

EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

Fernando SERRANO MIGALLÓN

SUMARIO: *Introducción. I. Los tratados en el derecho internacional y en el orden jurídico interno. II. Instancias internacionales para la solución de controversias comerciales. III. Métodos alternos de solución de controversias. IV. Instituciones del Tratado de Libre Comercio. V. Selección de foro. VI. El mecanismo de solución de controversias. VII. Cumplimiento de las resoluciones. VIII. Bibliografía.*

INTRODUCCIÓN

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

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

Una de las funciones del derecho es armonizar esta diversidad y garantizar la seguridad jurídica de las partes involucradas mediante la se-

1 Arellano, Carlos, *Derecho internacional privado*, 10a. ed., México, Porrúa, 1991, p. 19.

lección de los procedimientos que regularán las relaciones jurídicas.² Así, se han creado mecanismos alternos a los ya existentes en el interior de cada uno de los sistemas, para la solución de controversias comerciales internacionales. Esto ha redundado en la proliferación de acuerdos multilaterales e instancias internacionales para la solución de controversias, y se inicia un fenómeno que tiende a la unificación de los diversos sistemas jurídicos. Actualmente existen más de doscientos instrumentos bilaterales y multilaterales para resolver controversias, y de hecho la mayoría de los países revisan sus legislaciones y prácticas para hacerlas menos formales y más eficaces.³

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

I. LOS TRATADOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNO

En el ámbito mundial, la costumbre y los acuerdos internacionales son las dos fuentes principales del derecho internacional.⁵ El tratado es un acuerdo de voluntades entre dos o más Estados soberanos para crear, modificar o extinguir una relación jurídica entre ellos.⁶

1. *La Convención de Viena*

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue aprobada en la ciudad del mismo nombre por diecinueve Estados, entró en vigor el 20 de enero de 1980, al computarse las 35 ratificaciones

2 *Idem*, p. 117.

3 Thieffry, Christine L., "Negotiating Settlement of Disputes Provisions in International Bussines Contracts: Recent Development in Arbitration and other Processes", *The Business Lawyer*, vol. 45, núm. 2, 1990, p. 577.

4 Behrens, Peter, "Alternative Methods of Dispute Settlement in International Economic Relations", *Adjudication of International Trade Dispute in International and National Economic Law*, University Press, *Pupil*, vol. 7, Switzerland, 1992, p. 3.

5 García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 43a. ed., México, Porrúa, 1992, p. 146.

6 Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, 16a. ed., México, Porrúa, 1991, p. 124.

necesarias. Cerca de cuarenta países han suscrito esta Convención,⁷ estando México entre ellos.⁸

La Convención regula la creación, interpretación, modificación, terminación y obligatoriedad de los tratados, y ha contribuido a una mayor y mejor utilización de los instrumentos internacionales por parte de los Estados, ya que cuentan con una mayor seguridad jurídica que la que se ofrecía antes con los acuerdos derivados exclusivamente en el derecho consuetudinario.

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

Esta aclaración es importante en el caso del Tratado de Libre Comercio, si tomamos en cuenta que mientras que en Canadá y México se habla de Tratado, en Estados Unidos se habla de Acuerdo Ejecutivo Congresional. De hecho, la única diferencia es que si el acuerdo negociado es enviado al Senado, entonces se habla de un Tratado, y si se envía al Congreso recibe el nombre de Acuerdo Ejecutivo Congresional, el cual tiene el mismo rango y efecto que un tratado internacional.

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

Para los tribunales internacionales existe sólo la supremacía del derecho de gentes. Desde 1930 el Tribunal Permanente de Justicia Internacional de La Haya declaró que en las relaciones entre países que son partes en un tratado, las normas de derecho interno no pueden prevalecer sobre las establecidas en un tratado.

En el ámbito internacional, "soberanía" significa independencia; es decir, que el Estado no está sujeto a ningún otro, pero ello no significa que esté por encima del derecho.⁹ Por lo que aun y cuando un tratado esté en contra del orden normativo interno, ello no exime al Estado de que se trate de responsabilidad en el ámbito internacional. Exceptuando las Constituciones alemana y francesa, la mayoría establecen la priori-

7 *Idem*, p. 146.

8 Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de enero de 1975.

9 Akehurst, Michael, *A Modern Introduction to International Law*, 6a. ed., Great Britain, Harper Collins Academic, 1991, p. 16.

dad de la legislación ordinaria para garantizar la defensa de la Constitución contra posibles ataques en el ámbito internacional.¹⁰

Estados Unidos ha establecido que las leyes son de aplicación obligatoria para los tribunales, aun y cuando estén en pugna con un tratado; sin embargo, la Suprema Corte jamás ha declarado inconstitucional un tratado.¹¹

2. *El orden jerárquico normativo en México*

El orden jerárquico normativo del derecho mexicano se encuentra establecido en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual declara que "la Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión".

Este artículo fue reformado en 1934 para dejar claramente establecido que los tratados deben "estar de acuerdo con" la Constitución para poder ser considerados como ley suprema.

Por lo anterior, en nuestro país la mayoría de la doctrina, al igual que en Estados Unidos y Canadá, se sigue una tesis monista nacionalista, y no monista internacionalista, como el ejemplo citado de Francia y Alemania.

3. *Atribuciones del Ejecutivo en materia de solución de controversias*

Los mecanismos internacionales para la solución de controversias tienen su origen en el acuerdo de voluntades entre Estados, ya sea mediante la costumbre o mediante la celebración de tratados.¹²

En México los tratados son válidos cuando se celebran por el presidente, son aprobados por el Senado y están de acuerdo con la Constitución.

Las atribuciones del Ejecutivo en materia de solución de controversias las encontramos en el artículo 89, fracción X, de la Constitución, la cual establece los criterios que debe seguir nuestro país en materia de política exterior, incluyendo en ellos el de solución pacífica de las controversias que se susciten con otros países.

10 Arellano García, Carlos, *op. cit.*, p. 71.

11 Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 26a. ed., México, Porrúa, 1992, p. 41.

12 Arellano García, Carlos, *op. cit.*, p. 58.

4. *La Ley General de Tratados*

Las experiencias que ha tenido nuestro país en el arbitraje internacional no han sido muy satisfactorias. Los ejemplos abundan. El primer caso llevado a la Corte Permanente de Arbitraje en 1902, pasando por la pérdida de la isla de la Pasión o Clipperton en favor de Francia, en 1931, debido al laudo arbitral emitido por el rey Víctor Manuel, de Italia; el caso de El Chamizal, cuyo laudo no fue acatado por los Estados Unidos durante decenas de años, y los Tratados de Bucareli en 1923. Para evitar estos arbitrajes que dejan en manos de una persona o institución la absoluta libertad de decisión, la comunidad internacional ha perfeccionado los mecanismos de solución. Ejemplo de esto es la Ley General de Tratados,¹³ misma que en su artículo octavo establece los principios que debe tener todo convenio de solución de controversias, del cual México sea parte y que son:

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

Por lo que es probable que esta tendencia cambie en el futuro, al estar legalmente establecidos los principios que nuestro país debe seguir, ya sea para someter un asunto al arbitraje internacional o para formar parte de un tratado que contenga un mecanismo de solución de controversias.

II. INSTANCIAS INTERNACIONALES PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS COMERCIALES

Ante la diversidad normativa entre los distintos países y la falta de un órgano jurídico supranacional que resuelva los conflictos de leyes en el espacio, la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas en San Francisco reconoció la interdependencia entre la paz y la justicia¹⁴ y la necesidad de prohibir el uso de la fuerza en las relaciones

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

14 Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *Derecho internacional público*, 2a. ed., tomo IV, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, julio 1991, p. 8.

internacionales para el arreglo pacífico de las controversias. Así, se establece en el artículo primero de la Carta de la ONU como uno de sus propósitos fundamentales el resolver, mediante medios pacíficos y de conformidad con los principios de justicia y derecho internacional, las controversias internacionales que puedan terminar con el estado de paz.

El artículo segundo de dicho documento prohíbe a los Estados el uso de la fuerza para hacer cumplir sus demandas contra otros Estados, de manera que la paz internacional y seguridad no se vean en peligro. Hay que aclarar, sin embargo, que el término "uso de la fuerza" ha sido interpretado como el uso de la fuerza militar y no sanciones económicas unilaterales como medio de coerción.¹⁵

1. *La Corte Internacional de Justicia*

Este organismo es el decano del orden internacional, y aunque depende de la Organización de las Naciones Unidas, es anterior a ella, ya que tuvo como antecedente el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, que funcionó desde 1922 hasta 1939, y fue a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial cuando recibe el nombre de Corte Internacional de Justicia, la cual ha sido considerada como la principal institución disponible a los Estados para que resuelvan las controversias que surjan entre ellos.¹⁶

En diciembre de 1920 se crea el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, el cual funcionó en La Haya hasta 1939,¹⁷ y a partir de 1947 se crea una nueva corte, la Corte Internacional de Justicia, aunque sigue habiendo continuidad en los criterios sostenidos por los dos organismos judiciales.

El artículo 42 de la carta de las Naciones Unidas establece que: "La Corte Internacional de Justicia, será el órgano principal de las Naciones Unidas". La Corte está compuesta de quince magistrados independientes elegidos sin tener en cuenta su nacionalidad, aunque no podrá haber dos que sean nacionales del mismo Estado, deben reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus países, y en general en la Corte deben estar representados los principales sistemas jurídicos del mundo.

15 Behrens, Peter, *op. cit.*, p. 12.

16 Jaenicke, Günter, "International Trade Conflicts Before the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice", *Adjudications of International Trade Disputes in International Economic Law*, Switzerland, Pupil, vol. 7, University Press, 1992, p. 43.

17 Sepúlveda, César, *op. cit.*, p. 328.

Los magistrados duran nueve años en el cargo, y una tercera parte se renueva cada tres años. Nueve jueces hacen quórum, y las resoluciones que emita la Corte serán definitivas e inapelables; es decir, se considerarán cosa juzgada.

La Corte Internacional de Justicia puede conocer de una controversia entre países con base en tratados existentes, ya sea mediante una cláusula compromisoria, como en el Tratado de Paz con el Japón o en el Tratado del Río de La Plata, o por ser la solución pacífica de las controversias el objeto principal del Tratado, como sucede con el Pacto de Bogotá.¹⁸

La Corte decide conforme al derecho internacional las controversias que se le presentan, aunque ello no restringe la facultad de ese organismo decidir de acuerdo con lo que es bueno y justo aplicando el principio *ex aequo et bono*.

Para que la Corte posea jurisdicción se requiere la conformidad de las partes en conflicto.¹⁹ Ello se debe a que el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia contiene una cláusula opcional de jurisdicción, por lo que no es obligatoria su aplicación.²⁰ Para muchos autores, el dejar a los Estados el derecho sobre la jurisdicción de la Corte Internacional es un vacío del derecho internacional,²¹ ya que de hecho muy pocos Estados han suscrito esta cláusula para admitir la competencia obligatoria de la Corte, y pese a lo preceptuado en el artículo treinta y seis, en el sentido de que en caso de disputa en cuanto a la jurisdicción de la Corte, ésta decidirá. Países como Estados Unidos, Francia e Islandia han desconocido este precepto.²² Algunos países que aceptaron someterse a la jurisdicción de la Corte, como Estados Unidos y Francia, revocaron dicha cláusula después de que la Corte resolvió en contra de estos países.²³

En realidad y pese a que la verdadera razón de la impopularidad de la Corte ha sido la desconfianza por parte de los Estados a los mecanismos judiciales en general, hay que reconocer que la existencia de un órgano judicial internacional de carácter permanente capaz de crear jurisprudencia firme, es una fuente de certidumbre y seguridad jurídica en beneficio de la comunidad internacional. Hay más de 250 tratados en los que se establece que cualquier parte de manera unilateral puede

18 Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *op. cit.*, pp. 216-218.

19 *Idem.* p. 213.

20 *Idem.* p. 218.

21 Akehurst, Michael, *op. cit.*, p. 250.

22 Jiménez, Eduardo, *op. cit.*, p. 236.

23 Akehurst, Michael, *op. cit.*, pp. 247-249.

plantear cualquier controversia que surja de la interpretación o aplicación de un tratado a la Corte Internacional de Justicia.²⁴

2. La Corte Permanente de Arbitraje de La Haya

La Conferencia y la Convención de La Haya para el Arreglo Pacífico de las Disputas Internacionales en 1899, trajo como consecuencia el establecimiento de la Corte Permanente de Arbitraje; posteriormente, la Convención de La Haya para el Arreglo Pacífico de las Disputas Internacionales de 1907 intentó desarrollar la estructura de la Convención de 1899, y aun y cuando más de cincuenta países han ratificado la Convención, la verdad es que no ha sido muy utilizada,²⁵ debido a que la mayoría de los casos son llevados ante la Corte Internacional de Justicia.

El nombre de la Corte es equívoco, porque no se creó una corte permanente a través de la Convención de 1899, sino los mecanismos para establecer tribunales arbitrales.²⁶

Funciona con una lista de nombres, cuatro por cada Estado, con lo cual se forma un catálogo judicial, y de esta lista las partes escogen los árbitros.²⁷

En realidad, no es clara la diferencia en cuanto al funcionamiento del arbitraje internacional y las cortes internacionales, ya que, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia permite a los Estados designar jueces *ad hoc*. A partir de 1972 los magistrados que integran la Corte quedaron disponibles como posibles árbitros elegidos por las partes,²⁸ y por otra parte el arbitraje internacional durante décadas se ha utilizado de manera institucional, tal y como la Cámara de Comercio Internacional y el CIADI, que se estableció en 1965 para resolver las controversias entre inversionistas y Estados.²⁹

3. El GATT

El Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) surgió en Ginebra, Suiza, en 1947, y ha sido ratificado por cien Estados, de los cuales más de veinte de hecho lo aplican. A través de ellos se

24 Günter, Jaenicke, *op. cit.*, p. 45.

25 Bockstiegel, Karl-Heinz, "Dispute Settlement by Intergovernmental Arbitration", *Adjudication of International Trade Disputes in International and National Economic Law*, Switzerland, Pupil, vol. 7, University Press, 1992, p. 62.

26 Akehurst, Michael, *op. cit.*, p. 244.

27 Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *op. cit.*, p. 207.

28 *Idem*, p. 212.

29 Böckstiegel, Karl-Heinz, *op. cit.*, p. 63.

encuentra representado aproximadamente el 90% del comercio mundial. La función del GATT es organizar el comercio internacional y favorecer el libre comercio en todo el mundo mediante la eliminación de barreras.³⁰

El sistema de solución de controversias del GATT se ha desarrollado mediante reglas suplementarias de solución de controversias y procedimientos, mecanismo que se trata de mejorar a través de la Ronda Uruguay.³¹ Aunque de hecho los Estados acuden más al arbitraje establecido en tratados bilaterales que a sistemas multilaterales de arbitraje como los descritos anteriormente,³² debido a la resistencia por parte de los Estados a que los organismos internacionales se inmiscuyan en su sistema interno de organización o en sus políticas comerciales.

El procedimiento de solución de controversias del GATT descansa en las consultas, mediación y la conciliación y como último recurso en las sanciones individuales o colectivas. Hasta ahora ningún Estado ha llevado una decisión del GATT a la Corte Internacional de Justicia, lo que teóricamente es posible.³³

El GATT funciona mediante el establecimiento de un panel de expertos, los cuales después de analizar el caso emiten recomendaciones para la resolución de las controversias. La recomendación emitida es discutida con las partes y modificada si es posible, para que pueda ser adoptada por el Consejo del GATT, por consenso. De ahí que sea necesaria la aceptación de la parte demandada para la solución de la controversia.

Es evidente que para mejorar el sistema del GATT sería necesario establecer: a) Tiempos estrictos en el procedimiento; b) Paneles permanentes en lugar de *ad hoc*, y c) Sobre todo mejorar el procedimiento de voto en el Consejo del GATT para eliminar y evitar obstrucciones de alguna de las partes en la disputa.³⁴

4. La Cámara de Comercio Internacional y la Corte Internacional de Arbitraje

La Cámara de Comercio Internacional es una organización mundial de negocios, la cual ha contribuido en mucho al desarrollo del arbitraje

30 Jaenicke, Günter, *op. cit.*, p. 47.

31 B., Karl-Heinz, *op. cit.*, p. 69.

32 *Idem*, p. 74.

33 Jaenicke, Günter, *op. cit.*, p. 47.

34 *Idem*, p. 50.

internacional.³⁵ Fue establecida en París en 1923 con el fin de proporcionar un instrumento de solución de controversias que surjan en el comercio internacional.

La Corte se reúne cada mes y está compuesta de un presidente, un vicepresidente y cerca de 43 representantes de comités nacionales. Más que resolver las controversias que se le presenten, su función es designar y confirmar la designación de árbitros y revisar las adjudicaciones arbitrales, por inconsistencias o defectos, aunque no la decisión de los árbitros.³⁶

La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional es la organización más utilizada por los Estados y las personas como la mejor institución para resolver las controversias comerciales internacionales, debido a sus reglas de arbitraje y sus reconocidos expertos en la materia, lo que ha redundado en más de sesenta años de experiencia y una fama bien ganada.³⁷ Sin embargo como todos estos tipos de ajustes, tienen problemas derivados de la soberanía de los Estados y la competencia de la UNCITRAL.³⁸

5. El CIADI

Una de las agencias especializadas de las Naciones Unidas, el Banco Mundial, creó en 1965 una Convención para el Arreglo de Controversias en Materia de Inversiones. La Convención estableció el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, con sede en Washington. El CIADI es un foro para la conciliación y el arbitraje de controversias entre inversionistas privados y gobiernos receptores de la inversión; tiene, dentro de sus objetivos, supervisar arbitrajes y conciliaciones que envuelven Estados y otras partes que surgen de inversiones extranjeras.³⁹ Para 1986, ochenta y ocho Estados eran partes de la Convención.⁴⁰

Hay otras convenciones regionales que han venido a mejorar el arbitraje comercial internacional, tales como la Convención Europea para el Arbitraje Comercial Internacional de 1961; el Consejo para la

35 Wegen, Gerhard and Thomas Welch, "The Role of International Commercial Arbitration, in Particular of the International Chamber of Commerce in Dispute Settlement in International Economic Law", *Adjudication of International Trade Disputes in International and National Economic Law*, Switzerland, Pupil, vol. 7, University Press, 1992, p. 391.

36 *Idem*, p. 386.

37 *Ibidem*.

38 *Ibidem*.

39 *Idem*, p. 338.

40 Akehurst, Michael, *op. cit.*, p. 97.

Asistencia Económica Mutua, y la Convención Interamericana de Arbitraje Internacional de 1985,⁴¹ así como a través de acuerdos bilaterales, tales como:

- a) El establecido para la unificación de Alemania
- b) En los acuerdos comerciales recientes entre la URSS y Estados Unidos, y
- c) El establecido entre Alemania, Francia e Inglaterra.⁴²

6. La UNCITRAL

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional provee de un sistema comprensible de reglas para el arbitraje, las cuales han sido adoptadas en muchos tratados comerciales debido al cuidado con que han sido redactadas por expertos de muchos países.

La Comisión también ha promulgado una ley modelo para el arbitraje comercial internacional, y de hecho este modelo ha sido adoptado por muchas legislaciones, excepto por Inglaterra, que se opone bajo el argumento de que restringe de manera innecesaria los derechos de apelación.⁴³

III. MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El procesalista Italiano Francesco Carnelutti denominó "equivalentes jurisdiccionales" a todos aquellos medios para la solución de litigios sin la participación de las autoridades judiciales, o con ella, pero sin ejercer sus función jurisdiccional; dentro de ellas incluyó: a) La auto-composición; b) La conciliación, y c) El compromiso en árbitros.⁴⁴

Algunos de estos métodos fueron empleados desde la antigüedad, principalmente por los orientales, para resolver controversias privadas.⁴⁵

El artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas establece que las partes en conflicto deben buscar una solución mediante la negociación,

41 Wegen, Gerhard, *op. cit.*, p. 389.

42 *Idem*, p. 390.

43 *Idem*, p. 391.

44 Carnelutti, según cita de Luis Dorantes Tamayo, *Elementos de teoría general del proceso*, 3a. ed., México, Porrúa, 1990, p. 223.

45 Thieffry, Christine L., *op. cit.*, pp. 580-581.

investigación de hecho, mediación, conciliación, arbitraje o cualquier otro medio pacífico.

Para mantener la paz internacional los Estados deben recurrir al arreglo pacífico de los conflictos que se susciten antes de que las medidas de fuerza se hagan necesarias;⁴⁶ aunque hay que reconocer que críticas no han faltado, debido a que si bien existe voluntad política para establecer los mecanismos necesarios para solucionar las controversias de manera pacífica, no hay tal voluntad cuando esas controversias surgen,⁴⁷ pese a la regla de derecho internacional que establece que las controversias internacionales no pueden ser resueltas unilateralmente por ninguna de las partes.

En el ámbito internacional, el término "arreglo pacífico de las disputas internacionales" surgió de la Convención del mismo nombre, en la Conferencia de Paz de La Haya, en 1899. Los métodos de solución de controversias se pueden clasificar, atendiendo a su naturaleza, en políticos o jurídicos. Dentro de los primeros encontramos la negociación, los buenos oficios, la mediación y la conciliación, mientras que en los segundos se encuentran el arbitraje y la decisión judicial.⁴⁸

Aunque todos estos métodos son potencialmente aplicables a cualquier tipo de controversias y cualquiera que sea la naturaleza de las partes involucradas pueden ser utilizados tanto entre Estados como entre particulares.⁴⁹

Estos métodos alternos de solución de controversias son más flexibles, menos caros, y el proceso es más confidencial que el judicial; así mismo hay una mayor experiencia por parte de las terceras partes que intervienen como árbitros, mediadores o conciliadores para resolver las disputas.⁵⁰

1. Negociación

En la negociación, las partes controlan el proceso, y cualquier resolución que se establezca debe estar basada en el mutuo acuerdo entre aquéllas.

Es importante hacer notar que si las negociaciones se utilizan para prevenir el surgimiento de controversias, entonces reciben el nombre de "consultas", y básicamente consisten en el intercambio de información

46 Behrens, Peter, *op. cit.*, p. 13.

47 Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *op. cit.*, p. 271.

48 Sepúlveda, César, *op. cit.*, p. 391.

49 Behrens, Peter, *op. cit.*, p. 4.

50 *Idem*, pp. 36-37.

y de opiniones sobre una situación particular para tratar de llegar a una solución.⁵¹

La negociación es el más espontáneo y directo de todos los métodos, por el cual la mayoría de las controversias en materia internacional son resueltas. Mikel Akerkust señala que ello obedece a: a) La ausencia de legislación; b) La costumbre internacional, y c) La necesidad de los Estados de adquirir reputación y confianza.⁵²

En términos generales, podemos decir que la negociación es el arreglo, directo de Estado a Estado, por las vías diplomáticas comunes para resolver las controversias. La ventaja es que es un método rápido y simple,⁵³ aunque en controversias importantes es de muy limitada eficacia.

La negociación tiene lugar mediante: a) Representaciones diplomáticas; b) Representaciones especiales, y c) Conferencias especiales.

2. Mediación

Si un tercero neutral facilita las discusiones, el proceso recibe el nombre de "mediación". La mediación es un proceso informal en el cual un tercero neutral ayuda a las partes en conflicto, a resolver la controversia, aunque sin tener el poder para imponer una solución.⁵⁴ El mediador es un Estado o un representante de un Estado, sometido, por tanto, a las instrucciones de éste,⁵⁵ por lo que el problema es encontrar un mediador de confianza, de ahí que el prestigio político del mediador sea factor esencial.

En la mediación, el tercer país conduce las negociaciones, participa activamente y sugiere posibles soluciones, aunque las propuestas son emitidas de manera informal y con base en la información proporcionada por las partes.

3. Buenos oficios

La característica fundamental de la mediación consiste en que la intervención del tercero no es para decidir la controversia, sino para aproximar a las partes para que ellas mismas decidan. Contrariamente

51 *Idem*, p. 14.

52 *Idem*, pp. 811.

53 Sepúlveda, César, *op. cit.*, p. 392.

54 Riskin, Leonard L., *Dispute Resolution and Lawyers*, West Publishing, 1987, p. 4.

55 Jiménez Aréchaga, Eduardo, *op. cit.*, p. 191.

a los buenos oficios, ya que si bien en ambos métodos la característica fundamental es la intervención de un tercero para aproximar a las partes a resolver la controversia, mediante los buenos oficios el tercer país exhorta a las partes en conflicto a negociar, y una vez que esto se logra, los buenos oficios cesan. Debido a esta importante diferencia los organismos internacionales son más proclives a nombrar comisiones de mediación en lugar de buenos oficios.

La Convención de La Haya de 1907 para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales establece en su artículo segundo que "en caso de disenso grave o de conflicto, antes de apelar a las armas, las potencias signatarias convienen en recurrir, en cuanto lo permitan las circunstancias, a los buenos oficios o a la mediación de una o varias potencias amigas", y el artículo 30 establece que:

las potencias signatarias consideran útil y deseable que una o varias potencias ajenas al conflicto ofrezcan, por su propia iniciativa en cuanto las circunstancias se presten para ello, sus buenos oficios o su mediación a los Estados en conflicto. Las potencias ajenas al conflicto tendrán el derecho de ejercer los buenos oficios o la mediación, aun durante el curso de las hostilidades.

4. Conciliación

La conciliación es una de las más antiguas formas de resolver controversias en países del lejano Oriente, debido a que evade los argumentos legales antagónicos que necesariamente se presentan en un proceso judicial o arbitral.⁵⁶ Las reglas de conciliación de las Naciones Unidas en derecho comercial internacional y las de la Cámara de Comercio Internacional, son prueba fehaciente de su importancia.⁵⁷

La conciliación es un proceso instituido por las partes en conflicto para resolver sus problemas, y tiene su origen en los *Tratados Bryan*.⁵⁸ Consiste básicamente en que un tercero interviene entre los Estados en conflicto y trata de "conciliar" sus diferencias sobre la base de concesiones recíprocas.

La diferencia entre la mediación y la conciliación es meramente de grado. La mediación es menos formal que la conciliación.⁵⁹ El mediador

⁵⁶ Thieffry, Christine, *op. cit.*, p. 588.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Sepúlveda, César, *op. cit.*, p. 395.

⁵⁹ Behrens, Peter, *op. cit.*, p. 22.

puede sugerir una resolución, y si ésta no es aceptada por las partes formula nuevas propuestas; mientras que el conciliador designado por las partes, quien puede ser una persona o una comisión, puede investigar los hechos y al final emitir un reporte con conclusiones y recomendaciones para resolver la controversia.⁶⁰

La diferencia entre la mediación y la conciliación estriba en el órgano que la ejerce. El conciliador es designado por acuerdo de las partes, para investigar los hechos y sugerir fórmulas de solución; la conciliación es más formal y menos flexible que la mediación.⁶¹ Tanto la mediación como la conciliación son métodos de solución de controversias que podemos ubicar entre la negociación y el arbitraje,⁶² siendo su característica principal, al igual que en los buenos oficios, la intervención de un tercero para resolver las controversias. En la mediación, el factor esencial es el prestigio del mediador, mientras que en la conciliación es la independencia del conciliador.

5. Arbitraje

El arbitraje es un método mediante el cual las partes acuerdan someter una controversia a un tercero o a un tribunal constituido especialmente para tal objeto, aplicando las normas que las partes especifiquen y con la obligación de aceptar el laudo o resolución como arreglo final.⁶³

El arbitraje es un método cuasijudicial, ya que en muchos aspectos se asemeja a un procedimiento judicial,⁶⁴ y es usado de manera extensa en las relaciones laborales, industriales y en controversias comerciales. Ha sido utilizado en Inglaterra y los Estados Unidos por cerca de doscientos años.

La fuente del arbitraje internacional moderno la encontramos en el Tratado Jay de 1794, entre Inglaterra y los Estados Unidos, el cual constituye el primer ejemplo de un pacto de arbitraje y el primer caso de funcionamiento de tribunales arbitrales.⁶⁵ El arbitraje y la mediación son los dos métodos extrajudiciales o no litigiosos que se utilizan con mayor frecuencia para la solución de controversias. En el arbitraje se emite una resolución jurídica, y en la mediación, un compromiso o

60 *Idem*, p. 25.

61 Akehurst, Michael, *op. cit.*, p. 241.

62 Behrens, Peter *op. cit.*, p. 25.

63 Sepúlveda, César, *op. cit.*, pp. 395-396.

64 Behrens, Peter, *op. cit.*, p. 27.

65 Sepúlveda, César, *op. cit.*, pp. 346-397.

recomendación;⁶⁶ por último, en la conciliación un informe, el cual no es obligatorio, como sucede con la decisión arbitral. En el arbitraje se trata de una jurisdicción *ad hoc* creada especialmente para el conflicto, mientras que en el ámbito judicial el órgano es preexistente al conflicto, y puede decidir conflictos en general.⁶⁷

Dentro de las ventajas del arbitraje en el comercio internacional están las siguientes: a) Puede ser iniciado rápidamente, el proceso es relativamente corto y la decisión se presenta de manera rápida; b) Las reglas procesales son flexibles y más directas que las establecidas en el proceso judicial; c) Las partes seleccionan a los árbitros; d) Generalmente el árbitro es experto en la materia, y e) La decisión es inapelable.⁶⁸

El arbitraje es menos formal, más rápido y menos caro que el proceso judicial,⁶⁹ aun cuando no han faltado críticas sobre una creciente formalidad del arbitraje similar al judicial, así como un aumento en el costo del arbitraje y retraso en el mismo, debido a que estas son características inherentes a todo proceso de solución de controversias.⁷⁰ Por la naturaleza misma del comercio, el arbitraje ha florecido de manera sorprendente, y es común que las asociaciones comerciales establezcan sistemas de arbitraje para resolver controversias entre sus miembros y que organismos como la Cámara Internacional de Comercio provean de mecanismos arbitrales para quien los desee.

Como freno a las perspectivas desalentadoras por la falta de obligatoriedad del arbitraje⁷¹ muchos países han adoptado la Convención de Nueva York de 1958 para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, y la mayoría han modernizado sus leyes arbitrales (Francia en 1981, Italia en 1983, Bélgica en 1985, Holanda en 1986, Suiza en 1987, España en 1988 y Australia en 1989.⁷² México actualmente lo está haciendo).

Los tratados sobre arbitraje concluidos en los primeros años del siglo XX a menudo contienen cláusula de exclusión al arbitraje en casos que afecten el honor o intereses vitales de los Estados o los preceptos fundamentales de la Constitución.⁷³

Las diferencias entre los sistemas legales han hecho del arbitraje algo verdaderamente atractivo. El artículo 37 de la Convención de La Haya

66 *Idem*, p. 396.

67 Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *op. cit.*, pp. 195-196.

68 Risking, Leonard L., *op. cit.*, p. 197.

69 *Idem*, p. 3.

70 *Idem*, pp. 151-152.

71 Sepúlveda, César, *op. cit.*, p. 400.

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

73 Jiménez de A., Eduardo, *op. cit.*, p. 200.

establece: "el arreglo de los litigios entre Estados, se hará por medio de jueces elegidos por los mismos y mediante resoluciones fundadas en el respeto al derecho".

Eduardo Jiménez de Aréchaga ⁷⁴ establece tres clases de arbitraje:

a) El arbitraje facultativo, el cual se lleva a efecto con base en un acuerdo posterior al surgimiento de la controversia;

b) El arbitraje obligatorio, el cual se establece mediante la obligación de las partes de acudir al arbitraje en caso de surgir una controversia. Esto puede establecerse mediante una cláusula arbitral o mediante un tratado general de arbitraje, y

c) El arbitraje compulsorio, el cual se da en el caso de que se pueda imponer el arbitraje a un Estado sin el consentimiento previo del mismo.

El árbitro se distingue del conciliador en que la decisión de este último no es obligatoria para las partes que lo llamaron a resolver la controversia, contrariamente a la decisión arbitral, la cual obliga a las partes, debido a que éstos se sometieron previamente a su fallo.⁷⁵ Una de las principales características del arbitraje y que no se encuentra en otros métodos de solución de controversias, que hemos mencionado, es que cuando las partes se someten al arbitraje, ninguna de ellas puede unilateralmente abandonar el procedimiento o negarse a cumplir con la resolución arbitral; por esta razón, el arbitraje se presenta dentro del TLC hasta la etapa final del mecanismo de solución de controversias.

Asimismo, las cortes jurisdiccionales normalmente rehúsan conocer de un caso para el cual las partes han acordado someterlo al arbitraje en caso de que surja alguna controversia.⁷⁶

En el arbitraje las partes pueden determinar los criterios de solución, los cuales pueden ser con base en reglas nacionales o internacionales o reglas de equidad, actuando el árbitro en este último caso como "amigable componedor", emitiendo una resolución basada en la buena fe y justicia razonable más que en lo que la ley establece. La decisión arbitral generalmente es final y de cumplimiento obligatorio, salvo casos de defectos graves, tales como la validez del acuerdo arbitral, la formación del tribunal arbitral, la jurisdicción del o los árbitros, y su imparcialidad.⁷⁷

⁷⁴ *Idem*, pp. 196-197.

⁷⁵ Dorantes T., Luis, *op. cit.*, p. 162.

⁷⁶ Behrens, Peter, *op. cit.*, p. 28.

⁷⁷ *Idem*, p. 30.

Tanto el árbitro como el conciliador intervienen en el conflicto a solicitud de parte, mientras que el mediador con sus buenos oficios lo hace de manera espontánea.⁷⁸ Debido a la gran diversidad de criterios, en los organismos arbitrajes y en los paneles arbitrales creados *ad hoc* ha habido varios intentos de unificación; el más importante ha sido el de crear una ley modelo para ser adoptada uniformemente por las legislaciones nacionales.⁷⁹

Los diferentes mecanismos de solución pacífica de las controversias; la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje pueden funcionar de manera combinada, en un proceso integral que abarque dos o más mecanismos. Ejemplo de ello lo constituyen los procesos Contadora y Esquipulas II en América Central⁸⁰ para algunas controversias. Hay autores que proponen que las partes acudan primero a la mediación antes que al arbitraje directo, ya que si se resuelve la controversia a través de la mediación, redundaría en rapidez y bajo costo.

Aquí hay que aclarar que en el TLC no se mezclan elementos de los distintos mecanismos sin que se respete cada uno de ellos, pasando de los más directos y sencillos, como las consultas y la mediación, hasta llegar al arbitraje. Esto, más que un proceso mixto, es un proceso que crea un sistema coherente y lógico, donde se parte de un método sencillo, como es la negociación, pasando por la intervención de la Comisión y teniendo como etapa final el arbitraje.

La utilización de estos métodos es particularmente apropiada en las relaciones económicas internacionales, donde debido a la participación de los Estados se hace absolutamente necesario el utilizar métodos de solución pacífica diferentes a los judiciales.

IV. INSTITUCIONES DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO

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

1. *La Comisión de Libre Comercio*

El órgano central del Tratado es la Comisión de Libre Comercio de América del Norte, la cual es una institución político-administrativa

⁷⁸ Dorantes T., Luis, *op. cit.*, pp. 162-163

⁷⁹ Behrens, Peter, *op. cit.*, p. 31.

⁸⁰ Jiménez de A., Eduardo, p. 195.

de carácter internacional, integrada por los ministros de comercio de los tres países, y cuya función es supervisar la aplicación del Tratado, vigilar el funcionamiento de los comités y grupos de trabajo encargados de dar cumplimiento a las disposiciones del Tratado, establecer nuevos comités según se requieran y, finalmente, en materia de solución de controversias, es muy importante su participación debido a la tarea rectora que ejerce en la segunda de las tres etapas del procedimiento de solución de controversias; salvo disposición en contrario las decisiones se toman por consenso.

2. *El Secretariado*

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

Es importante destacar que tanto la Comisión como el Secretariado son organismos administrativos no supranacionales, contrariamente a lo que sucede en la Comunidad Europea, en la cual existen: *a)* El Consejo de Ministros; *b)* La Comisión; *c)* El Parlamento y *d)* La Corte de Justicia.

Estas cuatro instituciones son autoridades que emiten resoluciones que deben ser acatadas por los países miembros. En 1964 la Corte de Justicia de la Comunidad Europea estableció, mediante resolución judicial,⁸¹ la supremacía del derecho de la Comunidad Europea sobre el de los Estados miembros, situación que no tendrá cabida en una zona de libre comercio como la establecida bajo el TLC, y en la que cada país conserva plenamente su independencia en su política comercial frente a terceros países. Además de esto, el Tratado de Libre Comercio en su artículo 2021 establece que ningún Estado podrá otorgar el derecho de acción a sus nacionales para demandar al otro Estado en los tribunales del primero, por lo que no existe el principio de invocabilidad del Tratado por los particulares, como sucede en la Comunidad Europea.

81 Costa V., ENEL (1964) EUR. COMM. REP. 585.

V. SELECCIÓN DE FORO

Debido a que los tres países contratantes forman parte tanto del TLC como del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), el cual es un organismo multilateral al que se le han adherido la mayor parte de los países, y cuyo objetivo principal es eliminar las barreras arancelarias y no arancelarias que impiden el libre comercio en el mundo, y a que los Estados Unidos y Canadá tienen un Tratado de Libre Comercio firmado entre ellos y debido a que estos instrumentos cuentan con mecanismos de solución de controversias, antes de iniciar un procedimiento, las partes deben seleccionar el foro ante el cual someterán la misma.

1. *La regla general*

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

2. *Excepción a la regla*

La excepción a la regla general la encontramos en materia ambiental, cuando la parte demandada aduzca que el conflicto está relacionado con acuerdos en materia ambiental y de conservación, o de controversias que surjan sobre medidas sanitarias y fitosanitarias o medidas relativas a normalización y se dé lugar a cuestiones relacionadas con el medio ambiente, la salud, la seguridad o la conservación del medio ambiente, entonces el conflicto se debe ventilar en el foro del TLC. Cuando se negoció el TLC se planteó la posibilidad de utilizar el mecanismo de solución de controversias del GATT o de un mecanismo dentro del Tratado, finalmente se optó por crear un mecanismo especial de solución de controversias debido a que el existente en el GATT adolece de varios problemas, entre los que se encuentran:

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

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

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

VI. EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El mecanismo general de solución de controversias negociado en el TLC tuvo como modelo el mecanismo de solución de controversias establecido en el Acuerdo de Libre Comercio Estados Unidos-Canadá y el establecido en los artículos XXII y XXIII del GATT. Contrariamente a lo que varios autores afirman, podemos decir que el hecho de que Canadá, Estados Unidos y México cuenten con sistemas jurídicos diferentes no repercutirá negativamente en la operación del Tratado. Prueba de ello es la experiencia que se ha tenido en la Comunidad Europea, en la cual confluyen Estados cuyo sistema jurídico tiene su fundamento tanto en el sistema anglosajón como en el civilista o romanista, sin menoscabo en la operación y funcionamiento de la Comunidad Europea.

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

- a) La consulta entre gobiernos
- b) La intervención de la Comisión, y
- c) La formación de grupos de arbitraje.

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

1. *Consultas entre gobiernos*

Cuando las negociaciones se utilizan para prevenir el surgimiento de controversias, reciben el nombre de "consultas", y consisten en el intercambio de información y de opiniones sobre cualquier medida

adoptada o en proyecto de serlo, o en general, sobre cualquier asunto que pudiera afectar el funcionamiento del TLC.

Tratándose de controversias relacionadas con el capítulo de reglas de origen, normas o medidas sanitarias y fitosanitarias, se efectuarán consultas técnicas debido a lo complejo y especializado de los temas, en lugar de consultas directas. En todo caso, las partes deben respetar la confidencialidad de la información proporcionada y evitar cualquier resolución que pudiera afectar los derechos del tercer país. Cuando la tercera parte considere tener un interés sustancial en el caso, tendrá derecho a participar desde esta primera etapa del proceso a fin de evitar la ulterior tramitación de procedimientos paralelos.

2. Intervención de la Comisión

El TLC establece que si las consultas no resuelven el asunto en un plazo promedio de treinta días, cualquier país podrá convocar una reunión plenaria de la Comisión, la cual auxiliará a las partes a llegar a una solución satisfactoria, mediante el uso de buenos oficios, mediación, conciliación u otros medios alternativos. Asimismo, podrá convocar asesores técnicos, crear grupos de trabajo y al final formular recomendaciones a las partes para que se pongan de acuerdo sobre la forma de dar solución al conflicto. Esto es particularmente interesante, ya que el someter el asunto a la Comisión, aún se está en una etapa no contenciosa en la cual se trata de solucionar la controversia.

Dentro del TLC se consideró oportuno agrupar todos estos métodos en una sola etapa del procedimiento general y dejar a disposición de la Comisión la utilización del que considere más oportuno para resolver la controversia. La Comisión está facultada para examinar conjuntamente diversos procedimientos cuando así lo considere oportuno.

3. Procedimiento ante el panel arbitral

Si dentro de los treinta días posteriores a la intervención de la Comisión no hay una resolución, cualquier país podrá solicitar el establecimiento de un panel arbitral.

A. Integración del panel

Canadá, Estados Unidos y México acordarán por consenso una lista de hasta treinta personas de cualquier nacionalidad, incluso pueden ser de países no miembros del TLC. Deben ser expertos en derecho,

comercio internacional, solución de controversias u otras materias cubiertas por el TLC. Si una de las partes propone como árbitro a una persona que no forma parte de la lista, cualquier parte podrá ser renovada cada tres años; aunque sus integrantes se pueden reelegir.

Los miembros de la lista deben ser independientes de las partes; es decir, no pueden ser funcionarios de gobierno y deben cumplir con el código de conducta que la Comisión establecerá.

Los tribunales se integrarán por cinco miembros, elegidos de la lista mencionada a través del sistema de selección cruzada, sistema novedoso que funcionará de la siguiente manera:

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

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

Esto significa que en una controversia entre México contra Estados Unidos, México designará dos árbitros que no podrán ser mexicanos y Estados Unidos dos árbitros que no podrán ser norteamericanos; de ahí el nombre de selección cruzada.

Es necesario mencionar que aun y cuando la controversia sea trilateral, solamente son dos las partes en el conflicto (demandante y demandada) lo que aclara la utilización del método en el caso de una controversia trilateral. Por ejemplo, si México y Estados Unidos son los países demandantes y Canadá el país demandado, México y Estados Unidos seleccionarán un árbitro canadiense, respectivamente, y Canadá seleccionará un árbitro norteamericano y uno mexicano.

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

B. Reglas procesales

Las reglas procesales serán desarrolladas en detalles por la Comisión al entrar en vigor el Tratado y deberán establecer los requisitos para la presentación de alegatos y réplicas. Deberán, también, garantizar el derecho de audiencia, así como la confidencialidad de las audiencias, los informes preliminares, todos los documentos que se presenten, y en general las reglas básicas que garanticen un proceso justo e imparcial.

La Comisión fijará los montos de los honorarios y gastos que deberán cubrirse a los árbitros, por parte de los países contendientes.

C. Derechos del tercer país

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

D. Informes

La tarea del tribunal consiste en determinar la compatibilidad de la medida impugnada con las obligaciones del TLC, y en caso de no ser así emitir las recomendaciones pertinentes para la solución de la controversia. En términos generales, el procedimiento se llevará a cabo de la siguiente manera: primero los árbitros reciben una acta de misión mediante la cual se les dan a conocer los puntos a tratar; posteriormente el panel debe presentar un informe preliminar confidencial dentro de los noventa días siguientes a su formación sobre sus conclusiones, el cual contendrá:

- a) Las conclusiones de hecho, incluyendo cualquier resultado sobre el grado de los efectos comerciales adversos que haya generado la medida reclamada;
- b) La determinación sobre si la medida en cuestión es incompatible con las obligaciones del TLC o es causa de anulación o menoscabo, y
- c) Las recomendaciones para la solución de la controversia.

El informe será notificado a las partes para su comentario, hecho lo cual, el panel presentará un informe final, mismo que será turnado a la

Comisión para su publicación. El proceso en general durará siempre menos de un año.

VII. CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES

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

1. *Naturaleza de las resoluciones*

La resolución del panel arbitral recibe el nombre de "recomendación" debido a que no comparte la naturaleza de la decisión judicial o del laudo arbitral, sino que es una recomendación muy similar a un reporte del panel del GATT, debido a que las partes pueden optar por el cumplimiento o incumplimiento de la resolución. En caso de que nuestro país acepte cumplir con la recomendación, queda intacto el juicio de amparo como medio para impugnar el acto de ejecución celebrado por las autoridades administrativas con base en la resolución del panel arbitral, debido a que, de conformidad con el artículo 133 constitucional, los derechos consignados en los tratados internacionales no poseen la misma jerarquía que los establecidos de manera expresa por la Constitución federal, y en conexión sistemática con lo establecido en dicho precepto, el artículo 15 de la Constitución establece que "los derechos contenidos en los tratados internacionales incorporados a nuestro derecho interno, son complementarios a los de la Constitución y no pueden contradecir u oponerse a estos últimos", por lo que el control de la constitucionalidad sigue estando en el Poder Judicial de la Federación, de tal suerte que los particulares podrán acudir al juicio de amparo cuando consideren vulneradas sus garantías individuales con motivo de la aplicación del Tratado.

2. *Suspensión de beneficios*

Si el país que debe cumplir con la resolución del panel no lo hace, el Estado demandante podrá suspender la aplicación de beneficios equivalentes otorgados en el Tratado hasta que se resuelva el asunto, aunque el país demandante deberá suspender beneficios dentro del mismo sector o sectores que se vean afectados por la medida violatoria a menos de

que considere que esto no es factible o eficaz, caso en el cual podrá suspender en otros sectores. El país demandado tiene el derecho de someter el asunto a una instancia arbitral si considera excesiva la suspensión de beneficios.

Finalmente, el artículo 2020 del Tratado establece que en caso de ser necesario aclarar el sentido y alcance de algún precepto jurídico del Tratado, en algún precepto judicial o administrativo, las autoridades internas solicitarán la opinión de la Comisión de Libre Comercio, con el fin de evitar discrepancias, sin ser de ninguna manera obligatorio para las partes adoptar la opinión de la Comisión; asimismo, el capítulo XX del TLC establece un comité consultivo sobre controversias comerciales privadas, con objeto de fomentar entre los particulares de los tres países la práctica del arbitraje comercial como una alternativa para la solución de controversias internacionales superior a la que se puede obtener en los tribunales internos.

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

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

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho internacional privado*, 10a. ed., México, Porrúa, 1992.
- AKEHURST, Michael, *A modern introduction to international law*, 6a. ed., Gran Bretaña, Harper Collins Academic, 1991.

- BLACK, Henry C., *Black's Law Dictionary*, 5a. ed., West Publishing, 1979.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, UNAM, 1985.
- CHRISTENSON, Gordon A., "Constitutionality of binational panel review in Canada U.S. Free Trade Agreement", *International Lawyer*, vol. 23, No. 2, Summer 1989.
- DORANTES TAMAYO, Luis, *Elementos de teoría general del proceso*, 3a. ed., México, Porrúa, 1990.
- FITCH, Sharon D., "Dispute settlement under the North American Free Trade Agreement: will the political, cultural and legal differences between the United States and Mexico inhibit the establishment of fair dispute settlement procedures?", *California Western International Law Journal*, vol. 22, 1992.
- FOLSOM, Ralph H., *European Community Law*, West Publishing Company, 1992.
- FOLSOM, Ralph H., *International business transactions*, 3a. ed., West Publishing Company, 1988.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 43a. ed., México, Porrúa, 1992.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *Derecho internacional público*, 2a. ed., Montevideo, tomo IV, Fundación de Cultura Universitaria, 1991.
- KENNEDY, Kevin C., "Binational dispute settlement under the Canada-USA Free Trade Agreement", *Journal of International Law & Trade*, vol. 13, 1988.
- PETERSMANN, Ernest U. & Jaenicke, Gunther, *Adjudication of international trade dispute in international and national economic law*, Fribourg, University Press, *Pupils*, vol. 7, 1992.
- RISKIN, Leonard L. & Westbrook, James E., *Dispute resolution and lawyers*, West Publishing Company, 1987.
- SANDS, Philippe, "European Community environmental law: the evolution of a regional regime of international environmental protection", *The Yale Law Journal*, vol. 100, No. 8, June, 1991.
- SEPÚLVEDA, César, *Derecho internacional*, 16a. ed., México, Porrúa, 1991.
- SMITH, Hans, "Dispute resolution in Europe: a comparative context for the resolution of disputes between americans and canadians", *Canada-United States Law Journal*, vol. 17:281, 1991.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 26a. ed., México, Porrúa, 1992.

- THIEFFRY, Christine Lecuyer & Thieffry Patrick, "Negotiating settlement of disputes provisions in international business contracts: recent developments in arbitration and other processes", *The Business Lawyer*, vol. 45, No. 2, 1990.
- WALKER, George K., "Article" Trends in state legislation governing international arbitrations", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 17, 1992.
- WILBURN, Debra L., "The North American Free Trade Agreement: sending U.S. jobs south of the border", *N.C.J. Int'l L. & Com. Reg.*, vol. 17, 1992.