

El Capítulo 19 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte

Víctor Carlos García Moreno

Sumario: I. Introducción. / II. El problema: frenar la protección administrada. / III. El GATT y el Capítulo 19. / IV. Características del sistema. / V. Éxito y fracaso en el Capítulo 19. / VI. La entrada de México al Capítulo 19: el problema de interface. / VII. Conclusiones.

Introducción

Este ensayo presenta el análisis de un mecanismo para la resolución de disputas en materia de comercio internacional, que ha atraído gran atención a nivel internacional en los últimos años. Los denominados "paneles para la resolución de disputas en materia de cuotas antidumping y compensatorias" aparecieron inicialmente en el Capítulo 19 del Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos de 1987¹ (ALC). Recientemente, una versión modificada del mismo sistema fue incluida en el Capítulo 19² del Tratado de Libre Comercio de América del Norte³ (TLC). Este ensayo se centrará en la versión más reciente del sistema utilizada en el TLC, aunque se apoyará de manera substancial en la experiencia del ALC.

Existen buenas razones para justificar el interés de la gente en el sistema del Capítulo 19, ya que su existencia y operación ilumina algunos de los problemas más serios enfrentados por la resolución de disputas en tiempos modernos: ¿Cómo controlar las prácticas desleales del comercio internacional sin caer en el proteccionismo? ¿Son compatibles los mecanismos regionales de resolución de disputas con sus contrapartes multilaterales? ¿Cómo pueden resolverse los problemas generados por la interacción de diferentes tradiciones legales?

Este ensayo intenta dar respuesta a algunas de esas preguntas a través del análisis del Capítulo 19. Este análisis se lleva a cabo en las secciones II y subsecuentes. La sección II se aboca a explicar las razones que justifican la creación del Capítulo 19; la sección III se enfoca al análisis de las cuestiones que surgen de la relación entre el Capítulo 19 y la resolución de disputas en el GATT; la sección IV presenta una descripción paso por paso del sistema; la sección V evalúa las ventajas y desventajas observadas y esperadas del sistema del Capítulo 19; la sección VI analiza los problemas específicos involucrados en la incorporación de México al sistema y finalmente en la sección VII se presentan las conclusiones del ensayo.

II. El Problema: frenar la protección administrada

A. Los orígenes del Capítulo 19: Una solución a medias

La historia de las negociaciones entre Canadá y los Estados Unidos es muy útil para entender los objetivos que se buscó realizar a través de la creación del Capítulo 19. Desde el inicio de las negociaciones los canadienses habían manifestado su interés de que se les exceptuara de la aplicación de la legislación estadounidense de cuotas compensatorias y antidumping. La propuesta canadiense en las negociaciones fue substituir las leyes de cuotas compensatorias y antidumping con un sistema binacional de reglas comunes en materia de subsidios. Su esperanza era que al efectuar esta substitución

- 1 Canada-United States Free Trade Agreement, lo. de enero de 1988, *International Legal Materials*, volumen 27, pp. 281 y ss. (entró en vigor el lo. de enero de 1989) [en adelante ALC1].
- 2 De hecho al mantener el mecanismo de resolución de disputas en un capítulo con el mismo número, los negociadores reforzaron la idea de continuidad y similitud con el Capítulo 19 del ALC.
- 3 Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 7 de octubre de 1992, Canadá-México-United States [en adelante TLC].

La historia de las negociaciones entre Canadá y los Estados Unidos es muy útil para entender los objetivos que se buscó realizar a través de la creación del Capítulo 19.

se eliminarían algunas de las más importantes barreras no arancelarias que afectaban a sus bienes en los Estados Unidos. Los canadienses estaban preocupados por el crecimiento del proteccionismo en los Estados Unidos, razón por la cual veían como crucial su objetivo de asegurar la seguridad de su acceso comercial a su mercado extranjero más importante.⁴

La posición de los negociadores estadounidenses era muy difícil. Ellos pensaban que difícilmente podían aceptar la petición de los canadienses. En su opinión sería extremadamente difícil obtener la aprobación del congreso estadounidense a una reforma que implicara exceptuar a Canadá de la aplicación de las leyes estadounidenses de cuotas compensatorias y antidumping. En general la percepción de esas leyes al interior de los Estados Unidos era favorable. Se les veía como un instrumento legítimo, compatible con el GATT, para enfrentar la competencia desleal. Más aún, esas leyes eran "vistas por muchos miembros del congreso estadounidense como un derecho adquirido de la industria de Estados Unidos para protegerse de importaciones realizadas en condiciones de competencia desleal."⁵

Así pues, las posiciones de negociación de las dos partes en uno de los temas más importantes del comercio bilateral eran totalmente opuestas.

Sin embargo, a pesar de que los negociadores de Estados Unidos sabían que al final no iban a poder aceptar la petición canadiense, optaron por no rechazarla ni sacarla de la agenda de negociaciones en el inicio. Su percepción era que si rechazaban ese tema de la agenda, los canadienses no continuarían la negociación del acuerdo de libre comercio.⁶ Esa percepción resultaría ser correcta puesto que

dos años después de iniciadas las negociaciones, al rechazar los estadounidenses dicha petición canadiense esto causó la ruptura de negociaciones. Sin embargo, se reanudaron las negociaciones y en dos semanas de intensa presión política se diseñó una alternativa de solución aceptable para las partes: se trataba del Capítulo 19 del ALC.⁷

El Capítulo 19 del ALC fue, entonces, una solución a medias, resultado de una negociación muy difícil en que ambas partes tuvieron que ceder respecto a sus objetivos iniciales. El resultado incorporaba las esperanzas canadienses de limitar el proteccionismo estadounidense que afectaba a las exportaciones de Canadá. Se diseñó un sistema que podía servir como una alternativa temporal para frenar dicho proteccionismo. También incorporó la propuesta inicial de los canadienses al crear un grupo de trabajo especial que buscaría llegar a un acuerdo sobre el establecimiento de normas comunes en materia de subsidios, que eventualmente eximiría a las partes de la aplicación de las leyes nacionales de cuotas compensatorias y antidumping.

En las negociaciones del TLC, el Capítulo 19 del ALC sirvió como modelo. En una situación similar a la de las compañías canadienses, varias empresas mexicanas habían enfrentado problemas para exportar al mercado norteamericano. Entre 1980 y 1986 México fue el país contra el cual los Estados Unidos realizaron el más amplio número de investigaciones con el objeto de imponerle cuotas compensatorias a sus exportaciones. En ese mismo periodo, entre el 12.2 y el 21 por ciento de las exportaciones mexicanas a los Estados Unidos fueron afectadas por algún tipo de barreras no arancelarias.⁸ Por eso mismo no es sorprendente que el gobierno mexicano haya incluido como uno de sus objetivos principales en las negociaciones⁹ la obtención de un mecanismo de resolución de disputas

4. Una buena explicación de los objetivos canadienses en la negociación del ALC véase FRIED, "The Challenge of the FTA-Chapter 19", *Canada-United States Law Journal*, vol. 17, 1991, pp. 1-18.
5. MERKIN, "The Challenge of the FTA-Chapter 19", *Canada-United States Law Journal*, vol. 17, 1991, p. 19.
6. Véase p. 20.

7. La noción básica del mecanismo incorporado en el Capítulo 19 del ALC resultó de una idea del diputado (*Representative*) Sam GIBBONS (Demócrata de Florida). Una excelente descripción de las últimas semanas de negociaciones se encuentra en J. BELLO y A. F. HOLMER, *Guide to the U.S.-Canada Free Trade Agreement: Text. Commentay. Source Materials*, 1992, p. 817-819.
8. Véase C. SALES, *Proteccionismo comercial de los Estados Unidos hacia México. 1980-1986*, 1988, p. 8 y pp. 58-56 (Tesis de licenciatura en economía, Instituto Tecnológico Autónomo de México).
9. Una descripción de las negociaciones del TLC desde la perspectiva de los negociadores mexicanos se encuentra en Luis RUBIO y Alan DE REMES, *¿Cómo va a afectar a México el Tratado de Libre Comercio?*. Fondo de Cultura Económica. 1992.

similar, y de preferencia idéntico, al incluido en el Capítulo 19 del ALC.¹⁰ Sin embargo, las limitaciones políticas enfrentadas por los Estados Unidos durante las negociaciones del ALC no habían cambiado. "De hecho estas limitaciones pueden haberse vuelto más fuertes."¹¹ Más aún la incorporación de México en el sistema del Capítulo 19 daba pie al surgimiento de nuevos miedos, dado el hecho de que este país tenía un lenguaje y una tradición legal diferentes. Asimismo los estadounidenses se preocupaban por su percepción del autoritarismo político mexicano.¹²

El Capítulo 19 del TLC era, por lo anterior, producto de la misma motivación básica que perseguía detener medidas proteccionistas en contra de exportaciones mexicanas y canadienses en el mercado estadounidense, al tiempo que se mantenía la operación de las leyes nacionales de cuotas compensatorias y antidumping.

B. Neoproteccionismo y protección administrada

La definición de un problema es el punto de partida para la formulación de una solución. Más aún, si el mismo problema fuera definido de maneras diferentes, arribaríamos a soluciones diferentes. Dos conceptos son clave para entender el conjunto de problemas atendidos por el Capítulo 19. Esos problemas son neoproteccionismo y protección administrada. Ambos conceptos representan maneras diferentes de abordar fenómenos similares.

El concepto de neoproteccionismo¹³ se refiere al crecimiento de barreras comerciales que ha tenido lugar en las dos últimas décadas.¹⁴ Ese fenómeno ha sido singular debido a que el crecimiento de algunas barreras tiene lugar de manera simultánea a

la reducción de otras. Las barreras comerciales que crecen han sido generalmente barreras no arancelarias, mientras que las barreras que disminuyen han sido los aranceles.¹⁵ Las barreras no arancelarias conforman un conjunto variado que incluye acuerdos voluntarios de restricción de exportaciones (AVRs), acuerdos ordenados de comercialización (AOCs), cuotas compensatorias y antidumping, restricciones comerciales basadas en la aplicación de normas ecológicas o técnicas.¹⁶ El crecimiento de las barreras no arancelarias ha sido constante en las últimas décadas. Este fenómeno ha sido visto por muchos economistas como el problema más destacado del sistema de comercio internacional.¹⁷

Sin embargo, desde un punto de vista legal es difícil criticar el crecimiento del neoproteccionismo sin introducir algunas reservas. El problema es que muchas de las nuevas barreras son consideradas como legales por el derecho comercial internacional, a pesar del hecho de que son lamentables desde un punto de vista económico.¹⁸ En algunos casos, como el de los ARVS, la barrera comercial ha sido creada de manera tal que se evita la violación formal de las normas de comercio internacional.¹⁹ En otros casos, la barrera comercial no solamente no contradice las normas internacionales, sino que incluso se apoya en bases legales que tutelan objetivos internacionales valiosos, e.g., la protección del medio ambiente o la eliminación de prácticas comerciales desleales.

Debido a esos problemas ha sido difícil enfrentar las barreras no arancelarias, ya sea atacando su ilegalidad o reformando las normas en las que están basadas. Por ello, si bien muchos están convencidos de que las leyes de cuotas compensatorias o antidumping deberían ser eliminadas debido a que son intrínsecamente proteccionistas²⁰ o son inde-

10. Con excepción de tres cambios sustantivos el Capítulo 19 del TLC es casi idéntico a su contraparte del ALC. La mayor parte de los cambios son menores y casi siempre en la organización del texto. Dichos cambios parecen tener por objeto el mejorar la claridad de las normas. Analizaré las similitudes y diferencias más importantes en la sección IV de este ensayo.
11. MERKIN, *supra* nota 5, p. 21.
12. Examinaré esos problemas en la sección VI de este ensayo.
13. Para un buen análisis global del problema del neoproteccionismo véase el capítulo 8 del libro del International Bank for Reconstruction & Development, *World Development Report 1987*, 1987. [en adelante IBRD].
14. Las razones para el aumento del proteccionismo en años recientes son, entre otras, las siguientes: la mayor competencia que resulta de mercados internacionales más abiertos, la acción de grupos de interés que presiona a los gobiernos para que los defiendan de la competencia extranjera, la incapacidad de grupos de consumidores para organizarse con el objetivo de contrarrestar las presiones proteccionistas, la vaguedad de algunos estándares internacionales comerciales y la complejidad de los procedimientos, etc. Véase *id.*, pp. 140-146.

15. Esto ha llevado a algunos a proponer una re-arancelización de las barreras comerciales. Sin embargo, esta solución no pareciera ser muy clara o fácil de implementar. Véase JONES, "Voluntary Export Restraint: Political Economy, History and the Role of the GATT", *Journal of World Trade*, vol. 23, 1990, pp. 139-140.
16. Analizar cada una de estas barreras en particular excede con mucho los objetivos de este escrito. Una buena fuente de información en esta materia se encuentra en los capítulos 8 y 9 del libro IBRD, *supra* nota 13.
17. Véase "Survey of World Trade. Nothing to Lose But its Chains", *The Economist*, 22 de septiembre de 1990, pp. 8-12.
18. Las barreras no arancelarias son consideradas como "medidas frontizas" (grey area measures) cuya legalidad es difícil de determinar. La principal excepción a lo anterior la constituyen los acuerdos de mercado ordenado (AMOs), a los cuales generalmente se les considera generalmente ilegales. Véase IBRD, *supra* nota 13, p. 157.
19. Los problemas que presentan los VERs se estudian de manera específica en JONES, *supra* nota 15, pp. 125-140.
20. Véase "Repeal the Protectionist's Charter", *The Economist*, 15 de junio de 1991, p. 20.

seables por otras razones,²¹ no existe consenso en esta materia. Algunos estudiosos cuestionan a quienes proponen la eliminación de estas leyes argumentando que introducen una cierta disciplina en los mercados y que la situación sería peor sin su existencia.²² Por otra parte, la posibilidad de substituir las leyes de cuotas compensatorias y antidumping por un cuerpo de normas antimonopolios parecería más razonable. Sin embargo, se presenta el problema de que los países se pongan de acuerdo sobre estas nuevas normas. Si bien algunos países han logrado eliminar las leyes de cuotas compensatorias y antidumping y sustituirlas por normas comunes antimonopolios,²³ otros países han fracasado,²⁴ y las perspectivas de alcanzar un acuerdo internacional en esta materia son, cuando menos, remotas. Ya que Canadá, México y los Estados Unidos no han sido capaces de llegar a un acuerdo sobre un sistema antimonopolios alternativo y común, este camino legal para enfrentar al proteccionismo no se ha materializado en la práctica.

El concepto de protección administrada o protección contingente aborda el problema del proteccionismo desde una perspectiva diferente. Este concepto se refiere a las barreras comerciales que resultan de la aplicación por las autoridades administrativas nacionales de normas de comercio internacional. En esta concepción no se cuestiona la legitimidad de las normas de comercio internacional. El concepto de protección administrada se refiere, en particular, a las barreras no arancelarias creadas por los órganos administrativos nacionales y que son las que resultan de la aplicación de leyes de cuotas compensatorias y antidumping, normas ecológicas o técnicas, etc. Formulada de esta manera el con-

cepto tiene una connotación negativa.²⁵ En su formulación se implica que las barreras creadas no estaban fundadas correctamente en derecho sino que fueron el resultado de la operación sesgada o parcial de la ley por los organismos administrativos nacionales. En ese sentido el problema no se refiere al proteccionismo intrínseco de las leyes de cuotas compensatorias y antidumping sino más bien a su aplicación incorrecta. Esta situación es, en opinión de muchos autores, lo que puede haber causado el crecimiento de algunas de las más importantes barreras no arancelarias que aplican por las autoridades administrativas nacionales.

Si bien el concepto de protección administrada está ligado al de neoproteccionismo, nos permite enfrentar el problema desde una perspectiva diferente. Eliminar el crecimiento de las barreras no arancelarias resultaría no de la completa eliminación de leyes proteccionistas sino de lograr que las leyes existentes se apliquen de una manera objetiva e imparcial. Ese fue, precisamente, el objetivo del Capítulo 19 del TLC.

C. Los mecanismos de cuotas antidumping y compensatorias como formas de protección administrada

Una de las áreas del derecho del comercio internacional que ha recibido mayores críticas en el sentido de ser una fuente de neoproteccionismo a través de la protección administrada es la de las leyes de cuotas compensatorias y antidumping.²⁶ Dos factores han contribuido a la proliferación de este tipo de barreras: la vaguedad de las normas internacionales en la materia y la discrecionalidad de que gozan las autoridades en los procedimientos para la imposición de cuotas antidumping o compensatorias. Es una opinión ampliamente compartida la que señala que las definiciones de dumping y subsidio incluidas en los códigos del GATT e incorporadas en las legislaciones nacionales son muy vagas

21. Para Robert D. REICH y Daniel TARULLO el principal problema que presentan las leyes nacionales contra prácticas comerciales desleales en materia de dumping y subsidios no es su proteccionismo intrínseco sino el hecho de que su existencia misma impide a las naciones el impulsar de manera explícita políticas industriales. Véase REICH, "Beyond Free Trade", *Foreign Affairs*, 1983; y TARULLO, "Beyond Normalcy in the Regulation of International Trade", *Harvard Law Review*, vol. 100, (1987), pp. 547-628. Véase también TARULLO, "Indeterminacy and Legitimation Problems in the Regulation of International Trade", *Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 77, 1983, pp. 140-146.
22. Véase DENTÓN, "(Why) Should Nations Utilize Antidumping Measures?", *Michigan Journal International Law*, vol. 11, 1989, pp. 224-272.
23. Casos notables son los de la Comunidad Europea, Australia y Nueva Zelanda. Véase FRIED, *supra* nota 4, p. 15 n 18.
24. El Área Europea de Libre Comercio y la Comunidad Europea siguen discutiendo la eliminación de cuotas *antidumping* entre sus partes. Véase *id.*

25. Una exposición más detallada de la protección administrada en Estados Unidos y sus efectos sobre el comercio canadiense se encuentra en Alan RUGMAN, "A Canadian Perspective on U.S. Administered Protection and the Free Trade Agreement", *Maine Law Review*, vol. 40, 1988, pp. 305-324.
26. La aplicación de cuotas compensatorias en Estados Unidos refleja esa tendencia. De 1970 a 1974 sólo inicio 11 investigaciones de prácticas desleales en materia de subsidios, mientras que de 1975 a 1979 inicio 104, y de 1980 a 1985, 171. BUTTON, "The United States-Canada Free Trade Agreement. An Overview and Assessment for the U. S. Non-Ferrous Metals and Forest Products Industries", 20 *Law and Policy in International Business*, vol. 20, 1990, p. 770 21. México, a pesar de su tardío inicio también es parte de esta tendencia, para junio de 1988 ya había iniciado 25 investigaciones *antidumping*. Jorge WITKER, *Curso de Derecho Económico*, 1989, p. 300.

Dos conceptos son clave para entender el conjunto de problemas atendidos por el Capítulo 19. Esos problemas son neoproteccionismo y protección administrada. Ambos conceptos representan maneras diferentes de abordar fenómenos similares.

y se prestan a interpretaciones muy amplias. Esta situación deja a las autoridades administrativas a cargo de la aplicación de dichas normas un alto grado de discrecionalidad en la determinación de las prácticas desleales de exportadores extranjeros y en el inicio de procedimientos para la imposición de cuotas antidumping o compensatorias. En estudios sobre la operación de esas leyes en los Estados Unidos se ha encontrado que en los casos en la autoridad administrativa ha determinado la existencia de daño a la industria local, la prueba del dumping o del subsidio ha salido siempre positiva y, como resultado de ésta, se imponen generalmente cuotas antidumping o compensatorias. Por el contrario, cuando no se ha encontrado evidencia de daño a la industria local, las pruebas subsecuentes generalmente resultan negativas.²⁷ Por ello, en la práctica, las leyes de cuotas compensatorias o antidumping funcionan como las salvaguardas del GATT.²⁸ Adicionalmente se ha reportado la existencia de casos en que las autoridades administrativas de Estados Unidos han aplicado dichas leyes respondiendo a presiones políticas indebidas.²⁹ En México se ha señalado el uso de procedimientos administrativos en materia antidumping y de cuotas compensatorias

como instrumentos de protección contingente especialmente en los primeros años en que se aplicaron estas leyes.³⁰

D. Importancia estratégica de las cuotas compensatorias y antidumping

Las cuotas compensatorias y antidumping no sólo son unas de las más importantes barreras no arancelarias, también son las que tienen una importancia estratégica; entre las barreras no arancelarias sólo se compara con la de los AVR, ³¹ sin embargo, las cuotas juegan un papel destacado en la creación de los AVR. En Estados Unidos la industria utiliza los procedimientos en materia de cuotas compensatorias y antidumping, como una forma de llevar al exportador extranjero a la mesa de negociaciones. Algunos autores han mostrado que, al menos en lo concerniente a Estados Unidos, la mayor parte de los AVR se negocian bajo la amenaza de una investigación para imponer cuotas antidumping o compensatorias.³²

Por lo anterior, la introducción de limitaciones y disciplinas en los procedimientos administrativos de cuotas compensatorias o antidumping es también la

27. El estándar de daño, en mayor medida que la determinación de existencia de *dumping* o subsidio compensable es la que realmente cuenta en los casos de competencia desleal.

28. Se ha argumentado que la principal diferencia entre los casos de competencia desleal en materia de subsidios o *dumping* y las salvaguardas no es económica. En la práctica ambas medidas se utilizan para atacar aumentos repentinos de importaciones. Las primeras son utilizadas más frecuentemente que las últimas debido a la ausencia de medidas que disciplinen su uso, Véase FINGER y MURRAY, "Policing Unfair Imports: The United States Example", *Journal of World Trade*, vol. 24, 1990, p. 49.

29. Debra STEGER señala que esto ocurrió en la resolución preliminar en el caso "Softwood Lumber from Canadá" y la resolución negativa definitiva en el caso "Certain Softwood Products from Canadá". STEGER también señala las propuestas de reforma legal llevadas al Congreso de Estados Unidos con el objeto de hacer que la definición de subsidio compensable incluyera expresamente a ciertas prácticas canadienses en materia de precios de recursos naturales. Véase Debra STEGER, "The Dispute Settlement Mechanism of the United States-Canada Free Trade Agreement: Comparison with the Existing System" en D. MCROE y D. STEGER, *Understanding the Free Trade Agreement*, 1988, pp. 56-57.

30. Véase ORTEGA GÓMEZ, "El sistema *antidumping* mexicano factor crítico de la apertura", *Comercio Exterior*, vol. 39, 1989, pp. 213-214.

31. El resto de las barreras no arancelarias han sido menos importantes.

Por ejemplo, el uso de salvaguardias es muy limitado. En el periodo 1980-1988 Estados Unidos impuso un promedio de 4 salvaguardias por año. Una comparación cuantitativa de barreras no arancelarias se encuentra en IBSD, *supra* nota 13, p. 157. Los estándares técnicos que pudieran muy bien ser una fuente importante de protección son menos transparentes lo que dificulta el análisis de su operación. Adicionalmente se les considera a pesar del código de estándares del GATT como asuntos que pertenecen a la jurisdicción doméstica de los estados por lo que la introducción de límites y disciplinas internacionales resultaría más difícil. Un análisis de los problemas generales que involucra el control de los estándares técnicos se presenta en el artículo de PATTERSON, "International Efforts to Minimize the Adverse Trade Effects of National Sanitary and Fitosanitary Regulations", *Journal of World Trade*, vol. 24, 1990.

32. Casi la mitad (348 de 774) de los casos de competencia desleal en materia de *dumping* y subsidios en Estados Unidos en el periodo de 1980 a 1988 fueron suspendidos debido a que se llegó a un acuerdo para establecer un VER. Véase FINGER y MURRAY, *supra*, p. 27.

mejor forma de prevenir los AVR. Es particularmente importante notar esto para entender que no fue una obsesión canadiense con las cuotas compensatorias o antidumping, sino la verdadera importancia del área de las cuotas compensatorias y antidumping la que dio nacimiento al Capítulo 19.

E. La protección administrada y el mundo en desarrollo

1. El sesgo desfavorable de la protección administrada

El proteccionismo es un problema particularmente difícil para los países en desarrollo debido a las siguientes razones:

- Los países en desarrollo -los que adoptan un modelo económico dirigido a las exportaciones- son los más dañados cuando sus productos no pueden ser exportados. Eso sucede debido a que las exportaciones representan una parte más amplia de su ingreso y debido a que su mercado interno no es suficientemente grande para absorber los grandes volúmenes de producción para la exportación.³³
- Las presiones proteccionistas en países desarrollados surgen de las partes menos modernas de esas economías, que son precisamente las que compiten con las exportaciones de los países en vías de desarrollo.
- En disputas comerciales internacionales las soluciones negociadas generalmente benefician a los países poderosos. A los países en vías de desarrollo se les relega generalmente a resolver sus problemas a través de los procedimientos administrativos locales, es decir, ni siquiera se negocia una solución con ellos. Por lo anterior, la protección que afecta a sus productos será generalmente protección administrada³⁴.
- La protección administrada da lugar a la creación de barreras comerciales "porosas". Son "porosas" en tanto sólo pueden ser superadas a través de litigios costosos, una alternativa abierta exclusivamente para las compañías de mayor tamaño. Dado que los países en vías de desarrollo tienen una menor cantidad de empresas de mayor tamaño que los países desarrollados esta clase de barreras afectan de manera mayor a los primeros.³⁵

2. Adopción recíproca de protección administrada

Otro hecho importante relativo a la relación entre las leyes de cuotas compensatorias y antidumping, y el mundo en desarrollo es su popularidad creciente. Cada día un número mayor de países en desarrollo se convierte en signatario de los códigos del GATT en materia de subsidios y antidumping

33. Véase IBRD, *supra* nota 13, p. 163

34. Véase FINGER y MURRAY, *supra* nota 28, p. 49.

35. Véase IBRD, *supra* nota 13, p. 163.

Cada día es mayor el número de países en desarrollo que imponen cuotas compensatorias y antidumping a las exportaciones de sus socios comerciales. Debido al hecho de que esas leyes pueden ser usadas con propósitos proteccionistas, su popularización puede ser considerada como un factor negativo para el comercio internacional, uno que podría muy bien incrementar el ya observado crecimiento del proteccionismo.³⁶

F. El Propósito del Capítulo 19

Los problemas que dieron nacimiento al Capítulo 19 son el proteccionismo y la protección administrada. La protección administrada es muy probablemente el resultado de la operación de los mecanismos administrativos nacionales que imponen cuotas compensatorias o antidumping. Ambos problemas fueron percibidos por Canadá y México como muy importantes en sus relaciones comerciales con Estados Unidos. El Capítulo 19 surgió como un mecanismo alternativo para poner límites al uso proteccionista de las leyes de cuotas compensatorias y antidumping y para mantener en la agenda la discusión relativa a la eliminación eventual de la aplicación de esas leyes en la relación entre las partes. La importancia de introducir estas limitaciones no puede ser sobrestimada. Las cuotas antidumping y compensatorias constituyen una parte importante de las barreras que afectan actualmente al comercio internacional y juegan un papel destacado en la creación de las otras barreras. Desde la perspectiva de los canadienses, los mexicanos y desde la de algunos estadounidenses,³⁷ esos beneficios indirectos constituyen gran parte de los beneficios del Capítulo 19.

III. El GATT y el Capítulo 19

Una de las primeras cuestiones que vienen a la mente cuando se habla del Capítulo 19 es la relativa a ¿por qué habría de crearse un mecanismo bilateral para la resolución de disputas comerciales cuando ya existe un mecanismo internacional con ese mismo objetivo? Esta pregunta da pie también

36. Una discusión más extendida de esta tendencia se encuentra en el artículo de Malcolm ROWAT, "Protectionist Tilts in Antidumping Legislation. Developed Countries and LDC Response: Is Race to the Bottom Inevitable?", *Journal of World Trade*, vol. 24, 1990.

37. Algunos sectores del gobierno estadounidense se encuentran más a favor del libre comercio que otros. Por eso, dichos sectores tenderían a apoyar con mayor entusiasmo al Capítulo 19. Sin este apoyo (no siempre público) el Capítulo 19 nunca habría nacido.

a otras: Incluso si la necesidad de un mecanismo adicional se encuentra justificada, podría ser que surgieran problemas del traslape de jurisdicciones. Pareciera bastante difícil distinguir la medida en que existen un traslape entre esos mecanismos paralelos y precisar las relaciones que se dan entre éstos.

Esta sección explicará la justificación para la creación de un mecanismo paralelo de resolución de disputas y describirá las relaciones entre estos mecanismos.

A. ¿Por qué un mecanismo regional?

En la segunda sección se justificó la necesidad de crear un mecanismo que corrigiera los excesos de los procedimientos administrativos y judiciales nacionales para aplicar cuotas antidumping y compensatorias. La expulsión fue que era necesario establecer limitaciones a esos mecanismos para que no funcionaran como mecanismos proteccionistas. Que el mecanismo que introdujera las limitaciones fuera internacional y no nacional no es una conclusión que se siga necesariamente de lo anterior. Sin embargo, los argumentos que surgieron en conexión con el ALC justificaron la preferencia por un mecanismo internacional o regional en la consideración de que el congreso de Estados Unidos no querría introducir limitaciones a sus leyes de cuotas compensatorias y antidumping que beneficiaran a todos los países, sin obtener a cambio un tratamiento recíproco. De esta manera, la justificación de un mecanismo internacional se da debido al hecho de que éste puede introducir limitaciones mayores en los mecanismos nacionales que aplican las leyes de cuotas compensatorias y antidumping, sin caer en una situación de dar ventajas a países que no asuman compromisos similares.

A primera vista, el área de cuotas compensatorias y antidumping parecería estar dotada de mecanismos para la resolución de disputas internacionales. No sólo existen procedimientos administrativos y judiciales nacionales sino que también existen cuatro mecanismos internacionales diferentes: el mecanismo general de resolución de disputas del GATT y el mecanismo del Capítulo 19 del ALC, que se refieren ambos a casos de cuotas antidumping o compensatorias; y los mecanismos de resolución de disputas del código antidumping y el código de subsidios del GATT, que atienden cada cual su materia por separado.

La cuestión de la duplicidad del Capítulo 19 del TLC se presenta principalmente con respeto a los mecanismos de resolución de disputas del GATT y

de sus Códigos.³⁸ ¿Por qué habría de crearse un mecanismo internacional adicional cuando ya existen varios? La respuesta a esta pregunta es que la creación de un mecanismo adicional sólo puede justificarse si los mecanismos existentes no están funcionando correctamente y si los intentos para reformar los existentes no son exitosos.

El Profesor Jackson hace suyo este argumento cuando afirma que debido a las dificultades de avanzar en el GATT, "una aproximación 'minilateral' puede ser útil, permitiéndole a un pequeño grupo de países desarrollar procedimientos mejorados para resolver las disputas entre sí, y manteniendo abiertas las puertas para que otros países puedan incorporarse a estos procedimientos con el paso del tiempo".³⁹ Como ejemplo de esta aproximación Jackson menciona al ALC.⁴⁰

Una justificación adicional para la aproximación "minilateral" reside en los incentivos que establece. La creación de un mecanismo regional puede impulsar avances en la reforma del mecanismo multilateral. Gary Horlick ha afirmado que en la medida en que mayor progreso se logra en acuerdos regionales también se logran mayores avances en el mecanismo multilateral. "Tenemos uno de los raros casos en el derecho comercial internacional de una competencia hacia la cumbre, en lugar de una competencia hacia abajo donde nuestros mecanismos, tratando de superarse, están siendo dejados atrás por otros mecanismos."⁴¹

Existe alguna evidencia de que el Capítulo 19 ha servido como modelo para otros tratados comerciales internacionales. Horlick explica que fue usado como modelo en la redacción de los doce acuerdos de consenso en materia de acero entre Estados Unidos y la Comunidad Económica Europea así como en las últimas reformas sugeridas al mecanismo de resolución de disputas del GATT.⁴²

38. Dicho conflicto no surge en relación al Capítulo 19 del ALC ya que cuando el TLC entró en vigor el ALC fue suspendido.

39. John JACKSON, *Restructuring the GATT System*, 1990, p. 76.

40. En todo caso el TLC es más cercano a la perspectiva 'mini-lateral' mencionada por el autor debido al hecho de que, a diferencia del ALC, tiene una cláusula de adhesión abierta.

41. Gary HORLICK, "The U.S. -Canada FTA and GATT Disputes Settlement Procedures. The Litigant's View", *Journal of World Trade*, vol. 26, 1992, p. 5.

42. *Forum*, "Binational Dispute Resolution Procedures under the Canada-United States Free Trade Agreement-Experiences to Date and Portents for the Future", *New York University Journal of International Law and Policy*, vol. 24, 1991, p. 403. Una opinión similar se encuentra en el artículo de MURPHY, "Canada-U.S. Free Trade Resolution Mechanism Panel Procedures. Will They Hold?", *The Transnational Lawyer*, vol. 4, 1991, p. 621.

A pesar de esas dos ventajas, las alternativas regionales tienen también desventajas. La primera es que resulta ineficiente tener dos mecanismos cuando con uno bastaría. La segunda, mencionada por el Profesor Jackson, es que las alternativas "minila-terales" pudieran contribuir al debilitamiento del mecanismo multilateral.

Justificar el Capítulo 19 bajo el argumento de que el mecanismo de resolución de disputas del GATT no está funcionando no es tan claro como lo fue cuando se firmó el ALC. En esos tiempos las resoluciones de disputas en el GATT eran vistas como en proceso de deterioro y no se esperaba una recuperación en el futuro.⁴³ Ese pesimismo ha sido substituido por un creciente optimismo que ha resultado de la evolución de la resolución de disputas en el GATT en los últimos años. Para determinar si el nuevo optimismo se justifica debemos revisar el estado de la resolución de disputas en el GATT

B. La alternativa: La situación de la resolución de disputas en el GATT

El procedimiento de resolución de disputas en el GATT es el mecanismo de resolución de disputas más frecuentemente utilizado a nivel internacional, más aún que la Corte Internacional de Justicia. Las disputas internacionales en materia de antidumping y de subsidios son traídas con mayor frecuencia a este foro para su resolución.⁴⁴ La base de eso se encuentra en los Artículos XII y XXIII del GATT. De esos artículos han sido constantemente interpretados y desarrollados por la costumbre y, de manera especial, por el entendimiento relativo a la notificación, consultas, resolución de disputas y vigilancia de 1979.⁴⁵ En los últimos años el procedimiento ha experimentado dos importantes transformaciones como resultado de la ronda de negociaciones de Uruguay. La primera transformación fue resultado de la revisión intermedia (mid-term review) de la

43. "Cuando se negociaba el ALC, los dos gobiernos tenían un sistema defectuoso de resolución de disputas en el área comercial" FRIED, "The Canada-U.S. Free Trade Agreement in Operation", *Canadá United States Law Journal*, vol. 17, 1991, p. 400.

44. J. PATTISON, *Antidumping and Countervailing Duty Laws*, 1992 (Relase #6), p. 19A-9.

45. Una explicación más detallada de los procedimientos de resolución de disputas en el GATT se encuentra más allá de los objetivos de este escrito. Para ver dichos análisis se recomiendan los siguientes libros y artículos: John JACKSON, *supra*. También CANAL-FORGES y OSTRIHANSKY, "New Developments in GATT Dispute Settlement Procedures" *Journal of World Trade*, vol. 24, 1990, pp. 67-90; CAS-TEL, "The Uruguay Round and the Improvements to the GATT Dispute Settlement Rules and Procedures", *International Comparative Law Quarterly*, vol. 38, 1989, pp. 834-849, y E. EICHMANN, *Procedural Aspects of GATT Dispute Settlement Moving Towards Legalism*, Stanford Center on Conflict and Negotiation Working Paper núm. 14, 1990.

Ronda de Uruguay en 1988. El 12 de abril de 1989 las partes contratantes acordaron aplicar de manera provisional un acuerdo de mejoras a los procedimientos de resolución de disputas del GATT (en adelante las reglas mejoradas).⁴⁶ Las reglas mejoradas entraron en vigor a partir del 10 de mayo de 1989 y permanecen vigentes hasta que los últimos cambios introducidos en la resolución de disputas del GATT por las negociaciones de la Ronda de Uruguay sean implementados. El segundo cambio se presentó en la versión casi final del texto de la Ronda de Uruguay, denominada Borrador Dunkel, en la parte de este documento que se refiere a resolución de disputas (en adelante entendimiento).⁴⁷ Si bien este documento no es la versión final de los acuerdos de la Ronda de Uruguay se espera que ésta no presente mayores cambios en la materia de resolución de disputas.⁴⁸

Es importante tener en mente esas diferentes etapas de la resolución de disputas del GATT cuando realicemos nuestro argumento en relación al Capítulo 19. El mecanismo del Capítulo 19 nació antes de que cualquiera de las reformas que se presentaron en la Ronda Uruguay tuviera lugar. Por ello, si bien el Capítulo 19 pudo haber sido una excelente alternativa respecto al GATT de 1988, deben hacerse dos comparaciones más para determinar su conveniencia hoy día. Una primera comparación sería con el mecanismo de resolución de disputas de las reglas mejoradas y una segunda comparación necesita hacerse con el mecanismo vigente del Borrador Dunkel.

1. Hacia la legalización

El desarrollo general de la resolución de disputas en el GATT -y especialmente las reformas recientes- puede caracterizarse como un proceso de legalización creciente. En general, ese proceso refleja un conflicto siempre presente entre dos concepciones diferentes de la naturaleza y objetivos de la resolución de disputas. Desde un inicio hubo quienes pensaban que la resolución de disputas en el GATT debía estar "orientada hacia el poder" y otros que consideraban que debía estar "orientada hacia las

46. GATT, *Basic Instruments and Selected Documents (BISD)*, 36 Supp., 1989, pp. 61-67 (en adelante Reglas Mejoradas).

47. *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes under Articles XXII and XXIII of the General Agreement on Tariffs and Trade*, sección S unida al documento del GATT: GATT MTN.TNC/W/FA (20 de diciembre de 1991) (en adelante Entendimiento).

48. Cfr. BELLO y HOLMER, "GATT Dispute Settlement Agreement: Internationalization or Elimination of Section 301", *The International Lawyer*, vol. 26, 1992, p. 795.

reglas". La influencia de quienes defienden la "orientación hacia el poder" es patente en la regla del consenso. Esta regla señala que el consejo del GATT debe tomar decisiones pro consenso, i. e., con el acuerdo de todos sus miembros. Esta regla implica que muchos pasos en el procedimiento de resolución de disputas requieren el acuerdo de las partes interesadas para poder proceder. Por ello, las partes en una disputa deben negociar y llegar a un acuerdo para poder resolver cada disputa. El poder de las partes o sus habilidades diplomáticas son clave en la resolución de disputas. Para quienes defienden esta postura la "orientación hacia el poder" es "realista" en el reconocer la naturaleza soberana de las partes contratantes, el altamente político y explosivo carácter de las disputas comerciales y la negociación perpetua que caracteriza al GATT.

La "orientación hacia las reglas" se refleja en la tendencia constante en la resolución de disputas del GATT a parecerse cada vez más a un procedimiento judicial. Para los legalistas las disputas deben resolverse de acuerdo con las reglas y los principios del GATT. Por eso mismo los profesionales, aquellos que conocen las normas del GATT, deberían jugar un papel destacado en la resolución de disputas. Para los legalistas la "regla del consenso" es sinónimo de "obstrucción" de la resolución de disputas en el GATT. La "orientación hacia reglas" refleja la necesidad de defender y desarrollar los principios básicos del derecho del GATT. Esta posición es generalmente favorecer a las partes más débiles, aquellos que tienen más que ganar de una resolución de disputas justa.

La tendencia de la resolución de disputas en el GATT a volverse más legalista -especialmente en los últimos años- es resultado de sus nuevos problemas. Antes de las mejoras de 1989 el problema más importante era la incapacidad del GATT para enfrentar el creciente proteccionismo mundial. En principio, las violaciones crecientes de normas del GATT, deberían haber sido atacadas y castigadas a través de los procedimientos de resolución de disputas. Sin embargo, aún cuando se han presentado algunos casos importantes, la resolución de disputas no ha detenido el proceso de deterioro. Estados Unidos, la potencia comercial más grande del mundo, ha mostrado una tendencia a usar estos procedimientos más frecuentemente, pero también ha tendido a bloquear la adopción de las decisiones de paneles del GATT que no le favorecen.⁴⁹ En general se ha observado que las mayores potencias comerciales tienden a postergar o impedir la adopción de decisiones del GATT.⁵⁰ Otro problema ha sido el

acceso efectivo. En términos generales la resolución de disputas ha sido un instrumento usado por países industrializados y contra ellos. Los países en desarrollo pocas veces han usado este mecanismo. Esto se debe a que en procedimientos en los cuales la regla de consenso (y el poder) es usada, estos países tenían poca capacidad de negociación a su disposición. Esos dos problemas, la creciente debilidad de las reglas del GATT y la falta de acceso efectivo por parte de los países en desarrollo, elevó naturalmente a soluciones legalistas ya que éstas son más cercanas a las reglas y más justas con las Partes.⁵¹

2. Resolución de disputas antes de 1988: en el acuerdo general y los códigos.

Para los críticos legalistas la poca efectividad de las resoluciones de disputas en el GATT, antes de las mejoras de 1988, estaba ligada a varios defectos en el procedimiento. Entre los defectos más importantes, el profesor Jackson señala los siguientes: lentitud de los procedimientos, escasez de panelistas, obstrucción de los procedimientos, falta de calidad y uniformidad en las decisiones de los paneles, presiones de gobiernos sobre los paneles para que tomen decisiones favorables a ellos, lenta implementación de las decisiones de los paneles en los órdenes jurídicos nacionales e incertidumbre sobre cual procedimiento de resolución de disputas utilizar. Adicionalmente el autor señalaba la inexistencia del derecho de apelación para revisar las decisiones desfavorables de los paneles.⁵² Entre estos quizá el problema más preocupante fue el relativo al bloqueo u obstrucción de los procedimientos. El bloqueo podía ocurrir en varias etapas del procedimiento. Podía incluso darse por iniciativa de partes que no estaban involucradas en la disputa. Este

49. El más famoso caso del GATT perdido y bloqueado por Estados Unidos se refería a una demanda contra un subsidio del gobierno estadounidense a las exportaciones (el llamado "Caso DISC") Véase John JACKSON y W. DAVEY, *Legal Problems of International Economic Relations*, 2da. ed., 1986, pp. 744-746. Sin embargo, Estados Unidos ha tenido problemas con varios casos agrícolas que han sido llevados al GATT. Véase también Gary HORLICK y VALENTINE "Improvements in Trade Remedy Law and Procedures Under the Canada- United States Free Trade Agreement" en D. MCRAE y Debra STEGER, *Understanding the Free Trade Agreement*, 1988, pp. 115-126.
50. Véase J. JACKSON & W. DAVEY, *supra* nota 49, p. 355.
51. También la "orientación hacia el poder" ha comenzado a perder el apoyo de algunos de sus partidarios tradicionales (e.g. the European Community) y a recibirlo de países miembros que anteriormente no habían estado muy interesados (generalmente países en desarrollo).
52. BELLO y HOLMER, "Settling Disputes in the GATT. The Past, Present and Future", *International Lawyer*, vol. 24, 1990, p. 523.

Las cuotas compensatorias y antidumping no sólo son unas de las más importantes barreras no arancelarias, también son las que tienen una importancia estratégica; entre las barreras no arancelarias sólo se compara con la de los AVRs, sin embargo, las cuotas juegan un papel destacado en la creación de los AVRs.

era el procedimiento de resolución de disputas que los redactores del ALC en 1987 tenían en mente cuando buscaron la creación de un mecanismo alternativo.

La situación de los mecanismos de resolución de disputas en los códigos era similar. Si bien estos se encontraban un poco más evolucionados que el mecanismo del GATT, la diferencia con éste no era crucial. Ambos códigos creaban procedimientos únicos (si bien similares) para casos especiales.⁵³ De alguna manera, su mera existencia es controvertida. De acuerdo a Jackson ésta refleja la "Balkanización" de la resolución de disputas en el GATT.⁵⁴ Quizá las ventajas más claras de los códigos se refieren a el establecimiento de una etapa obligatoria de conciliación⁵⁵ y el derecho a el establecimiento de un panel,⁵⁶ aspectos ambos que el acuerdo general no obtendría hasta la aprobación de las mejoras. Adicionalmente se encuentra el hecho de que en su artículo 18.2, el Código de Subsidios estableció un calendario con plazos para los procedimientos de los paneles. Sin embargo, ese calendario está mucho menos desarrollado que el calendario contenido en el Capítulo 19 y no ha funcionado satisfactoriamente en la práctica. Los problemas básicos de los códigos eran los mismos del acuerdo general:

53. La resolución de disputas en los códigos tiene sus bases en los artículos 13 y 17 to 18 del código de subsidios del GATT y Artículo 15 del código antidumping del GATT.

54. Véase John JACKSON y W. DAVEY, *supra* nota 49, p. 355 n 16.

55. Véase CANAL-FORGES, *supra* nota 45, p. 71.

56. *Id.*, p. 72.

bloqueo, reglas insuficientes en materia de implementación, vigilancia y represalias. El problema del bloqueo ha sido particularmente preocupante. Al 22 de octubre de 1991 todos (con una sola excepción) los reportes que los paneles habían sometido para su decisión al comité de subsidios y medidas compensatorias del GATT se encontraban pendientes⁵⁷. Por su parte, el único reporte sometido al Comité de Prácticas Antidumping estaba siendo bloqueado.⁵⁸

Los procedimientos de resolución de disputas de los códigos habían sido invocados sólo en raras ocasiones hasta fechas recientes. Es el mecanismo del acuerdo general el que se ha ocupado de la mayor parte de los casos. Sin embargo, recientemente ha tenido lugar un gran crecimiento en la cantidad de casos iniciados con los procedimientos de los códigos, especialmente con el procedimiento del código Antidumping.⁵⁹

Un problema importante de los códigos es que su mecanismo de resolución de disputas no ha experimentado el proceso de mejoramiento constante que ha caracterizado al mecanismo del acuerdo general.⁶⁰ Si bien las reformas incorporadas en ellos ejemplifican la tendencia a la legalización en la resolución de disputas en el GATT, los códigos no experimentaron las reformas más importantes. Por ello, en comparación con los mecanismos de los códigos, el Capítulo 19 sigue siendo una alternativa tan válida como lo fue en el momento en que se negoció el ALC.

3. El mecanismo de las mejoras de 1989

Las mejoras de 1989 trajeron varias reformas a la resolución de disputas en el acuerdo general. A través del establecimiento de un más riguroso calendario de plazos, se estableció un límite máximo de 15 meses para la conclusión de los procedimientos de los paneles. Varias partes del procedimiento donde las reglas anteriores permitían el bloqueo del procedimiento fueron reformadas. Se introdujo también el derecho automático al establecimiento

57. GATT, *Basic instruments and Selected Documents*, Supp. 38, 1992, p. 98. El único reporte de un panel que no está pendiente, es el del caso "Canadian Softwood Lumber". Este fue resuelto a través de un acuerdo bilateral (sin embargo el reporte del panel en sí no fue implementado).

58. Se refiere al reporte del panel en una disputa entre Suecia y Estados Unidos en materia de acero inoxidable. *Id.*, p. 85.

59. En 1991 siete nuevos casos fueron considerados por el comité en materia de prácticas antidumping. Dos paneles fueron establecidos. En el mismo periodo dos nuevos paneles fueron establecidos por el Comité del Código de Subsidios. *Id.*, p. 85 y 98.

60. CANAL-FORGES, *supra* nota 45, p. 68. El autor señala que las reglas

de un panel y el uso obligatorio de términos de referencia estándar, las nuevas reglas crearon un marco en el cual una parte que se lo propusiera con determinación obtendrá una decisión del panel en un lapso razonable de tiempo. Adicionalmente, se establecieron nuevas medidas para facilitar la transparencia en las etapas procedimentales de adopción e implementación. Esto último fortalece el peso moral de los reportes de los paneles.

Sin embargo, la solución de varios problemas procedimentales quedó pendiente en el mecanismo de las mejoras. El bloqueo de las decisiones de los paneles por parte de la parte afectada todavía podía ocurrir bajo las nuevas reglas en tres etapas importantes: la de selección de panelistas, adopción de reportes e implementación de los resultados. Esas son las áreas que presentan las mayores oportunidades para el uso de influencia política.⁶¹ Más aún, incluso bajo los nuevos procedimientos panelísticos mejorados, las partes podrían llegar a un acuerdo para la extensión de muchos de los términos.² En el nuevo mecanismo también estuvo ausente la creación de un mecanismo para apelar las decisiones del GATT,⁶³ faltaron garantías adicionales para la selección de panelistas y procedimientos para asegurar el cumplimiento del límite máximo de 15 meses para terminar los procedimientos; para asegurar la implementación de reportes de los paneles o para autorizar represalias en caso de que no se implementen las decisiones de los paneles.⁶⁴

4. El mecanismo del entendimiento

El entendimiento ataca los problemas más importantes cuya solución quedó pendiente en las mejoras. Un cambio mayor fue la introducción de un cuerpo de apelaciones para revisar si las decisiones de los paneles fueron tomadas de acuerdo al derecho del GATT.⁶⁵ Esto elimina la justificación ofrecida para el mantenimiento de la regla del consenso. Por ello, no es sorprendente que también se elimine la posibilidad de bloqueo en las tres áreas mencionadas anteriormente. En relación a la selección de panelistas el entendimiento simple-

mente refuerza las reglas de las mejoras.⁶⁶ Sin embargo, en relación a la adopción de reportes y la implementación de resultados el entendimiento realiza grandes progresos. La regla de consenso que se aplicaba en materia de adopción de reportes es cambiada por una "regla de consenso en contra", i. e., el reporte de un panel será adoptado menos que el consejo decida por consenso no adoptarlo.⁶⁷ De la misma manera la adopción de los reportes en apelaciones dependerá de una "regla de consenso en contra".⁶⁸ La implementación de los reportes mejora considerablemente. La definición de "tiempo razonable" (reasonable time) que había quedado abierta en las mejoras es proporcionada y, en caso de desacuerdo, se resuelve por arbitraje.⁶⁹ De ma-

Una de las primeras cuestiones que vienen a la mente cuando se habla del Capítulo 19 es la relativa a ¿por qué habría de crearse un mecanismo bilateral para la resolución de disputas comerciales cuando ya existe un mecanismo internacional con ese mismo objetivo?

yor importancia es el hecho de que la compensación y la suspensión de concesiones, que son las dos alternativas abiertas en caso de la no implementación de los reportes, proceden bajo las nuevas reglas en periodos de tiempo preestablecidos a menos de que exista consenso en contra de estas medidas. Temas espinosos ligados a lo anterior, como la determinación del "nivel" apropiado de suspensión de concesiones" son automáticamente enviados a arbitraje en caso de que no exista acuerdo sobre los mismos.⁷⁰ La mera introducción del

61. EICHMANN, *supra* nota 45, p.76.

62. *Id.*, p. 59.

63. El problema del bloqueo está ligado al problema de la ausencia de un procedimiento de apelaciones en el GATT. Se argumenta que al tener la última palabra en relación a la adopción de una decisión de un panel, el consejo del GATT funciona como un filtro para decisiones deficientes. Por supuesto esto entra en conflicto con la apreciación de que el bloqueo sólo en muy raros casos se utiliza como respuesta a decisiones deficientes. Véase *Id.*, pp. 46-47.

64. Véase HOLMER y BELLO, *supra* nota 52, p. 796.

65. Understanding, *supra* nota 47 para. 15-17, pp. S. 13-14.

66. Bajo el nuevo sistema el secretariado del GATT hace una propuesta a la cual las partes no se pueden oponer salvo por razones fuertes. *Id.*, para. 6.6 p. S.8. En caso de desacuerdo la regla establecida en las reglas mejoradas se mantiene, el director general nombra a los panelistas. *Id.*, para. 6.7 y reglas mejoradas, *supra* nota 46 para. f(c)(5), p.64.

67. Undertading, *supra* nota 47, para. 14.4, p. S. 12.

68. *Id.*, para. 15.14, p. S. 14.

69. *Id.*, para. 19.3, p. S. 15.

70. *Id.*, 20.3, p. S. 17.

concepto de compensación representa por sí misma un logro inédito para los países en desarrollo en el GATT. Esta medida había sido resistida duramente en el pasado.⁷¹

En general los nuevos procedimientos del entendimiento representan el triunfo del legalismo en la resolución de disputas del GATT. La virtual eliminación de la regla del consenso y la creación del cuerpo de apelaciones constituyen logros inéditos en el GATT. Si bien el procedimiento todavía retiene alguna preferencia a favor de soluciones negociadas, resulta claro que ahora la resistencia a negociar o a otorgar beneficios puede ser contrarrestada con la seguridad de que una se llegara a una solución legal en caso de quererse. Los problemas que quedan pendientes -desde una perspectiva legalista- son de naturaleza diferente. La complejidad de los procedimientos puede muy probablemente dar nacimiento al uso de tácticas dilatorias. Más aún la experiencia pasada con el establecimiento de calendarios más estrictos en el procedimiento de resolución de disputas del código de subsidios no ha sido muy positiva. La nueva y mejorada lista de panelistas sigue excluyendo a litigantes de derecho comercial internacional. También el problema financiero que genera la escasez de panelistas no fue atendido por el entendimiento. Más aún, la creación de áreas del procedimiento totalmente nuevas sugiere que muchos huecos serán descubiertos en el futuro y tendrán que ser llenados con la costumbre jurídica. De alguna manera, los nuevos procedimientos tendrán que madurar.

Hubo dos asuntos que no fueron ni siquiera discutidos en la reciente ronda de negociaciones del GATT: la aplicación directa de decisiones del GATT en los órdenes jurídicos nacionales y el derecho de partes privadas para iniciar acciones en el GATT. Esos asuntos, considerados en el Capítulo 19, tienen muy remotas posibilidades de formar parte de la resolución de disputas del GATT en el futuro próximo.

Las grandes cuestiones que quedaron pendientes con el entendimiento son si los nuevos procedimientos serán aprobados y, si eso sucede, si van a funcionar correctamente en la práctica. Paul Rosenthal menciona que, al menos en la medida en que afectan a las leyes en materia de cuotas compensatorias y antidumping de Estados Unidos, habrá mucha resistencia en el Congreso de Estados Unidos a la noción de la automaticidad de la adopción de los reportes de los paneles del GATT,⁷² así como a las

disposiciones en materia de represalias.⁷³ También los japoneses han expresado preocupación por el hecho de que la proliferación de casos llevados a los paneles del GATT está desplazando a las negociaciones entre los gobiernos.⁷⁴ Esto es, por supuesto, sólo un aparte de una más generalizada y natural resistencia de los gobiernos nacionales a ceder partes de su soberanía. En general quienes creen en la "orientación hacia el poder" también auguran que los nuevos y más legalistas procedimientos no funcionarán en la práctica. Los gobiernos continuarán ejerciendo presiones sobre otros gobiernos, sobre el secretariado del GATT, sobre el director general y los paneles del GATT, todo con el objeto de forzarlos a tomar decisiones favorables a ellos. Por ello, el poder de los estados nacionales seguirá presente y cuando se ejerza contra garantías procedimentales y organismos internacionales más débiles será difícil de ignorar. Más aún en los casos en que los nuevos y formalistas procedimientos se usen para resolver problemas políticos -y no técnicos-, esto puede llevar a situaciones explosivas.⁷⁵

5. ¿Sería mejor un mecanismo regional?

¿Cómo nos ayuda lo que hemos dicho sobre la resolución de disputas en el GATT a resolver nuestro problema básico en relación con el Capítulo 19? La respuesta a esta pregunta tiene dos aspectos. Primero, que si la resolución de disputas en el GATT hubiera alcanzado en 1988 el grado de evolución que tiene ahora es dudoso que el Capítulo 19 hubiera nacido. Ambos mecanismos pertenecen a la misma tradición legalista. El Capítulo 19 va más allá que el GATT, ya que introduce la aplicación directa de las decisiones de los paneles en los órdenes jurídicos nacionales, e incluye también el derecho de las partes privadas para iniciar los procedimientos de resolución de disputas. Sin embargo, el mecanismo de resolución de disputas del GATT del entendimiento es muy completo y tiene pocos defectos teóricos. En este sentido el mecanismo del Capítulo 19 puede ser mejor que el GATT, si bien tiene la misma perspectiva legalista hacia la resolución de

71. Véase CANAL-FORGES, *supra* nota 45, p. 79.

72. A. ROSENTHAL, en *Forum*, *supra* nota 42, pp. 403-404.

73. Michael STEIN, en *Id.*, p. 428.

74. Ese fue el comentario expresado por el embajador japonés en el GATT. Véase STUART, "I Tell Ya I don't Get No Respect: The Policies Underlying Standards of Review in U.S. Courts As A Basis For Deference To Municipal Determinations in GATT Panel Appeals", *Law and Policy in International Business*, vol. 23, 1992, p. 755 n22.

75. Michael STEIN, en *Forum*, *supra* nota 42, pp. 417-418. Véase también las opiniones de BREGER y KATZ, reportadas en *Symposia*, "Summary of Proceedings of the Seminar on Dispute Resolution under the Canada-United States Free Trade Agreement", *Stanford Journal of International Law*, vol. 26, 1989, pp. 153, 158 y 187.

disputas. Sin embargo, el Capítulo 19 tiene una ventaja significativa: ha sido probado en la práctica. El GATT todavía tiene mucho que avanzar en este respecto. Sus perspectivas son inciertas. Por ello, hasta que estas perspectivas sean más claras la creación del Capítulo 19 parece justificada.

C. Relaciones y traslapes entre los mecanismos

Las disputas que resultan de determinaciones definitivas en los procedimientos administrativos nacionales en materia de cuotas antidumping o compensatorias que pueden ser resueltas a través del uso de los mecanismos del GATT que hemos descrito. Adicionalmente, las partes del TLC pueden optar por seguir los procedimientos del Capítulo 19. Más aún, las partes pueden resolver sus disputas en los mecanismos judiciales nacionales. Existen pues tres niveles de mecanismos de resolución de disputas que se ocupan del mismo tipo de casos. Los traslapes que se presentan permiten que las partes escojan a gusto el foro donde prefieren resolverlas. Por ejemplo, si una parte canadiense enfrenta una resolución definitiva negativa en Estados Unidos, puede escoger impugnarla ante las cortes de Estados Unidos, ante un panel del Capítulo 19 del ALC o del TLC, ante los mecanismos de resolución de disputas de uno de los códigos del GATT y, también, a través del mecanismo de resolución de disputas del acuerdo general. En esas opciones podemos observar la "balcanización" de la resolución de disputas en materia de cuotas antidumping o compensatorias.

El problema del traslape material debería tomar en consideración los traslapes sustantivos que tienen lugar en el derecho comercial internacional. El derecho del GATT y las leyes nacionales coexisten y regulan las mismas situaciones pero en la práctica su jerarquía depende del foro. Dependiendo de el país, las cortes nacionales pueden decidir si le dan o no a las normas y precedentes locales una jerarquía mayor o menos que al derecho del GATT.⁷⁶ Los mecanismos del Capítulo 19 se encuentran en situaciones similares. Sin embargo, los paneles del GATT siempre considerarán a los casos de acuerdo al derecho del GATT.⁷⁷ Si bien se supone que las leyes nacionales de los países signatarios del GATT deben seguir las reglas trazadas por éste

muchas diferencias se presentan entre dichos mecanismos trayendo lo anterior el problema de la jerarquía. Se ha presentado un caso que al ser juzgado simultáneamente por un panel del GATT y por un panel del Capítulo 19 arrojó resultados diferentes en cada caso.⁷⁸ Lo anterior es una consecuencia lógica de una situación en la cual se decide un caso por foros diferentes que no le dan el mismo peso a las diferentes normas aplicables.⁷⁹

Adicionalmente, se presenta otra situación problemática como resultado de la falta de coordinación adecuada entre los diferentes mecanismos. Si bien existe coordinación entre el Capítulo 19 y los mecanismos judiciales nacionales, así como entre el GATT y los códigos no existe coordinación entre el GATT y los sistemas judiciales nacionales. También, a diferencia de la relación entre el mecanismo general de resolución de disputas que se localiza en el Capítulo 20 del TLC, los traslapes entre el Capítulo 19 y el GATT no se prevén ni en el GATT ni en el TLC.⁸⁰ En teoría el mismo caso podría presentarse en ambos foros. "No existe ningún requisito explícito en el sentido de requerir que una parte demandante agote sus recursos administrativos o judiciales en el país importador antes de invocar los procedimientos del GATT."⁸¹ Un panel del GATT ha afirmado su derecho a escrutinar las resoluciones nacionales definitivas en materia de cuotas antidumping,⁸² derecho que comparte con los sistemas judiciales nacionales y con los mecanismos del Capítulo 19.

La falta de coordinación y las jerarquías poco claras causan problemas adicionales. Un problema inicial se refiere a la posibilidad de que surjan interpretaciones de derecho comercial internacional en conflicto. Si bien las decisiones de los paneles del TLC no sientan precedente, y si bien las de paneles del GATT muy probablemente tampoco, en la práctica el problema de precedentes en conflicto sí tiene lugar.⁸³ Consideraré este problema con mayor profundidad al evaluar el Capítulo 19, sin embargo, dos cosas pueden afirmarse desde ahora. La primera es que el problema de interpretaciones di-

76. En Canadá hubo una decisión judicial de aplicar el GATT cuando la ley nacional no es clara. En Estados Unidos hubo un caso en la suprema corte donde se aplicó el derecho del GATT. Véase opinión de Leslie S. HOLLAND, en *Forum*, *supra* nota 42, pp. 370 y 383.

77. Existe un precedente en paneles del GATT donde se rechazó el uso de estándares de derecho nacional, *Id.*, p. 377.

78. A LOWENFELD, *Id.*, p. 384.

79. Opinión del Sr. TOUPIN, *Id.*, p. 385.

80. Artículo 1802.2 del ALC señala que cualquier disputa que surja de manera concurrente en el ALC y el GATT puede ser resuelta utilizando las reglas de cualquiera de los dos tratados. El procedimiento que se utilice lo será a exclusión del otro procedimiento. Reglas similares se encuentran en el artículo 2005(1), (6) del TLC.

81. Véase STUART, *supra* nota 74, p. 754.

82. GATT, "Panel on Antidumping Measures on Electrical Transformers from Finland (Fin v. N.Z.)", *Basic Instruments and Selected Documents*, 32 Supp., 1985, pp. 55 y 67, citado en *id.*, pp. 787-788.

83. Opinión de la Sra. KOTEEN, en *Forum*, *supra*, pp. 384-385.

En términos generales la resolución de disputas ha sido un instrumento usado por países industrializados y contra ellos. Los países en desarrollo pocas veces han usado este mecanismo. Esto se debe a que en procedimientos en los cuales la regla de consenso (y el poder) es usada, estos países tenían poca capacidad de negociación a su disposición.

vergentes de las normas en materia de leyes sobre cuotas antidumping o compensatorias es un problema más fundamental. Surge del hecho de que el consenso sobre las reglas internacionales en materia de dumping y subsidios es muy difícil de lograr. Las normas nacionales, cuando existen, frecuentemente divergen unas de otras. Por ello, las interpretaciones legales divergentes sólo añaden un poco más al problema básico, especialmente en vista del bajo *estatus* de la jurisprudencia en el sistema legal del comercio internacional. La segunda afirmación que puede hacerse desde ahora es que podría muy bien tener el efecto contrario en la práctica. Eso significa que podríamos obtener interpretaciones más uniformes como resultado de la disponibilidad de más mecanismos internacionales. De acuerdo con Pattison, lo casos de prácticas desleales de dumping y subsidios que se presentaron ante paneles del GATT y del Capítulo 19 representan una "nueva tendencia hacia una mayor uniformidad a través de las fronteras en materia de normas de cuotas compensatorias y antidumping."⁸⁴

IV. Características del sistema

A. Introducción: Los sistemas del Capítulo 19

La Parte IV es básicamente descriptiva. En este sentido, trataré de evitar las evaluaciones críticas del sistema para referirme a ellas de una manera más sistemática en las últimas secciones de este ensayo.

El Capítulo 19 contiene dos sistemas diferentes de resolución de disputas. Uno establece paneles binacionales para decidir si nuevas leyes nacionales antidumping violan el TLC, el GATT o los códigos antidumping o de subsidios del GATT.⁸⁵ El otro mecanismo es el que normalmente -a lo largo de

este ensayo- llamamos sistema del Capítulo 19. En su formulación más elaborada del TLC este sistema contiene tres mecanismos diferentes. La parte central del sistema, cuya base se encuentra en el artículo 1904, establece paneles binacionales para revisar resoluciones definitivas en materia de cuotas antidumping o compensatorias. De manera complementaria se establecen dos mecanismos cuya función es salvaguardar a la parte central del sistema de los problemas que le pueden generar sus propias acciones o de las acciones de las partes: el comité del reto extraordinario y el comité especial.⁸⁷

La única generalización que se puede hacer acerca del sistema del Capítulo 19 es que es bastante especial. No se parece a ningún otro sistema de resolución de disputas en el área del derecho comercial internacional. Antes de la Ronda de Uruguay el sistema difería de manera significativa de los sistemas del GATT.⁸⁸ Si bien fue creado en un intento por remediar los defectos del GATT - y formó parte de la tendencia hacia la legalización- difiere en muchos sentidos de la resolución de disputas en el GATT en su estado actual. Incluso cuando se le compara con el Entendimiento del Borrador Dunkel, el Capítulo 19 se parece mucho más a la resolución judicial de disputas. No deja lugar a la negociación. Además, su ámbito material de validez es mucho más estrecho, ya que sólo se ocupa de ciertas disputas en materia de prácticas desleales de comercio. Algunas de sus características, e. g., acceso directo a partes privadas y aplicación directa en los sistemas legales nacionales, lo hacen curiosamente similar a los tribunales nacionales de apelación y lo hacen diferente de otros sistemas internacionales.⁸⁹ Una parte del sistema, el comité del reto extraordinario, está inspirada en las apelaciones del CIADI.⁹⁰ Dentro de todo, probablemente no exista otro sistema internacional tan enfocado a prevenir demandas frívolas (*frivolous complaints*) y protección administrada.

84. PATTISON, *supra* nota 44, p. 13A-1.

85. *Id.*, art. 1903.

86. *Id.*, art. 1904.13 y Anexo 1904.13.

87. *Id.*, art. 1905.

88. Dentro del ALC, "solamente los procedimientos de resolución de disputas del Capítulo 18 muestran de manera significativa su herencia del GATT" Robert HUDEC, "The Canada-United States Free Trade Agreement: New Directions in Dispute Settlement", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 26, 1989, p. 257.

89. Un "procedimiento altamente disputado entre abogados de dos particulares enfrentados... que disputaran cualquier -absolutamente cualquier- cosa si eso ayuda a su cliente a ganar." "Ciertamente esa no es la manera en que la resolución de disputas en el GATT funciona." *Id.*, p. 258.

90. HORLICK, *supra*, p. 11.

B. Revisión de enmiendas legislativas

El primer sistema del Capítulo 19 contenido en los artículos 1902 y 1903 del TLC, fue incluido para desincentivar enmiendas legislativas proteccionistas a las leyes en materia de cuotas antidumping o compensatorias. El artículo 1902.2(a) señala que las enmiendas a dichas leyes sólo se aplicarán a las otras partes si la reforma legislativa específicamente lo señala. Esto -nombrar específicamente a un país extranjero como destinatario de una ley- es algo que tanto el congreso estadounidense como el parlamento canadiense han buscado evitar en el pasado.⁹¹ En caso de que se iniciara un enmienda legislativa en materia de cuotas compensatorias o antidumping que específicamente hiciera referencia a las otras dos partes, se aplicarán reglas que prevén notificaciones⁹² y consultas.⁹³

Las enmiendas legislativas deberán respetar al GATT, los códigos del GAT y el objeto y propósitos del TLC.⁹⁴ Se establecen paneles para revisar la conformidad de las enmiendas legislativas con esos tratados.⁹⁵ Los paneles podrán señalar también si consideran que ya enmienda legislativa nulifica una decisión anterior realizada por un panel del artículo 1904.⁹⁶ En caso de que se encuentre que la reforma no está de acuerdo con los tratados, se establece la obligación de las partes de llevar a cabo consultas adicionales.⁹⁷ Si dichas consultas fracasan se permite a la parte afectada emprender acciones legislativas comparables.⁹⁸ La parte afectada podrá asimismo decidir la terminación del Tratado⁹⁹.

Determinar si el sistema alcanzará su objetivo en la práctica no es fácil debido a que todavía no ha sido probado. Existen diferentes interpretaciones acerca de los efectos de las declaraciones de violación (*non-conformity*) realizadas por los paneles del artículo 1903.¹⁰⁰ Sin embargo, este es un mecanismo

91. HORLICK y VALENTINES *supra* nota 49, p. 112.

92. TLC, *supra*, art. 1902.2(b).

93. *Id.*, art. 1902.2 (c).

94. *Id.*, art. 1902.2(d).

95. *W.*, art. 1903.1 (a).

96. *Id.*, art. 1903.1 (b).

97. *Id.*, art. 1903.3 (a).

98. *Id.*, art. 1903.3 (b)(i).

99. *d.*, art. 1903.3 (b)(ii).

100. Se ha señalado que en las negociaciones del ALC los negociadores canadienses y estadounidenses no estaban de acuerdo acerca de si dicha opinión autorizaría la utilización de represalias por la parte afectada por la "non-conformity", was reported during the ALC negotiations. "Con muy poco tiempo para decidir, los abogados de Estados Unidos redactaron una solución aceptable para ambas partes (si bien, no resulta sorprendente que ahora las dos partes no estén de acuerdo sobre lo que significa)." BELLO y HOLMER, *supra* nota 7, p. 819.

potencialmente importante para desincentivar las acciones legislativas proteccionistas del congreso o el parlamento. En ese sentido, este mecanismo complementa los objetivos de reducir la protección administrada que persigue el segundo -y fundamental- sistema del Capítulo 19.

C El sistema del Artículo 1904 paneles para la revisión binacional de resoluciones definitivas

1. Ambito de aplicación la revisión binacional

La revisión binacional sólo podrá emprenderse con respecto a bienes que la autoridad investigadora competente de la parte importadora, en aplicación de las leyes sobre cuotas compensatorias o antidumping de la parte importadora, determine que son bienes de la otra parte.¹⁰¹ Por ello, los casos en materia de, cuotas compensatorias y antidumping que involucren importaciones de terceros no disfrutarán de la protección del Capítulo 19.

2. Un sistema de reemplazo

El artículo 1904 establece los paneles binacionales para la revisión de resoluciones definitivas en materia de cuotas compensatorias y antidumping. Este sistema binacional reemplaza la revisión judicial de dichas resoluciones en los tribunales locales.¹⁰² El reemplazo es opcional, no obligatorio. Si una parte decide escoger la revisión judicial en lugar de los paneles de revisión binacional, esa alternativa está abierta. El reemplazo ha dado pie a problemas constitucionales en Estados Unidos y México, nos referiremos a éstos en una sección posterior del libro.

La razón básica para substituir la revisión judicial fue que ésta no representaba un medio rápido y económico para revisar las resoluciones definitivas en materia de cuotas antidumping y compensatorias. Procedimientos judiciales que resultan lentos y caros no representan un obstáculo significativo para demandas frivolas en materia antidumping. Por ello, el problema de la protección administrada, al cual hicimos referencia en la parte A, no ha sido resuelto por los poderes judiciales nacionales. En este sentido la falta de efectividad de la revisión judicial es similar a la debilidad de la resolución de disputas en el GATT; ambas podrían haber resuelto

101. TLC, *op. cit.*, *supra* nota 3, art. 1901.

102. *Id.*, art904.1.

el problema pero no lo hicieron. Los paneles binacionales fueron diseñados para trabajar en este sentido, pero con mayor rapidez y a costos más bajos para los particulares que los que ofrecen los poderes judiciales nacionales.

3. Conservación y reforma de los sistemas nacionales

Una primera característica del sistema es que establece que el derecho antidumping aplicable será el de la parte importadora. Este es el principio de conservación del derecho nacional. Esta regla debe verse como resultado de la determinación de los estadounidenses en el sentido de no exceptuar a los canadienses de la aplicación de las leyes estadounidenses como resultado de las negociaciones del ALC. "Cada país es juzgado en términos de si cumple o no con sus propias reglas y no de acuerdo a si cumple con estándares binacionales o supranacionales."¹⁰³

Sin embargo, en relación al TLC, si bien se mantiene el principio, el argumento que lo respalde no se mantiene necesariamente. Mientras que todas las Partes acuerdan conservar sus leyes, México también acuerda llevar a cabo el equivalente a una reforma mayor de sus leyes en materia de cuotas antidumping y compensatorias.¹⁰⁴ Esas reformas harán que el sistema administrativo antidumping y compensatorias de México sea mucho más similar al de Estados Unidos y Canadá. La razón para lo anterior fue que los negociadores canadienses y estadounidenses presionaron durante las negociaciones para obtener mayor transparencia procedimental y otros cambios estructurales en las leyes mexicanas.¹⁰⁵ Por ello, las leyes mexicanas en materia de cuotas compensatorias y antidumping que serán aplicadas por los paneles binacionales no serán las vigentes en el momento de las negociaciones,¹⁰⁶ sino las nuevas leyes que fueron promulgadas después de la aprobación del TLC.

103. HORLICK y VALENTINE, *op. cit.*, *supra* nota 49, p. 106.

104. El artículo 1904.15 del TLC establece la obligación de las partes de enmendar sus leyes sobre cuotas *antidumping* y compensatorias "para alcanzar los objetivos" ("to achieve the objectives") del artículo 1904 (i. e., el sistema de paneles binacionales para resolver disputas en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias). Sin embargo, las enmiendas a las cuales México se comprometió excedieron con mucho a las de las otras partes. Véase TLC, *op. cit.*, *supra* nota 3, Anexo 1904 15(d) Parte B - Calendario de México.

105. Véase BELLO y HOLMER, *op. cit.*, *supra* nota 7, p. 856.7.

106. La ley mexicana vigente en materia de cuotas compensatorias y *antidumping* es la Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Comercio Exterior. *Diario Oficial* del 31 de enero de 1986.

4. Naturaleza de la revisión binacional de los paneles

La naturaleza de la revisión binacional de los paneles es idéntica a la de la revisión judicial de la parte importadora. Los paneles binacionales revisan si las resoluciones definitivas en materia antidumping fueron hechas de acuerdo a lo prescrito en las leyes antidumping de la parte importadora.¹⁰⁷ Por ello, las resoluciones definitivas revisables serán aquellas que no se apegaron a las leyes antidumping locales. Al revisarlas, los paneles les aplicarán el mismo grado de revisión y los mismos principios legales generales que los tribunales nacionales aplicarían en esos casos¹⁰⁸. Esas reglas respetan el principio básico de conservación de las leyes antidumping nacionales y la idea de que el sistema de paneles reemplaza a la revisión judicial. Una consecuencia curiosa de esta regla es que las partes están sujetas a un grado diferente de disciplina. Dependiendo de cual derecho nacional se aplique en la revisión judicial, una resolución definitiva puede ser o no anulada en la revisión del panel.¹⁰⁹

A pesar de las diferencias, de las que nos ocuparemos posteriormente, la revisión judicial en los tres países es fundamentalmente similar en tanto que es una revisión típica de las apelaciones y no considera la revisión de los hechos o pruebas ofrecidas por las partes.¹¹⁰

5. Establecimiento de los paneles

Los paneles sólo pueden ser establecidos cuando se ha requerido su establecimiento por escrito. Tal requerimiento sólo puede efectuarse después de que la resolución definitiva que va a ser revisada ha sido publicada o notificada a la parte interesada. Existe un plazo para efectuar el requerimiento. Si el panel no ha sido requerido antes del vencimiento del plazo, el derecho a demandar el establecimiento de un panel prescribe.¹¹¹ Las partes acordaron reformar sus leyes antidumping para que los procedimientos nacionales de revisión judicial de resoluciones definitivas no puedan comenzar antes de que el plazo para requerir el establecimiento de un panel haya expirado.¹¹²

107. TLC, *op. cit.*, *supra* nota3, art. 1904.2.

108. *Id.*, art. 1904.3.

109. Analizaremos este problema de manera mas detallada en una sección posterior.

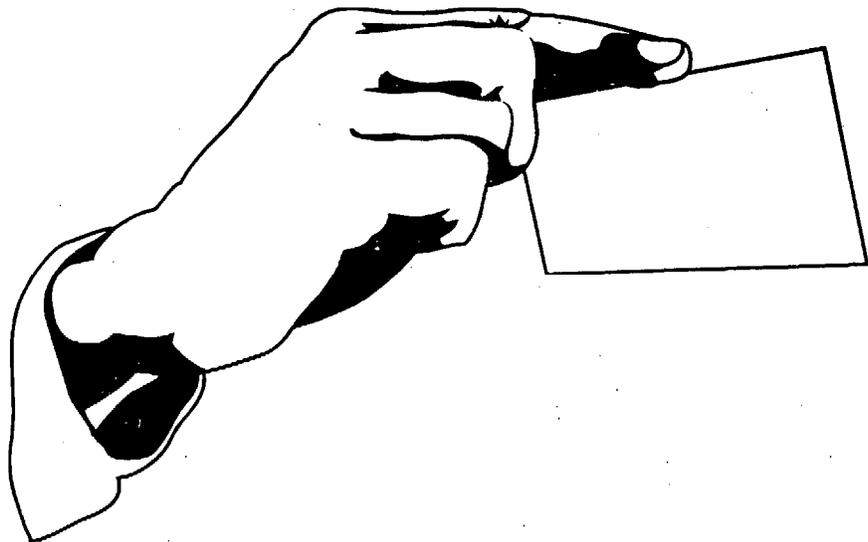
110. TLC, *id.*, art. 1904.3.

111. M, art. 1904.4.

112. W.,art. 1904.15(c)(i).

Los paneles se establecen cuando una parte requiere a otra parte interesada su establecimiento. Esto puede suceder en dos situaciones: a) cuando la parte decide hacerlo *motu proprio* y b) cuando, requerida por una persona que tendría el derecho para iniciar procedimientos nacionales de revisión judicial, la parte está obligada a hacerlo.¹¹³

La situación b) garantiza, en los hechos, el acceso directo de los particulares a los procedimientos de los paneles. Esto representa un parteaguas para la resolución de disputas en el comercio internacional (el GATT no tiene una regla equivalente), la redacción de esta estipulación es bastante peculiar. En ella tres gobiernos acuerdan que cada uno de ellos, a petición de un particular, garantizará el restitución de un panel.¹¹⁴



6. Paneles y panelistas

Cada panel está compuesto por cinco panelistas. Dicho número ha sido considerado como más apropiado para producir uniformidad en las decisiones que la que producen los sistemas judiciales de Canadá o Estados Unidos.¹¹⁵ Los miembros de los paneles son escogidos generalmente de una lista de 25 nombres predeterminados que cada parte escoge. Cada parte interesada nombra a dos y el quinto es generalmente escogido por acuerdo mutuo de las partes. Se establecen reglas para permitir a una parte la descalificación de candidatos propuestos por la otra parte y para decidir el nombramiento del quinto panelista cuando no se ha llegado a un acuerdo en un periodo determinado.¹¹⁶ En la operación del ALC se dio un acuerdo informal de acuer-

do al cual la nacionalidad del quinto panelista se alternaba.¹¹⁷ El presidente del panel es electo por el voto mayoritario de los panelistas.¹¹⁸ La forma en que se da el nombramiento de los panelistas ha dado lugar a problemas constitucionales en Estados Unidos, problemas a los que haremos referencia más tarde.

Los panelistas deben ser ciudadanos de Canadá, México o Estados Unidos. Deben llenar varios requisitos relativos a sus calidades morales, culturales e intelectuales. Se demanda que no tengan ningún vínculo de afiliación con las partes. Si bien se permite que los panelistas trabajen en su negocio,¹¹⁹ no se permite que trabajen en otro panel como abogados representantes de una de las partes.¹²⁰ Deben observar un código de conducta¹²¹. Se

113. *Id.*, art. 1904.5.

114. Gary HORLICK, *op. cit.*, *supra* nota 41, p. 9. El autor señala "Nunca he visto algo similar en tratados entre estados".

115. Debra STEGER, *op. cit.*, *supra* nota 29, p. 58.

116. TLC, *op. cit.*, *supra* nota 3. Anexo 1901.2.1. No existe ningún caso en la operación del ALC en la cual las partes no hayan podido llegar a un acuerdo respecto al nombramiento del quinto panelista. Véase Gary HORLICK, *op. cit.*, *supra* nota 41, p. 10.

117. HORLICK, *id.*, p. 10.

118. TLC, *op. cit.*, *supra* nota 3, Anexo 1901.2.4.

119. *Id.*, Anexo 1904.2.10.

120. *Id.*, Anexo 1904.2.11.

121. *Id.*, Anexo 1904.2.6.

les otorga inmunidad con respecto a sus actos oficiales como panelistas. La remuneración y el reembolso de gastos de los panelistas se encuentran preestablecidos y las partes acuerdan sufragarlos de manera compartida. Los paneles estarán dominados por abogados. La mayoría de sus miembros deberán ser abogados en pleno goce de sus derechos.¹²² El presidente deberá ser, también, abogado.¹²³

El TLC se desvía de manera importante del ALC en su estipulación de que jueces, magistrados o ministros retirados o en activo deberán ser incluidos, en cuanto sea posible, dentro de la lista de panelistas. La nueva regla responde a las críticas, a las cuales haremos referencia después, en el sentido de que el Capítulo 19 dependía de manera excesiva de litigantes de derecho comercial internacional.

8. Procedimientos de los paneles y el derecho a intervenir en ellos

Las reglas de procedimiento que deberán seguir los paneles son binacionales. Estas remplazan a las reglas de procedimiento locales seguidas en esos casos.¹²⁴ Las reglas están diseñadas para que en el término de 315 días, a partir de que el requerimiento para establecer un panel fue hecho, se llegue a una decisión final en el caso. Se establece una serie de plazos para diferentes pasos de procedimiento.¹²⁵ La importancia de estas reglas de procedimiento para el sistema del Capítulo 19 no debe subestimarse: la rapidez de la revisión es una de sus *raisons d'être*. Este es un rasgo del sistema que guarde en común con el arbitraje comercial internacional.

La autoridad administrativa competente que emitió la resolución definitiva tiene derecho a participar y nombrar representante legal durante los procedimientos de los paneles. Cualquier otra persona autorizada por el derecho del país importador tendrá derechos similares.¹²⁶ Nuevamente esto se apega al principio básico de preservar las leyes antidumping nacionales.

9. Decisiones de los paneles:

ad hoc, directamente ejecutables y finales

Los paneles toman decisiones por el voto mayoritario de sus miembros. Sus decisiones deberán ser por escrito. Las opiniones disidentes y concurrentes

pueden anexarse. Existe una obligación para los panelistas de votar en lo general. Un panelista no podrá excusarse (*recuse himself*).¹²⁷

Existen dos tipos de decisiones de paneles. Las que mantienen (*uphold*) la resolución definitiva o las que la remiten a la autoridad competente para que actúe en apego a la decisión del panel (*remand it for action not inconsistent with the panel decision*).¹²⁸ Las decisiones de los paneles serán obligatorias para las partes sólo con respecto al asunto en particular.¹²⁹ Este es un elemento importante del sistema del Capítulo 19: el que, formalmente las decisiones de los paneles no sientan precedente, i., e., son de naturaleza *ad-hoc*.¹³⁰ Esta es otra característica que el Capítulo 19 comparte con el arbitraje comercial internacional. La naturaleza *ad-hoc* también persigue el propósito de preservar las leyes antidumping nacionales y evitar que sean modificadas a través del establecimiento de nuevos precedentes binacionales.

Las partes asumen el compromiso de reformar sus leyes y reglamentos para asegurar que las decisiones de los paneles tendrán ante las autoridades locales fuerza y efectos plenos (*full force and effect*).¹³¹ Esto equivale a darles ejecutabilidad directa en los sistemas legales nacionales, otro logro sin precedentes del Capítulo 19.

Las decisiones de los paneles no afectarán a los procedimientos de revisión judicial, ni a los casos apelados bajo dichos procedimientos.¹³² Así se evita el posible conflicto entre el sistema regional y el nacional. Dado que el sistema del Capítulo 19 opera de manera prospectiva la revisión de casos previos de carácter controvertido también se evita.¹³³

Más importante es la regla que establece que las decisiones de los paneles no están sujetas a apelación ante los tribunales o cortes nacionales.¹³⁴ Esto incorpora el principio de finalidad, otro rasgo esencial del sistema y uno más que comparte con el arbitraje comercial internacional. Sin embargo, las decisiones de paneles del capítulo 19 pueden ser impugnadas en casos muy especiales a través de los comités de retos extraordinario considerados en el Capítulo 19. También, como hemos visto en la sec-

122. *Id.*, Anexo 1901.2.

123. *Id.*, Anexo 1901.2.10.

124. *Id.*, art. 1904.14.

125. *Id.*, art. 1904.14.

126. *Id.*, art. 1904.7.

127. *Id.*, Anexo 1904.2.5.

128. *Id.*, art. 1904.8.

129. *Id.*, art. 1904.9.

130. El que en la práctica las decisiones de paneles funcionen como precedentes es un asunto diferente sobre el cual nos ocuparemos poste nórmemente en este ensayo.

131. TLC, *op. cit.*, *supra* nota 3, art. 1904.15.

132. *Id.*, art. 1904.10.

133. *Id.*, art. 1904.15.

134. *Id.*, art. 1904.11.

ción previa, dichas decisiones podrían ser apeladas o revisadas por paneles del GATT. Adicionalmente, como veremos más tarde, existe la posibilidad de que se impugne la constitucionalidad del sistema de paneles ante los sistemas judiciales nacionales. Por ello, el carácter final de las decisiones de los paneles debe ser entendida de una manera restringida. Dichas decisiones son finales porque no están sujetas a ser impugnadas internamente y la posibilidad de que sean impugnadas internacionalmente es extremadamente reducida. En la práctica, sin embargo, el principio de finalidad ha sido incorporado efectivamente en el sistema ya que las impugnaciones potenciales no se han materializado o no han afectado las decisiones de los paneles.

D. El procedimiento del reto extraordinario

Los comités de reto extraordinario representan el primero de dos mecanismos establecidos para salvaguardar al sistema de paneles binacionales de revisión. Los comités se ocupan de tres tipos de casos: violaciones materiales a las reglas de conducta por parte de un panelista, desviaciones serias de las reglas fundamentales del procedimiento por parte de un panel y exceso en el ejercicio de poderes, autoridad o jurisdicción por parte de un panel. En todo caso la acción presumida debe haber afectado la decisión del panel y amenazado la integridad del proceso de revisión por el panel¹³⁵. El requerimiento de un comité de reto extraordinario debe hacerse por una parte interesada en un periodo razonable de tiempo a partir de la decisión del panel binacional.¹³⁶

Los comités de reto extraordinario están compuestos por tres miembros, escogidos de una lista de 15 jueces o ex jueces federales de Canadá, México y Estados Unidos.¹³⁷ Los comités siguen reglas especiales de procedimiento.¹³⁸ Las decisiones de los comités pueden tener tres tipos de efectos diferentes que son: nulificar, devolver o afirmar las decisiones de los paneles de revisión.¹³⁹

E. Procedimiento especial de salvaguarda

El artículo 1905 del TLC crea un comité especial de salvaguarda para decidir las disputas relativas a señalamientos por una de las partes en el sentido de que la aplicación del derecho interno de otra de las

partes ha sido usado para debilitar [undermine] el sistema de paneles de revisión. Se prevén cuatro situaciones que pueden dar lugar al requerimiento de establecimiento de un comité especial: a) cuando se ha impedido el establecimiento de un panel requerido, b) cuando se ha impedido que un panel rinda su decisión, c) cuando se ha impedido la implementación del reporte de un panel o cuando se ha negado la obligatoriedad de dicha implementación, d) cuando se ha impedido la revisión de una resolución definitiva por un panel o por un organismo judicial independiente.¹⁴⁰ Antes de solicitar el establecimiento de un comité, las partes deberán agotar las consultas.

La composición de los comités es similar a la de los comités de reto extraordinario. Es un cuerpo compuesto por tres miembros, escogidos de la misma lista que el otro comité y siguiendo el mismo proceso de selección.¹⁴¹ El procedimiento seguido por los comités especiales deberá arrojar como resultado un reporte 90 días después del nombramiento de sus miembros.¹⁴²

En caso de que el reporte determine que una de las situaciones establecidas en el artículo 1905(1) ha tenido lugar, las partes deberán iniciar consultas.¹⁴³ Si no se llega a un acuerdo a través de las consultas o si el comité especial no está satisfecho con las acciones correctivas llevadas a cabo por la parte impugnada, la parte impugnadora puede llevar a cabo una de las siguientes dos acciones: a) suspensión de la operación del artículo 1904 con respecto a la parte en violación, o b) suspensión de beneficios apropiados con respecto a la parte en violación.¹⁴⁴ La suspensión de la operación del artículo 1904 por una de las partes le da a la otra el derecho de suspender recíprocamente la operación del mismo.¹⁴⁵ La suspensión no tendrá carácter definitivo, el comité especial puede volver a reunirse en cualquier momento a petición de la parte en violación para determinar si los problemas han sido corregidos o si la suspensión es excesiva de manera evidente.¹⁴⁶

Cuando se determine la existencia de una de las situaciones del artículo 1905(1), esto también tendrá el efecto de suspender las revisiones recientes basadas en el artículo 1904.¹⁴⁷ Cuando dicha determina-

135. *Id.*, art. 1904.13.

136. *Id.*

137. *Id.*, Anexo 1904.13.1.

138. *Id.*, Anexo 1904.13.2.

139. *Id.*, Anexo 1904.13.3.

140. *Id.*, art. 1905.1.

141. *Id.*, art. 1905.5.

142. *Id.*, Anexo 1905.7. Establece los principios que guiarán los procedimientos del comité especial

143. *Id.*, art. 1905.7.

144. *Id.*, art. 1905.8.

145. *Id.*, art. 1905.9.

146. *Id.*, art. 1905.10.

147. *M.*, art. 1905.11.

La ventaja más clara producida por el sistema ha sido la reducción del tiempo que toma la revisión judicial de los casos en materia de cuotas compensatorias o antidumping. En todos los casos llevados ante los paneles se ha cumplido el plazo de 315 días establecido en el ALC.

ción tenga un lugar junto con la suspensión de operaciones de los paneles las revisiones suspendidas serán remitidas de manera irrevocable a el tribunal competente para su resolución.¹⁴⁸

El mecanismo de salvaguarda especial constituye una adición al sistema del Capítulo 19, ya que no fue incluido en el ALC. Su objetivo es crear una protección fuerte contra los casos en que una de las partes trate de bloquear el sistema del Capítulo 19. La sanción con que se castigan dichas violaciones, i. e., la suspensión de las operaciones de los paneles del artículo 1904, es particularmente severa. Paradójicamente, dada la severidad de la sanción, pudiera darse el caso de que el mecanismo de salvaguarda fuera manipulado por una parte inconforme que quisiera afectar las operaciones de los paneles.¹⁴⁹ En este sentido en lugar de proteger al sistema, el mecanismo de salvaguarda podría ofrecer un instrumento procesal para atacarlo.

F. El secretariado: haciendo que el sistema funcione

La administración de los diferentes mecanismos del Capítulo 19 se basa en una sección especial dentro del secretariado que facilita la operación del Capítulo 19 y el trabajo de los paneles o comités. El se-

148. *Id.*, art. 1905.12..

149. Esto podría ser debido a que las situaciones en las que una parte se encuentre en violación están sujetas a evaluaciones muy subjetivas y pueden ser casos de importancia menor.

cretariado está compuesto por tres secciones nacionales diferentes, cada una de las cuales tendrá a su vez una sección especial que se ocupa de los asuntos del Capítulo 19.¹⁵⁰ Los procedimientos de trabajo para las secciones especiales son establecidos en el artículo 1908.¹⁵¹ Las secciones especiales fueron creadas para dar apoyo logístico a los paneles. "Básicamente realizan las mismas funciones que los secretarios de juzgado (i.e., preparar el expediente, recibir solicitudes de revisión, organizar las demandas y documentos similares [briefs and similar filings], y correr traslado de esos documentos a los participantes y al público) con el trabajo adicional de calendarizar y facilitar las audiencias... lo cual no es una tarea insignificante dadas las distancias geográficas entre los participantes y la cantidad de material entregada dentro de los términos establecidos."¹⁵²

Un cambio introducido por el TLC fue fusionar el secretariado del Capítulo 19¹⁵³ con el secretariado general que administra el tratado. Queda por verse si el nuevo arreglo institucional funciona tan bien como el del ALC.

V. Exito y fracaso en el capítulo 19

Esta sección trata de ir más allá de la descripción del Capítulo 19 y entrar en el ámbito de las evaluaciones críticas. Durante los cuatro años en que el ALC operó, una gran cantidad de opiniones sobre las ventajas y desventajas del Capítulo 19 han sido publicadas. El propósito de esta sección es hacer una descripción sistemática de dichas opiniones y de las nuestras. Así podremos entender de manera más profunda cuales son las contribuciones que el Capítulo 19 ha hecho y determinar si los esfuerzos de las partes valieron la pena.

A. Logro de los objetivos del Capítulo 19 del ALC

La ventaja más clara producida por el sistema ha sido la reducción del tiempo que toma la revisión judicial de los casos en materia de cuotas compen-

150. Las secciones especiales que se ocupan de asuntos relativos al Capítulo 19 son establecidas en el artículo 1908. El artículo 2002 establece el secretariado. *Id.*

151. El artículo 2002(3)(b)(i) específicamente señala que el secretariado proveerá asistencia administrativa en los casos del Capítulo 19 de acuerdo a lo señalado en los procedimientos del artículo 1908. *Id.*

152. MURPHY, "Canada-U.S. Free Trade Resolution Mechanism Panel Procedures: Will They-Hold?", *Transnational Lawyer*, vol. 4, 1991, pp. 585, 594 n41.

153. En el ALC el secretariado que se ocupa de asuntos del Capítulo 19 es independiente. Fue establecido por el artículo 1909 del tratado. Véase ALC, *op. cit.*, *supra* nota 1.

satorias o antidumping.¹⁵⁴ En todos los casos llevados ante los paneles se ha cumplido el plazo de 315 días establecido en el ALC. Estos resultados se comparan muy favorablemente con el periodo de 2 a 4 años que toma a los tribunales de Estados Unidos o Canadá resolver dichos caso.¹⁵⁵ En México la revisión judicial toma normalmente dos años.¹⁵⁶

El ahorro en tiempo ha implicado también ahorro de dinero para las partes involucradas. Los ahorros de dinero resultan del hecho de que las partes tienen que pagar los honorarios de sus abogados (que generalmente cobran por tiempo dedicado al caso) por un periodo menor de tiempo. Dichos ahorros también surgen debido a que las partes saben de antemano que una decisión definitiva será emitida en un tiempo preestablecido y no estará sujeta a apelación. Así se reduce la incertidumbre. Esto, a su vez, ha mejorado la capacidad de las partes para calcular los costos y beneficios, disminuyendo los altos costos de información anteriores.¹⁵⁷ Además, con los paneles se produce una transferencia de costos de los particulares a los gobiernos. Dentro de las reglas del Capítulo 19 es el gobierno que ha recibido una solicitud del particular, el que tiene que presentar la disputa ante el secretariado, esto constituye una forma de subsidio que reduce los costos legales todavía más.¹⁵⁸

La implicación más importante de la reducción del tiempo y los costos de los particulares es el aumento del acceso a la justicia para los particulares y la desincentivación de resoluciones definitivas injustificadas. Bajo el sistema anterior, los abogados frecuentemente desalentaban a los clientes que buscaban apelar una resolución definitiva en materia de cuotas compensatorias y antidumping debido a sus altos costos y a la incertidumbre de sus resultados.¹⁵⁹ Al no enfrentar oposición los órganos administrativos tenían incentivos para aplicar las

normas legales de una manera laxa, ya que la posibilidad de que sus resoluciones definitivas fueran impugnadas era mínima.¹⁶⁰ Así, si bien no se puede evaluar fácilmente el efecto desincentivador de los paneles, sí puede afirmarse que bajo el nuevo sistema se han establecido los incentivos básicos para reducir la protección administrada.

Pero la ventaja del acceso mejorado a la revisión judicial perdería su atractivo si no estuviera ligada a un juicio imparcial y justo. La desincentivación de conductas violatorias no tendría lugar a menos que los organismos administrativos se den cuenta de que sus resoluciones definitivas pueden ser devueltas si no cumplen con las normas legales. Más aún, en la medida en que el sistema de paneles persigue lograr el objetivo de desincentivar las prácticas comerciales desleales, la revisión por un panel deberá acompañarse de decisiones de calidad, consideradas objetivas por los países involucrados. La experiencia en el funcionamiento del Capítulo 19 en el ALC ha mostrado que las resoluciones definitivas de los organismos administrativos pueden ser devueltas y anuladas. Las opiniones de expertos en relación a la calidad de las decisiones hasta ahora producidas por los **paneles** concurren en afirmar que son, en general, de buena calidad. Un indicador de la buena calidad general de las decisiones de los **paneles** es el hecho de que la gran mayoría de estas han sido por unanimidad, que las vocaciones no se han dado en bloques nacionales y que en ningún caso ha habido más de un miembro en desacuerdo.

I. Probando el sistema de paneles: el caso del puerco

A pesar de la satisfacción generalizada con la calidad de las decisiones del sistema, el Capítulo 19 ha recibido varias críticas de parte de los estadounidenses en relación con el caso del puerco (*the Pork Case*)¹⁶¹. La decisión del panel en este caso generó enorme oposición de diferentes sectores en Estados Unidos debido a que estos consideraron que no se aplicó el derecho estadounidense. Varios miembros del congreso y funcionarios del gobierno manifestaron su insatisfacción y presionaron a las autoridades administrativas para que presentaran un reto extraordinario como forma de impugnar la decisión del panel. Cuando finalmente el comité de reto extraordinario rechazó la solicitud estadounidense de

154. MURPHY, *op. cit. supra* nota 152, p. 593. Véase también STEGER, *op. cit. supra* nota 29, p. 50.

155. En (as cortes de Estados Unidos toma un año completar la primera apelación ante la Corte de Comercio Internacional ("Court of International Trade"), y en varias ocasiones hasta 2 ó 3 años. La segunda apelación ante la Corte de Apelaciones del Distrito Federal ("Court of Appeals for the Federal District") toma un año o más. En Canadá las apelaciones toman de 2 a 4 años, muy pocos casos llegan a la Suprema Corte de ese país. Véase Gary HORLICK, *op. cit. supra* nota 41, p. 108.

156. Eso considera el tiempo que le toma al Tribunal Fiscal de la Federación decidir el juicio de nulidad administrativa (ocho meses y medio más un tiempo indeterminado que se dedica a la etapa probatoria), más el tiempo que le tomaría al Tribunal Colegiado de Circuito resolver el amparo directo (un año).

157. Véase HORLICK y VALENTINE, *op. cit. supra* nota 49, p. 108.

158. Véase STEGER, *op. cit. supra* nota 29 at 58. Also HORLICK y VALENTINE, *id.*, p. 110.

159. Gary HORLICK y VALENTINE, *op. cit. supra* nota 49, p. 108.

160. STEGER, *op. cit. supra* nota 29, p. 59.

161. Caso "In the Matter of: Fresh, Chilled, and Frozen Pork from Canada", Secretariat File No. USA-89-1904-06 [en adelante Pork].

anulación,¹⁶² las autoridades administrativas reiteraron públicamente que **no** estaban de acuerdo con la decisión, pero la obedecieron.¹⁶³

Debe señalarse que el hecho de que los miembros del comité fueran unánimes en su decisión y de que también varios comentaristas compartieran la opinión del panel muestra que la decisión no fue necesariamente de mala calidad sino más bien que fue de naturaleza polémica. El caso del puerco ha sido el único entre muchos que ha generado esta respuesta negativa. En el resto de los casos la percepción sobre la calidad del trabajo de los paneles ha sido positiva.

El caso del puerco ha funcionado como un test de la obligatoriedad de las decisiones de los paneles incluso bajo las circunstancias más controvertidas. El hecho de que hasta ahora todas las decisiones de los paneles han sido cumplidas e implementadas directamente por las autoridades nacionales ha probado ser una gran ventaja del sistema. A diferencia de la experiencia con las resoluciones de paneles del GATT que frecuentemente no son implementadas o sólo lo son después de largo tiempo, el Capítulo 19 probó ser efectivamente obligatorio incluso cuando -como en el caso del puerco, la parte afectada no compartió la opinión sustantivo contenida en la decisión del panel.

El sistema ha mostrado que funciona para alcanzar los principales objetivos que las partes tenían en mente cuando lo concibieron: los paneles son efectivos en tanto aplican correctamente el derecho y resuelven las disputas en un corto período de tiempo. Así se ataca la protección administrada y se controlan las prácticas comerciales desleales.

B. Logro de objetivos secundarios: armonización

Las otras ventajas que se esperaban del Capítulo 19 son más difíciles de evaluar. Se esperaba que la operación del capítulo contribuiría a la socialización regional de expertos y llevaría a la armonización de las leyes regionales a través de interpretaciones comunes. Sin duda alguna tanto el ALC como el TLC han promovido muchos contactos entre abogados especialistas en derecho comercial internacional, funcionarios administrativos y empresarios de los tres países que no habrían ocu-

rido de otra manera, Los académicos de los tres países han escrito de manera extensa sobre el ALC y el TLC. Además, el trabajo de los paneles debe, seguramente, haber generado mayor conocimiento entre los panelistas en relación a las leyes de comercio internacional del otro país. En particular, debido a la diferencia entre el número de casos en los dos países, los panelistas canadienses han tenido mayor oportunidad de aprender acerca de las leyes antidumping y de cuotas compensatorias de Estados Unidos. Todos estos casos representan instancias de integración regional desde abajo. Determinar si esos contactos traerán como resultado una socialización significativa no es factible. Además es difícil determinar si la socialización que está teniendo lugar va a resultar en una interpretación común de las leyes antidumping y de cuotas compensatorias. Sin embargo debe esperarse que el hecho de que diferentes panelistas estarán aplicando diferentes normas nacionales y principios diferentes de interpretación llevará de manera natural a interpretaciones diferentes y no similares. Determinar si esos panelistas promoverán instituciones legales comunes fuera del sistema de paneles es un asunto diferente. En este último caso la armonización de las leyes podría resultar de la señalización de individuos influyentes de los tres países.

Debe notarse que la armonización fue uno de los principales objetivos del Capítulo 19 del ALC como es patente en el hecho de que dicho tratado estableció un grupo binacional encargado de redactar un cuerpo de reglas comunes para resolver disputas en materia de subsidios y dumping. Esas reglas substituirían eventualmente la operación de las leyes antidumping y de cuotas compensatorias entre los dos países. Si bien en el tiempo en que el ALC estuvo en operación otros países alcanzaron la eliminación de las cuotas compensatorias y antidumping entre sí, existen signos que apuntan en el sentido de que América del Norte ha retrocedido. La entrada de México al régimen de libre comercio aumenta la dificultad de alcanzar la armonización. El ALC ha sido suspendido dejando sus acciones armonizadoras pendientes. La comparación del ALC y el TLC en este respecto es interesante: en el ALC se creó un grupo de trabajo que buscaría desarrollar dichas reglas comunes en un periodo de 5 a 7 años.¹⁶⁴ El ALC estableció que si al fin del periodo de 7 años no se establecía el sistema de reglas comunes cualquiera de las partes firmantes tenía la

162. Pork, 13 1TRD (BNA) 1859 (Extraordinary Challenge Committee 1991).

163. Se señala que Carla HILLS quien entonces tenía el cargo de U.S. Trade Representative dijo: "Perdimos, y cumpliremos." Gary HORIZONTAL, *op. cit.*, *supra* nota 41, p. 11.

164. ALC, *op. cit.*, *supra* nota 1, art. 1907 (donde se establece el grupo de trabajo) y art. 1906 (donde se establecen los plazos y términos).

opción de declarar la terminación del tratado.¹⁶⁵ El TLC solamente establece la posibilidad de consultas sobre el potencial de desarrollar reglas norteamericanas en esta materia con las cuales substituir las reglas nacionales.¹⁶⁶ Esos cambios muestran que el objetivo de armonización en esta área tendrá que esperar más de lo anticipado.¹⁶⁷

C. Problemas y limitaciones

1. Operación desigual

Quizá uno de los problemas inherentes del sistema del artículo 1904 sea el hecho de que opera de manera desigual. Hay dos maneras en las que el sistema ha sido desigual. Primero, debido a que ha sido utilizado mucho más frecuentemente por Canadá para impugnar las resoluciones definitivas de las autoridades administrativas de Estados Unidos, que viceversa. Segundo, debido a que el estándar de revisión judicial es más estricto en Estados Unidos que en Canadá, el nivel de escrutinio al cual se someten las resoluciones definitivas estadounidenses es más alto que aquel al que se someten las de su vecino norteamericano. Por ello, el sistema favorece a Canadá.

Dicha situación ha creado algún resentimiento entre los estadounidenses. Analistas canadienses han señalado que el mayor número de casos iniciados por canadienses es tan sólo una consecuencia natural del hecho de que se han presentado más casos de antidumping y cuotas compensatorias contra productores canadienses en Estados Unidos que viceversa. Por ello, el pecado original puede no recaer en la litigiosidad de los canadienses sino en el activismo administrativo de los estadounidenses. Por lo que toca a la segunda situación, el desequilibrio resulta del hecho de que el sistema del artículo 1904 se basa en la premisa de que las leyes nacionales (y las normas que determinan el alcance de la revisión judicial) se mantendrán sin cambios. En las negociaciones del ALC, fueron los negociadores estadounidenses y no los canadienses los que lucharon por la conservación de las leyes nacionales de competencia desleal. Por ello, de nueva cuenta la culpa recaería sobre la parte acusadora, es

decir la estadounidense. La única solución definitiva a los problemas causados por la diferencia en las normas nacionales que determinan el alcance de la revisión judicial, sería la armonización de las leyes.

No resulta claro el que la entrada de México agrave dichos problemas. El alcance de la revisión judicial en México es al menos tan estricto como el de Estados Unidos. Por otra parte, México tiene una bien merecida reputación de ser muy activo en el campo de cuotas compensatorias y antidumping, lo cual podría resultar en una proliferación de casos contra sus autoridades ante paneles del artículo 1904. De esta manera, el equilibrio final seguiría siendo favorable a Canadá, mientras que México y Estados Unidos serían afectados por el desequilibrio.

Debe notarse que la armonización fue uno de los principales objetivos del Capítulo 19 del ALC como es patente en el hecho de que dicho tratado estableció un grupo binacional encargado de redactar un cuerpo de reglas comunes para resolver disputas en materia de subsidios y dumping.

2. Problemas técnicos: falta de facultades para resolver mociones

La experiencia del ALC ha permitido que diferentes observadores señalen algunas debilidades procedimentales del sistema. Dichas debilidades pueden haber resultado del hecho de que las reglas procedimentales fueron negociadas de manera apresurada.¹⁶⁸ La principal debilidad del sistema se refiere al hecho de que el ALC y sus reglas del procedimiento dejaron varios aspectos procedimentales sin resolver y a que el sistema carece de un mecanismo autorizado para resolver mociones de las partes.¹⁶⁹ Además la única institución permanen-

165. *Id.*, art. 1906.

166. TLC, *op. cit.*, *supra* nota 3, artículo 1907(2) ["The Parties further agree to consult on: (a) the potential to develop more effective rules and disciplines concerning the use of government subsidies; and (b) the potential for reliance on a substitute system of rules for dealing with unfair transborder pricing practices and government subsidization."]

167. Se debe esperar que la Ronda de Uruguay resulte en algún grado de armonización.

168. MURPHY, *op. cit.*, *supra* nota 152, p. 598.

169. En la crítica anglosajona se señala que el sistema carece de un juez formal de mociones ("a formal motions judge"), el equivalente mexicano sería un secretario autorizado para resolver las mociones iniciadas por las partes firmantes.

te para asuntos relacionados con el Capítulo 19, i. e., el secretariado, carece de autoridad formal para proponer y realizar enmiendas a las reglas de procedimiento.

Algunos ejemplos de los problemas que han surgido en la operación del artículo 1904 son los siguientes:

- a) el secretariado carece de autoridad formal para: decidir asuntos relacionados con los plazos máximos para realizar mociones, resolver las mociones de eliminar o añadir elementos al expediente, y para decidir sobre la capacidad legal de las partes involucradas.
- b) No existen reglas binacionales relativas al manejo de información confidencial o para la emisión del equivalente de las órdenes judiciales proteccionistas, para el [automatic joinder of related claims, the issuance of interim notices].

Adicionalmente han surgido problemas sustantivos relativos a: la validez de la revisión binacional de enmiendas legislativas, la forma en que las partes firmantes podrían preservar sus derechos constitucionales en foros alternativos.

En la práctica muchos de los problemas que normalmente serían resueltos por un "juez formal de mociones" en los países de sistema jurídico anglosajón han sido atendidos por el secretariado nacional a través de discusiones internas informales. Por otra parte, de acuerdo con James Holbein, el entonces secretario estadounidense, los problemas que resultan de la ausencia de reglas de procedimiento han sido resueltos por el secretariado trabajando de manera cercana con la oficina del consejero general del representante comercial de Estados Unidos y el consejero general del Ministerio de Comercio Internacional de Canadá.¹⁷⁰ Finalmente otros problemas han sido resueltos por los paneles al entregar su decisión definitiva. Así, si bien se han presentado varios problemas procedimentales ninguno ha alcanzado un nivel crítico. Además, la labor del secretariado para facilitar el trabajo de los paneles ha sido descrito como muy positivo por varios especialistas.

Debido a que la mayoría de las limitaciones resultan de lagunas en las reglas de procedimiento y de la imposibilidad de modificarlas sin realizar una negociación formal entre las partes firmantes, se señaló que las negociaciones del TLC presentaban una buena oportunidad para enfrentar esos problemas. A pesar de las varias voces que demandaban

estas reformas, el TLC no creó un juez formal de mociones. Sin embargo, tocó el tema de las mociones y creó las bases para resolver problemas de este tipo en sus nuevas reglas de procedimiento.¹⁷¹

3. Necesidad de decisiones judiciales creativas e imposibilidad de evitar sentar precedentes

La intención explícita de los negociadores del ALC de no introducir cambios en la legislación nacional vigente de antidumping y cuotas compensatorias, a través de un tratado internacional o de un órgano supranacional, se tradujo en dos disposiciones: a) los paneles binacionales están obligados a aplicar las leyes nacionales de antidumping y cuotas compensatorias, y b) las decisiones de los paneles no sentarán precedente. Sin embargo, en algunos casos hacer compatibles esas dos obligaciones puede resultar muy complicado. Los problemas surgen cuando la normatividad nacional que los paneles están obligados a aplicar incluye dos decisiones en conflicto. Aplicar una implicaría negar la otra. Además, decidir en favor de una tendría, en sistemas legales que adoptan la doctrina del *stare decisis*, el aire de sentar un precedente. El caso del Puerto presentó una de tales situaciones y mostró cuán importante podría llegar a ser dicho problema. Problemas similares surgen cuando existe una laguna legal relativa a un asunto crucial para la solución de un caso. En tal circunstancia si el panel no crea una regla para resolver el caso, no podrá decidirlo. Por otra parte, si el panel crea una regla puede decidir el caso, pero al tiempo que lo hace está sentando un precedente en donde ninguno existe. El hecho de que el TLC claramente estipula que las decisiones de los paneles no sientan precedente vuelve el problema menos grave pero no necesariamente lo resuelve. Aún cuando sólo fuera para el caso que deciden, los paneles pueden potencialmente crear nuevas reglas a través de la interpretación legal. Además, una decisión bien razonada de un panel puede tener un valor de precedente de facto. Las anteriores situaciones revelan que el procedimiento de los paneles no puede escapar de los problemas y las dinámicas del proceso judicial, ni tampoco pueden escapar su naturaleza supranacional.

170. *Forum, op. cit., supra* nota 42, p. 349.

171. TLC, *op. cit., supra* nota 3, artículo 1904.14 contiene la obligación de las partes de adoptar las reglas de procedimiento de los paneles para el 1.º de enero de 1994 y hace una lista de los asuntos que habrán de considerarse en dichas reglas. Dos asuntos se añadieron a dicha lista: la protección de información confidencial del gobierno [government classified information] y la de mociones ("motions").

Es importante notar que esas situaciones no presentan una amenaza seria al sistema. Son necesariamente marginales. La gran mayoría de los casos que se presenten ante los paneles van a encontrar soluciones poco controvertidas en la normatividad nacional. Sin embargo, cuando una situación sea política o socialmente controvertida, la capacidad de los paneles para crear nuevas reglas a través de la interpretación puede generar críticas que señalen que los paneles no aplicaron de manera estricta las leyes nacionales de antidumping y de cuotas compensatorias.

4. Inadecuación de los paneles para resolver disputas políticas

Una crítica que comúnmente se le hace al sistema de paneles del artículo 1904 es que, debido a que es tan legalista, no es adecuado para resolver problemas altamente politizados. Ejemplos de materias políticamente muy sensibles en norteamérica serían las exportaciones de madera canadiense o los controles de precios del petróleo en México. Otro ejemplo sería la definición de subsidios compensables en cualquiera de los tres países.¹⁷² Esas materias son demasiado sensibles internamente para ser resueltas a través de adjudicación supranacional. Enfrentar esos problemas como si se tratara simplemente de asuntos técnicos de comercio podría poner al sistema del capítulo 19 en peligro de destrucción. Dichos problemas deberían resolverse a través de negociaciones.¹⁷³ Estos argumentos son, desde luego, similares a aquellos que se hacen en contra de la actual tendencia legalista en las resoluciones de disputas del GATT.

Existe un factor que hace remota la posibilidad de que asuntos políticamente sensibles destruyan los mecanismos de resolución de disputas del TLC. El Capítulo 19 fue creado para enfrentar la influencia política de una manera aceptable. A diferencia de la resolución de disputas del GATT, el sistema del Capítulo 19 está basado en la aplicación de leyes y normatividad nacionales. Por ello, la resolución supranacional del artículo 1904 no deberá diferir de la resolución nacional. A diferencia de esto los paneles del GATT pueden decidir una disputa señalando la invalidez de leyes nacionales que se consideran violatorias del GATT.

Además, la resolución de disputas del Capítulo 19 parecería tender naturalmente a la despolitización

de disputas. Por una parte, es capaz de resolver los complejos problemas técnicos que están detrás de muchas disputas controvertidas.⁷⁴ También al producir resoluciones definitivas de manera rápida, técnicamente objetiva e independiente desalienta a los grupos de interés que podría tener interés en ejercer presiones sobre el proceso. En palabras de Gary Horlick: "Si resulta claro que existe un mecanismo y que no puede hacerse nada sobre la respuesta que éste genera, la gente tiende a no ejercer tanta presión sobre éste."¹⁷⁵

5. Carencia de un procedimiento de apelaciones

Se ha señalado varias veces la necesidad de incorporar un procedimiento de apelaciones en el sistema de paneles del artículo 1904. El objetivo de dichas propuestas es introducir un mecanismo a través del cual la aplicación incorrecta de las leyes nacionales por parte de los paneles del artículo 1904 pueda corregirse.

Muchas de estas propuestas surgieron en conexión con la decisión del primer comité del reto extraordinario que se presentó en relación al controvertido caso del puerco. Antes de la decisión del comité no existía un consenso claro sobre el funcionamiento del procedimiento del reto extraordinario. Mientras para algunos dicho procedimiento debería servir como una apelación de las decisiones de los paneles del artículo 1904, otros lo veían como un procedimiento "extraordinario" que debía ser utilizado sólo en casos excepcionales. El debate acerca de la verdadera naturaleza del reto extraordinario era en realidad un debate acerca de la necesidad de un procedimiento de apelaciones. La decisión de invocarlo como si fuera una apelación en el caso del puerco fue vista por funcionarios canadienses, académicos y litigantes de ambos países, como una acción que podría amenazar la existencia misma del sistema del artículo 1904. La experiencia del arbitraje en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) había mostrado que un procedimiento de apelaciones considerado de carácter excepcional podía ser transformado en una fuente de enormes demoras e incertidumbre, eliminándose de esta manera una de las más importantes ventajas del arbitraje: velocidad y definitividad. La decisión del comité en el caso del puerco dejó en claro que el procedimiento del reto extraordinario es un mecanismo que sólo

1. Opinión del Sr. KALNAY, *id.*, p. 419.
2. Opinión del Sr. STEIN, *id.*, p. 418.

174. Opinión del Sr. HORLICK, en *Forum, op. cit.*, *supra* nota 42, p. 403.
175. *Id.*

Una crítica que comúnmente se le hace al sistema de paneles del artículo 1904 es que, debido a que es tan legalista, no es adecuado para resolver problemas altamente politizados.

será usado en circunstancias excepcionales. Dicha decisión parece la correcta: introducir un mecanismo de apelación, ya sea bajo el nombre de reto extraordinario o bajo un nombre diferente, pondría en peligro el sistema del artículo 1904 sin arrojar una ganancia significativa. Debido a que la calidad de las decisiones de los paneles ha sido buena en la gran mayoría de los casos que se han presentado hasta ahora, las ganancias de introducir un procedimiento de apelaciones parecen reducidas mientras que las pérdidas son potencialmente muy grandes.

6. Conflictos de interés

Para su operación los paneles del artículo 1904 han dependido de la participación como panelistas de litigantes de derecho comercial internacional. Los litigantes pueden actuar como panelistas en las revisiones binacionales de los paneles y participar en acciones significativamente similares ante los organismos administrativos del gobierno cuyas acciones están juzgando. Esto ha provocado críticas sobre la base de que dichas situaciones pueden dar pie a conflictos de interés.¹⁷⁶ Los litigantes podrían tener interés en decidir -durante su actuación como panelistas- un caso de una manera determinada, debido al posible impacto que la decisión del panel pudiera tener en otros casos en los que ellos litigan -como abogados de particulares- ante los órganos administrativos o los tribunales.¹⁷⁷ Además, el hecho de que un abogado se presente dentro de la lista de panelistas del artículo 1904 puede atraerle clientes que busquen ganar ventajas potenciales¹⁷⁸.

La crítica de los litigantes de derecho comercial internacional se encuentra ligada frecuentemente a la preferencia por jueces. El debate en el fondo es entre escoger la justicia de los litigantes o la justicia de los jueces. A diferencia de los primeros, los jueces son más imparciales debido, entre otras cosas, al hecho de que ellos no enfrentan conflictos de interés y a que sus comisiones son generalmente permanentes.¹⁷⁹ El problema de los conflictos de interés podría afectar la percepción pública de la operación del Capítulo 19.

Este problema es más importante para Estados Unidos debido a la preocupación general acerca de la influencia de grupos de interés, cabilderos y abogados, que fue evidente en la campaña presidencial de 1992.

El TLC enfrentó el problema al señalar que "la lista [de panelistas del artículo 1904] incluirá en el mayor grado posible a jueces en activo o retirados."¹⁸⁰ Dicha disposición no se encontraba en el ALC. La nueva disposición podría tener una importancia limitada debido a que bajo los códigos judiciales de conducta existentes los jueces en activo no pueden actuar como árbitros¹⁸¹. Además, a pesar de ese cambio respecto a la preferencia por litigantes en el ALC, el TLC continúa manteniendo una preferencia por panelistas abogados,¹⁸² y por ello los conflictos de interés potenciales seguirán subsistiendo. Una razón para que se haya mantenido dicha disposición es que el sistema ha funcionado adecuadamente con litigantes actuando como panelistas. En general dichos individuos conocen bien el derecho antidumping o de cuotas compensatorias y, por lo mismo, pueden ser vistos como un factor que ha contribuido de manera importante a la calidad de las decisiones de los paneles.

176 Véase CANNON, Jr., "Binational Panel Dispute Settlement under Article 1904 of the United States-Canada Free Trade Agreement: A Procedural Comparison with the United States Court of International Trade", *Law and Policy in International Business*, vol. 22, 1991, pp. 689, 690, y 705-709. Véase también MURPHY, *op. cit.*, *supra* nota 152, p. 600

177 Como mencioné anteriormente, a pesar de las limitaciones formales, una decisión particularmente bien razonada de un panel se puede convertir de facto en un precedente.

178 MURPHY, *op. cit.*, *supra* nota 152, p. 601. Curiosamente esto proporciona una explicación adicional de porque, a pesar de la relativamente baja paga que se les otorga, no ha existido una escasez de panelistas.

179. "El nombramiento vitalicio de sus jueces evita los conflictos de interés inherentes en los paneles del ALC, cuyos miembros deciden sobre apelaciones y actúan como abogados privados en casos significativamente similares ante las oficinas gubernamentales que juzgan" CANNON, Jr., *op. cit.*, *supra* nota 176, p. 690.

180. TLC, *op. cit.*, *supra* nota 3. Anexo 1901.2(1).

181. BELLO y HOLMER, *op. cit.*, *supra* nota 7, p. 805-806.

182. "La mayoría de los panelistas serán abogados en pleno disfrute de sus derechos" [A majority of the panelists shall be lawyers in good standing.] TLC, *op. cit.*, *supra* nota 3. Anexo 1901.2(2).

Debe señalarse que la mayor parte de las situaciones en que se pudieran presentar conflictos de interés ya han sido anticipadas en el código de conducta. La experiencia hasta la fecha ha sido que las disposiciones en materia de conflictos de interés han sido aplicadas. En algunos casos los litigantes se han retirado cuando las partes firmantes se expresaron en el sentido de que se había caído en una situación de conflicto de interés.¹⁸³ Es significativo notar que el caso del puerco se demoró debido al retiro y reemplazo de un panelista.¹⁸⁴ En cualquier caso será posible enfrentar los problemas de conflicto de interés de manera más estricta a la utilizada en el ALC, en el nuevo código de conducta para el TLC si las partes firmantes están dispuestas a pagar los costos asociados con tal decisión. Por ejemplo, si se prohibiera a los panelistas cuya profesión fuera la de litigante, el ocuparse de otros asuntos durante el tiempo que sirvieran como panelistas, habría necesidad de aumentar sus percepciones económicas para que estuvieran dispuestos a trabajar en los paneles.

7. Problemas constitucionales del sistema

Quizá los problemas más serios enfrentados por el sistema del artículo 1904 sean los constitucionales. Dichos problemas se presentan tanto en Estados Unidos como en México. En ambos sistemas son los elementos supranacionalista del sistema los que de una manera u otra entran en conflicto con las disposiciones constitucionales. En Estados Unidos dos problemas constitucionales han sido comentados en relación con el Capítulo 19. El primero es si existe un derecho constitucional a la revisión judicial de las resoluciones administrativas definitivas en materia antidumping y de cuotas compensatorias. Si la respuesta a esta cuestión es afirmativa, entonces la definitividad de la revisión binacional quedaría eliminada, destruyéndose con esto uno de los rasgos esenciales del sistema.

El segundo problema constitucional que se presenta en Estados Unidos es si la constitución de dicho país requiere que sea el presidente de Estados Unidos quien nombre a todos los miembros de los paneles

que deciden la aplicación de leyes estadounidenses. De ser afirmativa la respuesta en este caso la constitución entraría en conflicto con las disposiciones del Capítulo 19 sobre el nombramiento binacional de los panelistas, lo cual hecharía por tierra otro de los elementos esenciales del sistema.

En México se han expresado tres posibles conflictos constitucionales en relación con el Capítulo 19.¹⁸⁶ El primero se refiere a si la Constitución mexicana impide que el gobierno acuerde la exclusión de ciertas disputas en materia de antidumping y cuotas compensatorias de la jurisdicción de los tribunales mexicanos. Si la respuesta a esta cuestión fuera afirmativa entonces la validez de la firma del TLC por parte de México sería cuestionada, en lo que respecta al Capítulo 19.

El segundo conflicto en México es si la creación de los paneles del artículo 1904 violaría la prohibición constitucional en contra del establecimiento de tribunales especiales¹⁸⁷. Si esto fuera cierto entonces la constitución mexicana privaría de validez a las resoluciones de los paneles ya que éstas serían emitidas por órganos sin facultades.

El tercer conflicto es si la constitución mexicana prohíbe a los individuos renunciar a la revisión judicial.¹⁸⁸ De ser afirmativa la respuesta las resoluciones de los paneles serían inválidas por estar fundadas en una renuncia inválida por parte del individuo a la jurisdicción de los tribunales constitucionales mexicanos.

En ambos países, México y Estados Unidos, parte de la comunidad académica se ha opuesto al Capítulo 19 basada la consideración de su inconstitucionalidad. En Estados Unidos la legislación de aplicación del TLC fue redactada de tal manera que se previnieran los problemas que aparecerían si se presentaran impugnaciones a la constitucionalidad del TLC. Un caso de impugnación por inconstitucionalidad se ha presentado pero está todavía pendiente de resolución. En México también se podría prevenir las impugnaciones a la constitucionalidad del TLC en la legislación de aplicación. La preponderancia tradicional del Poder Ejecutivo en México

183. BELLO y HOLMER, *op. cit.*, supra nota 7, p. 808.

184. *Id.*, p. 809.

185. Por ejemplo, a los litigantes de derecho comercial internacional se les permitió ocuparse de otros negocios al mismo tiempo que actuaban como panelistas ya que de otra manera habrían perdido oportunidades de negocios atractivas y pocos hubieran optado por actuar como panelistas. *Id.* Si la paga de los panelistas fuera comparable a sus ingresos como abogados sería más razonable demandarles exclusividad.

186. Un problema constitucional diferente se ha planteado en relación al TLC como un todo. Este problema es si el TLC afecta la "rectoría económica del estado" prescrita en el artículo 25 de la constitución mexicana. Véase las opiniones del Dr. Ruperto PATINO MANFER, en ORTEGA PIZARRO, "El Tratado de Libre Comercio contrario a la Constitución", *Proceso*, núm. 834,26 de octubre de 1992, pp. 16-19.

187. Opiniones del Dr. Ignacio BURGOA ORIHUELA, véase *Excelsior*, 24 de octubre de 1992, p. 5-A.

188. Véase El Juicio de Amparo contra las resoluciones del panel 1904 del capítulo 19 del actual acuerdo de libre comercio entre Estados Unidos y Canadá (manuscrito inédito y sin autor).

y su interés en mantener el sistema del Capítulo 19 es un factor que podría hacer muy difícil que las impugnaciones constitucionales al sistema en los tribunales mexicanos fueran exitosas.

VI. La entrada de México al Capítulo 19: el problema de interface

La negociación del TLC generó amplias discusiones respecto a si las profundas diferencias de idioma, sistemas antidumping y de cuotas compensatorias y tradiciones legales entre México, por un lado, y Estados Unidos y Canadá, por el otro, generarían obstáculos insalvables que impedirían el funcionamiento del sistema del Capítulo 19.¹⁸⁹ El Capítulo 19 fue visto como un sistema único adecuado a las necesidades especiales de dos vecinos muy especiales que tenían mucho en común y que eran Estados Unidos y Canadá. Por ello, no se consideraba que el sistema pudiera extenderse a otros países.¹⁹⁰ Por otra parte, el Capítulo 19 constituía una de las pocas ventajas significativas que México podía esperar como resultado de las negociaciones del TLC, y de negarse a concederla Estados Unidos perdería un importante elemento de negociación. También, dado el aumento del activismo administrativo mexicano en materia antidumping y de cuotas compensatorias, parecería que Estados Unidos y Canadá deberían estar interesados en incorporar a México al sistema.¹⁹¹ Además, cualquier argumento que Estados Unidos pudiera hacer a los mexicanos en el sentido de que no estaban a la altura del Capítulo 19 estaba destinado a herir la sensibilidad de éstos.¹⁹² Dadas estas situaciones el único curso de acción abierto a los negociadores estadounidenses era encontrar nuevas formas de superar las diferencias y resolver lo que constituía un problema de interface.

Las diferencias entre México y sus socios comerciales que podrían afectar las operaciones del capítulo 19 pueden dividirse en dos grupos. El primer grupo es el constituido por aquellas diferencias que afectan la operación del sistema del artículo 1904 pero no necesariamente impiden esta operación. En éste podemos agrupar a las diferencias de idioma y "tradición legal" en un sentido general. El idioma constituye ciertamente una barrera importante. Sin embargo es una barrera cotidianamente superada en los arbitrajes comerciales internacionales que tienen lugar en diferentes partes del mundo¹⁹³. Además, el español de México no es más ajeno al inglés que el francés hablado en Quebec, Canadá. El efecto de las diferencias de idioma puede ser superado si se cuenta con medios de apoyo adicionales en los secretariados en materia de traducciones, etc. Las diferencias que existen entre la tradición anglosajona del *Common Law* y la del derecho romano-germánico pueden superarse sin grandes problemas. La experiencia internacional muestra que los arbitrajes comerciales conducidos por abogados de países de la tradición del *common law* descansan más en litigantes activos, mientras que los arbitrajes de países de la tradición romano-germánica descansan más en árbitros activos. También varía la importancia que una y otra tradiciones asignan al procedimiento oral o escrito. Sin embargo, dichos problemas no son muy serios y pueden ser atendidos en las disposiciones de las reglas del procedimiento. Además, no debe olvidarse que si bien el sistema legal mexicano sigue la tradición romano-germánica, también lo hacen partes de Canadá (i. e. Quebec) y de Estados Unidos (i. e. Louisiana).

Un obstáculo más importante, en lo tocante a la incorporación de México en el sistema del Capítulo 19, se refiere a las más profundas diferencias entre los sistemas jurídicos. El sistema del artículo 1904 se basa en la premisa de que las leyes y normas existentes deberán ser mantenidas y aplicadas por los paneles de la misma manera en que éstas serían aplicadas por las autoridades nacionales. Lo anterior se vuelve problemático cuando dichas leyes son poco claras o inadecuadas, cuando las prácticas administrativas son inapropiadas, oscuras o desconocidas, y cuando las decisiones judiciales son muy vagas o inexistentes. En dichas circunstancias los paneles van a enfrentar problemas para llegar a so-

189. Véanse opiniones de William K. INCE, Lisa B. KOTTEN y James A. TOUPIN, en *Forum*, *op. cit.*, *supra* nota 42, pp. 360, 376,405.

190. James A. TOUPIN señaló que la historia legislativa de la aprobación del ALC indicaba la necesidad de ser cautelosos sobre su posible extensión a otro país, *Id.*, p. 376.

191. Sra. ANDERSON, *Id.*, p. 426. Véase también Ernesto RUBIO DEL CUE-TO, "Countervailing Duties Affecting United States-Mexican Trade", *Houston Journal of International Law*, vol. 12, 1991, pp. 323, 335. El autor reporta las quejas de compañías estadounidenses involucradas en procedimientos *antidumping* en México,

192. *Forum*, *op. cit.*, *supra* nota 42, p. 426.

193. LOWENFELD señaló que su experiencia como arbitro internacional muestra que superar las diferencias de lenguaje y cultura es algo que puede hacerse. *Id.*, p. 430-431. *Cfr.* MCKINNEY, "Dispute Settlement Under the United States-Canada Free Trade Agreement", *Journal of World Trade*, vol. 25, 1991, pp. 117, 125.

El sistema administrativo mexicano ha sido caracterizado como proteccionista por ser extremadamente activo en la realización de investigaciones antidumping y de cuotas compensatorias.

luciones y decisiones apropiadas. Al no encontrar guía en la normatividad existente los paneles tendrán un campo más amplio para "crear" soluciones a los problemas pero también tendrán problemas adicionales para entrar en desacuerdo, o para votar en bloques ideológicos o nacionales. Todavía más importante es el hecho de que si la normatividad nacional que los paneles están obligados a aplicar es deficiente, las otras partes firmantes podrían decidir que el sistema no les otorga beneficios comparables a los que ellas mismas están otorgando. En tales casos el beneficio del Capítulo 19 simplemente reduciría el tiempo y el costo de generar decisiones de poca calidad en materia antidumping y de cuotas compensatorias.

El sistema legal mexicano presenta algunos de los problemas descritos en el párrafo anterior: sus leyes en la materia están menos desarrolladas, sus prácticas administrativas son más oscuras o incluso desconocidas y las decisiones judiciales han sido muy escasas, insuficientes para apoyar el desarrollo de la normatividad en la materia. Además, varios aspectos específicos de las leyes mexicanas, canadienses y estadounidenses son diferentes. Por lo anterior, la entrada de México podría causar algunos de los problemas que señalamos en el párrafo anterior. Sin embargo, si el problema se observa desde esa perspectiva se pierde mucha información relevante. Por lo mismo, se analizará con mayor detenimiento las diferencias entre los sistemas legales nacionales en cada uno de los aspectos mencionados: revisión judicial, prácticas administrativas y normatividad.

La revisión judicial de actos administrativos, ha existido en México desde el último cuarto del siglo XIX y se encuentra considerablemente desarrollada. Comparada con la de Estados Unidos, la tradición mexicana es relativamente reciente y poco desarrollada, pero comparada con la de Canadá, la mexicana no lo es. La revisión judicial como tal sólo apareció en Canadá al final de la década de los años ochenta. En el campo de antidumping y cuotas compensatorias las tradiciones legales de los tres países son relativamente recientes. Hasta hace muy poco Canadá carecía por completo de casos de antidumping. En Estados Unidos, durante los primeros 77 años de existencia de su ley en la materia no se presentaron casos de antidumping o cuotas com-

pensatorias.¹⁹⁴ A pesar de lo anterior la revisión judicial de resoluciones definitivas en materia de antidumping y cuotas compensatorias en México se encuentra mucho menos desarrollada que en Estados Unidos dada la juventud del sistema y el pequeño tamaño de su mercado.¹⁹⁵

Los procedimientos administrativos mexicanos presentan problemas de compatibilidad más serios. Un primer problema es la falta de experiencia; México promulgó su primera ley de antidumping y cuotas compensatorias apenas en 1986 y sus autoridades administrativas sólo emitieron una resolución definitiva en un caso antidumping y de cuotas compensatorias en 1987.¹⁹⁶ Esta desventaja es relativa ya que entre los países en desarrollo el sistema administrativo mexicano es el más activo y experimentado.¹⁹⁷ El problema más serio del sistema administrativo mexicano es la falta de transparencia en los procedimientos.¹⁹⁸ Las autoridades mexicanas han fallado en revelar información relativa a los alegatos de la industria y los argumentos en los que se basan para emitir sus resoluciones definitivas de antidumping y cuotas compensatorias.¹⁹⁹ La obscuridad del procedimiento es como una manera de proteger la información industrial para que no sea descubierta. Este problema está ligado a la ausencia, en México, de un sistema administrativo de órdenes proteccionistas (i. e. *administrative protective order system*) que permita aumentar la canti-

194. "En Estados Unidos... no existió un proceso de revisión judicial bien establecido para casos *antidumping* hasta 1980." Unites States General Accounting Office, *Report to Congressional Requesters Comparison of U.S. and Foreign Antidumping Practices* (GAO/NSIAD-91-59) p. 39 [en adelante GAO].

195. *Id.*, p. 42. El tamaño del mercado es importante ya que determina los beneficios esperados por el exportador al decidirse a buscar una solución judicial. Si el mercado es muy pequeño los beneficios esperados serán pequeños. Por ello, mercados pequeños generarán menos casos de revisión judicial.

196. ORTEGA GÓMEZ, *op. cit.*, *supra* nota 30, p. 210.

197. ROWAT, *op. cit.*, *supra* nota 36, pp. 21-22.

198. *Id.*, p. 20; véase también GAO, *op. cit.*, *supra* nota 194, pp. 25-34. La falta de transparencia de algunos procedimientos administrativos mexicanos también se encuentra mencionada y regulada por el TLC en áreas tales como inversión extranjera y compras de gobierno. El impacto del TLC en esas áreas ha sido ya considerable: "El TLC pone fin a la naturaleza arbitraria que caracteriza actualmente al sistema legal, y fortalece al poder judicial en México." Luis RUBIO y Alan DE REMES, *op. cit.*, *supra* nota 9, pp. 302-303.

199. GAO, *op. cit.*, *supra* nota 194, p. 27.

dad de información disponible sin comprometer la confidencialidad.²⁰⁰ Debe señalarse que la creación de dicho sistema es considerada muy cara, y resulta más difícil de justificar para un país en desarrollo como México. Tanto Estados Unidos como Canadá han progresado en este sentido.

El sistema administrativo mexicano ha sido caracterizado como proteccionista por ser extremadamente activo en la realización de investigaciones antidumping y de cuotas compensatorias.²⁰¹ Una razón para lo anterior es lo reducido de la evidencia que se requiere para iniciar una investigación antidumping y de cuotas compensatorias. Esta es una característica que el sistema administrativo mexicano comparte con el estadounidense y en la cual el sistema canadiense difiere.²⁰²

Las diferencias en las leyes antidumping y de cuotas compensatorias también son importantes. Si bien la normatividad mexicana está basada en los Códigos del GATT y comparte los mismos elementos básicos de los sistemas de Canadá y Estados Unidos, existen varias diferencias sustantivas. De la misma manera que en Estados Unidos, pero a diferencia de Canadá, en México las investigaciones antidumping y de cuotas compensatorias son conducidas por el poder ejecutivo. La mayor diferencia entre México y los otros sistemas legales es la falta de especificidad de las leyes mexicanas que resulta de la ausencia de interpretaciones administrativas o judiciales.²⁰³ Algunos conceptos de las leyes antidumping y de cuotas compensatorias, tales como "precio comparable", "producción nacional", "amenaza de daño", etc., no están suficientemente desarrollados.²⁰⁴ Otros conceptos presentes en las leyes de Estados Unidos como "subsidios upstream" y "dumping upstream" no existen en México.²⁰⁵ Sin embargo, en general la normatividad mexicana está evolucionando constantemente en una dirección que la hace cada vez más similar a la de Estados Unidos²⁰⁶.

A pesar de los temores el TLC incorporó a México en el sistema del Capítulo 19. Sin embargo, su redacción final mostró que esos temores tuvieron un impacto considerable. Dos provisiones que enfrentan el problema de interface pueden ser localizados en el TLC: a) la importante reforma del sistema mexicano antidumping y de cuotas compensatorias para hacerlo más parecido al de Estados Unidos y Canadá²⁰⁷ y b) el mecanismo especial de salvaguarda que evita que el sistema sea afectado por las acciones injustificadas de las autoridades administrativas.²⁰⁸ El mecanismo de salvaguarda permite la suspensión del sistema. Con él se enfrentan los temores de acciones injustificadas por parte de las más discrecionales autoridades administrativas mexicanas.

Es necesario complementar dichas provisiones con acciones encaminadas a enfrentar algunos de los demás -y menos importantes- problemas de inter-fase. Se necesitará la inclusión en las nuevas reglas de procedimiento, de normas que se ocupen de las barreras de idioma y de las diferencias entre el protagonismo que se dé al litigante y al árbitro. Otros modelos arbitrales internacionales podrán servir para lograr ese fin.

Dado que en los paneles del Capítulo 19 se requiere que los nacionales de un país apliquen las leyes de otro país cuando actúen como panelistas, la falta de conocimiento entre las comunidades de abogados de los tres países sobre los sistemas **leales** de sus vecinos va a seguir siendo un problema.²⁰⁹ En general estadounidenses y canadienses están más expuestos a la cultura legal de cada uno. Sin embargo, en relación con México la exposición es menos frecuente. Quizá los abogados mexicanos se encuentren más expuestos a las leyes de Estados Unidos que viceversa, pero en pocos casos están expuestos a las leyes canadienses.²¹⁰ Por lo anterior, la duda

200. W., p.33.

201. El sistema *antidumping* mexicano fue creado poco después de que el país había emprendido una drástica reducción de sus tarifas arancelarias y funcionó en un principio como un mecanismo de facto de protección contra importaciones. Véase ORTEGA GÓMEZ, *op. cit.*, *supra* nota 30, p. 212.

202. GAO, *op. cit.*, *supra* nota 194, p. 18.

203. Malcolm ROWAT, *op. cit.*, *supra* nota 36, pp. 18-19.

204. Pedro CAMACHO, *Procedimientos administrativos contra prácticas desleales de comercio internacional en el derecho estadounidense, canadiense y mexicano: un estudio comparativo*, Tesis de licenciatura en derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, pp. 151-158.

205. ID.

206. Sr. MORTON en *Forum*, *op. cit.*, *supra* nota 42, p. 429.

207. El alto número de enmiendas sustantivas en sus procedimientos antidumping que México acepta emprender puede verse en el Anexo de México en el TLC, *op. cit.*, *supra* nota 3. Anexo 1904.15(d) Parte B.

208. *Id.*, art. 1905.

209. M. MARKS señaló que él no se sentiría cómodo decidiendo sobre derecho mexicano, ni con abogados mexicanos decidiendo sobre derecho estadounidense. *Forum*, *op. cit.*, *supra* nota 42, p. 429.

210. Muchos abogados mexicanos estudian programas de maestría en derecho (LL.M.) en Estados Unidos, algunos incluso reciben entrenamiento en despachos estadounidenses. El resurgimiento del crecimiento económico en México y la negociación del TLC han generado también un crecimiento del número de despachos jurídicos estadounidenses que abren sucursales en ciudades mexicanas.

respecto a la capacidad de ambos grupos de abogados para operar el sistema sigue siendo fuerte.²¹¹

La desconfianza e ignorancia tendrá que ser superada con tiempo y esfuerzo. Sin embargo, la existencia de un Capítulo 19 en el que participe México debe verse como el primer paso de un proceso más amplio de integración. Además, la entrada de México al sistema debe verse en el contexto de la cláusula de adhesión abierta del TLC²¹². En principio, otros países pueden formar parte del sistema en el futuro. Esto parecería ser consistente con la idea del economista Jagdish Bagwati, de un regionalismo programático que resulta benéfico al sistema de comercio internacional.²¹³ En el corto plazo, sin embargo, varios factores conspirarán en contra de la adhesión de otros países al TLC. La salida de George Bush de la Presidencia de Estados Unidos y la prioridad que la administración de William Clinton ha dado a asuntos domésticos reducirá el activismo del gobierno estadounidense en promover el libre comercio con América Latina y Europa del Este. Un factor adicional que volverá el proceso de adhesión más lento serán los temores canadienses y mexicanos de que la entrada de otros países reduzca los beneficios del tratado. Sin embargo, en el mediano plazo, cuando las circunstancias domésticas de Estados Unidos y la presión de otros países aumente, el éxito o fracaso de México en el Capítulo 19 puede servir como el precedente que permita la incorporación de países con diferentes tradiciones legales.

III. Conclusiones

El Capítulo 19 del TLC representa un intento de enfrentar el crecimiento problemático de las barreras no arancelarias a través de instrumentos procedimentales. Su creación se basó en la premisa de que el origen de las barreras no arancelarias se encuentra frecuentemente en la aplicación discrecional de las leyes de comercio exterior. Con el Capítulo 19 se establece un sistema diseñado para

generar una mejor aplicación de las normas legales existentes en materia de cuotas antidumping y compensatorias. El sistema se enfoca al caso de las cuotas antidumping y compensatorias debido a su importancia particular directa e indirecta. El sistema enfrenta el proteccionismo en esta materia evitando la necesidad de reformar las leyes de antidumping y cuotas compensatorias. Por ello, resultó ser un sistema aceptable para quienes en nor-teamérica, especialmente en Estados Unidos, se opusieron a un relajamiento de la severidad de las normas nacionales con las que se combaten las prácticas desleales de comercio internacional.

En teoría se podría generar un contrapeso procedimental para disciplinar el proteccionismo en la aplicación de las leyes de antidumping y cuotas compensatorias a través de los mecanismos de resolución de disputas del GATT que se ocupan de esas materias. Pero en la práctica los mecanismos del GATT han sido poco efectivos en este rubro. Si bien en los últimos años se ha observado un fortalecimiento de los procedimientos de resolución de disputas del GATT, el sistema sigue sin probar su efectividad en la práctica. Por ello, la creación del más efectivo sistema del Capítulo 19 se justifica. Sin embargo, el mecanismo regional de resolución de disputas establecido en el Capítulo 19 no deja de tener desventajas ya que su coexistencia con los mecanismos del GATT genera traslapes que podrían ser fuente de problemas en el futuro.

El Capítulo 19 en si contiene una mezcla de varios modelos arbitrales y judiciales. Dentro de su texto se incluyen varios mecanismos diferentes para la resolución de disputas. El primer mecanismo del Capítulo 19 establece la posibilidad de llevar a cabo una revisión binacional de las enmiendas a las leyes nacionales de antidumping y cuotas compensatorias que las partes firmantes pudieran realizar en el futuro. Pero el mecanismo más importante del Capítulo 19 es el establecido en el artículo 1904, que establece la revisión binacional de resoluciones definitivas en materia antidumping y de cuotas compensatorias. Los dos principios en los que se basa el sistema del artículo 1904 son: a) la substitución de la revisión judicial nacional por la revisión llevada a cabo por paneles binacionales; y b) la conservación y aplicación de las leyes nacionales en materia de antidumping, cuotas compensatorias, y en cuanto al alcance de la revisión de resoluciones administrativas. La revisión binacional es emprendida de manera expedita por un grupo de 5 panelistas que deben ser nacionales de las partes firmantes del TLC. Los particulares tienen acceso directo al procedimiento. Las decisiones de los paneles son obligatorias, finales y directamente ejecu-

211. "En el Congreso de Estados Unidos están muy, pero muy preocupados acerca del problema en el que nos vamos a meter con abogados de Timbuktu involucrados en esos paneles y aplicando un derecho del que no sabemos nada." MORTON, *Forum*, op. cit., supra nota 42, p. 431.

212. TLC, op. cit., supra nota 3, art. 2205.1 ["Any country or group of countries may accede to this Agreement subject to such terms and conditions as may be agreed between such country or countries and the Commission and following approval in accordance with the applicable approval procedures of each country."]

213. Jagdish BHAGWATI, *Regionalism and Multilateralism: An Over-view*, Columbia University Discussion Paper Series, núm. 603, abril, 1992, pp. 37-39.

tables en los sistemas jurídicos nacionales de las partes firmantes del TLC. Los paneles son *ad-hoc*, sus decisiones no sientan precedente para casos futuros, de esta manera se evita la introducción de cambios en las leyes nacionales que el sistema buscó evitar en sus orígenes. Se establecen dos sistemas para proteger el sistema del artículo 1904: el reto extraordinario y la salvaguardia especial. El primer sistema permite la anulación de decisiones de paneles si estos incurrir en fallas serias al aplicar las normas nacionales. El segundo sistema permite la suspensión de la operación del sistema si se encuentra que las autoridades administrativas nacionales obstruyen su funcionamiento. Finalmente, se crea una sección especial en el Secretariado del TLC para facilitar el trabajo del Capítulo 19.

La operación de los **paneles** establecidos durante la operación del ALC fue exitosa. Las decisiones de los paneles se han tomado: a) sin opiniones disidentes serias (la mayor parte de las decisiones han sido por unanimidad), b) dentro de los plazos preestablecidos, y c) han sido implementadas. Además se ha generado un contenido generalizado con la calidad de la gran mayoría de las decisiones de los paneles. La única y notable excepción a lo anterior ha sido el caso del puerco que generó enorme descontento y presiones políticas en Canadá y Estados Unidos. Sin embargo, incluso, en ese caso se dio la aceptación final y la Implementación de la decisión del panel binacional por parte de las autoridades administrativas nacionales que se opusieron públicamente a ésta. Por ello, puede decirse que los objetivos principales de las partes firmantes en relación al Capítulo 19 se han cumplido en el ALC. Otros beneficios que se esperaba produjera la operación del Capítulo 19, como la socialización entre grupos de abogados de los países involucrados, están teniendo lugar. Sin embargo, el ritmo esperado de la armonización de las leyes de los países involucrados se vio afectado con la negociación del TLC, debido a que se eliminó el grupo de trabajo que participaba en la armonización de las normas de subsidios de las partes firmantes, y desapareció el plazo máximo establecido para la substitución de las leyes de antidumping y cuotas compensatorias.

También han surgido algunos problemas en la operación del Capítulo 19. El mecanismo del artículo 1904 ha sido usado principalmente por los canadienses y sólo en pocas ocasiones por los estadounidenses. El mecanismo carece de un secretario con la capacidad formal de resolver las mociones de las partes, lo cual pone una gran presión sobre el secretariado y sobre las partes firmantes. Por lo demás

no se ha podido evitar la creación de nuevas soluciones jurídicas en los casos en que las leyes nacionales no ofrecen una guía muy clara. Es probable que el sistema no pueda evitar el sentar precedentes *de facto* al resolver cuestiones legales intrincadas con decisiones bien razonadas. Los críticos han señalado que un sistema internacional tan legalista y rígido como el del artículo 1904 no es adecuado para resolver las disputas políticas (más que técnicas) que frecuentemente ocurren en el comercio internacional. Los críticos también han demandado la incorporación de un verdadero sistema para apelar las decisiones de los paneles, dado que el reto extraordinario sólo se encuentra disponible en circunstancias muy especiales. De mayor importancia es la crítica de que los elementos supranacionales del sistema enfrentarán problemas constitucionales en Estados Unidos y México.

La entrada de México en el sistema del Capítulo 19 del TLC ha causado numerosas expresiones de preocupación en relación a lo adecuado de introducir a este país en el sistema. Las variadas diferencias en las tradiciones legales, sumadas a las obvias barreras del idioma, son obstáculos que se espera afecten la operación del Capítulo 19. Sin duda alguna esas diferencias existen, pero también existen varias similitudes. Por otra parte, las diferencias pueden ser superadas con el uso de métodos arbitrales. Quizá la diferencia más importante sea la falta de transparencia de los procedimientos administrativos antidumping y de cuotas compensatorias en México. Ese problema hace difícil saber cuáles son las normas nacionales y las reglas que los paneles habrán de aplicar. Esa situación tiene un alto potencial para generar desacuerdos en la operación de los paneles que aplicarán leyes mexicanas. El TLC enfrenta y previene algunas de estas críticas a la entrada de México al sistema. La lista de reformas a las leyes antidumping y de cuotas compensatorias a las que México se compromete es significativamente más larga que la de las otras partes firmantes. Las reformas deberán resultar en una transparencia más grande en los procedimientos administrativos antidumping y de cuotas compensatorias en México. Los procedimientos de salvaguardia especial representan otra forma en la que el TLC enfrenta el riesgo de que la discrecionalidad administrativa de que gozan las autoridades mexicanas pudiera afectar el sistema del artículo 1904. En el futuro el desempeño de México en el Capítulo 19 podría abrir (o cerrar) el camino a otros países en desarrollo que pretendan adherirse al TLC o crear mecanismos similares en otras regiones.