legal en el que trabajan, lo cual sin duda constituye una inquietud común en las prácticas de resolución de disputas. En segundo lugar, Pan afirma que los paneles han emitido fallos adecuadamente razonados y a menudo voluminosos y bien documentados. Dichos fallos se han sustentado correctamente en la legislación interna, lo cual es requerido por el TLCAN, e incluso en el caso de los tres fallos polémicos que se presentaron ante los Comités de Impugnaciones Extraordinarias, Pan sostiene que los paneles se apegaron a la ley cuando ésta era clara, y cuando no lo era hicieron una interpretación prudente de las leyes nacionales. Por último, el hecho de que la mayoría de los fallos hayan sido unánimes muestra que los propios panelistas intentaron reconciliar sus diferencias con el fin de garantizar la aceptación general de las decisiones de los paneles del capítulo 19.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 276.

¹³⁰ Pan, Eric J., *op. cit.*, pp. 379 y 421.

En resumen, el capítulo 19 parecería estar cumpliendo los objetivos para los que se negoció. El examen del historial de los resultados de las disputas dentro de este mecanismo en los últimos diez años demuestra un compromiso claro por parte de los tres gobiernos a asegurar que sus autoridades administrativas se sujeten en forma estricta a las legislaciones de remedios comerciales en sus actuaciones y a cumplir los compromisos adquiridos en el capítulo 19 del TLCAN.

Sin embargo, pese a estas virtudes, no puede dejar de reconocerse que el mecanismo del capítulo 19 enfrenta un problema serio que tiene el potencial de constituirse en una grave crisis, especialmente en las relaciones entre México y los Estados Unidos. Este problema tiene que ver con la creciente dificultad que han mostrado ambos países a constituir los paneles que numerosos actores privados han solicitado en los últimos tres años dentro de los tiempos en que marca el capítulo 19. En efecto, a la fecha en que esto se escribe (noviembre de 2003) se encontraban dieciocho paneles suspendidos o pendientes de constitución entre Estados Unidos y México, algunos de los cuales tenían más de dos y hasta tres años en espera de ser establecidos o restablecidos.

¿Qué tipo de reformas podrían hacerse al capítulo para superar esta crisis? En el capítulo final nos referiremos a ellas.