

## **CAPÍTULO V**

### **CRÍTICAS AL CAPÍTULO XIX DEL TLCAN**

#### **5.1 Críticas al sistema de paneles binacionales del Capítulo XIX del TLCAN**

##### **5.1.1 ¿Aplican los paneles binacionales Derecho Nacional o Derecho Internacional?**

Los representantes legales del gobierno de Canadá han argumentado que el proceso del Capítulo XIX, creado por un tratado internacional tal como el TLCAN, ha internacionalizado las leyes de cada uno de sus países miembros al aplicar sus leyes correspondientes sobre antidumping y subsidios para los propósitos del proceso de revisión, y que por lo tanto los paneles binacionales operan bajo el derecho internacional.<sup>856</sup>

Esto debido a que el artículo 1904 en su párrafo 2 menciona que “únicamente para los efectos de la revisión por el panel, tal como se dispone en este artículo, se incorporan a este Tratado (TLCAN) las leyes sobre cuotas antidumping y compensatorias de las Partes con las reformas que ocasionalmente se les hagan”. Jorge Adame Goddard afirma que al incorporarse las leyes nacionales de la materia al tratado, resulta que cuando el panel revisa la resolución aplica una ley internacional, que es la

---

<sup>856</sup> Gantz, David. “Resolution of Trade Disputes under NAFTA’s Chapter 19: The Lessons of Extending the Binational Panel Process to Mexico”. *Law and Policy in International Business*. Vol. 29, No. 3, Spring, 1998 EUA, p. 308.

propia ley nacional incorporada al tratado, a diferencia de una instancia judicial nacional que aplicaría la ley de la materia simplemente como ley nacional.<sup>857</sup>

Sin embargo, en esta investigación consideramos que los paneles binacionales no aplican derecho internacional explícitamente debido a varias razones. Primero, a diferencia de órganos de solución de controversias internacionales como el de la OMC, los paneles binacionales no se pueden apoyar en las decisiones de paneles previos debido a que los dictámenes de los mismos no forman jurisprudencia. Segundo, los paneles binacionales sólo aplican derecho internacional en la medida en la que lo aplicaría un tribunal interno de la Parte importadora en la revisión interna.

En nuestra opinión los paneles binacionales aplican tanto derecho nacional como internacional dependiendo del panel que realice la revisión, es decir, atendiendo al principio del artículo 1904.2 del TLCAN, dependiendo de la medida en que la autoridad revisora del proceso judicial interno de la Parte importadora se podría apoyar en disposiciones jurídicas internacionales tanto como en disposiciones jurídicas nacionales para emitir su resolución. Es decir, el artículo 1904.2 del TLCAN señala explícitamente que el proceso de revisión de los paneles binacionales se basará en las disposiciones jurídicas en las que se hubiera apoyado la autoridad revisora de la Parte importadora, por lo que dispone explícitamente que se aplicarán también disposiciones de derecho internacional como el GATT si un tribunal interno de la Parte importadora se apoyaría en él para su determinación.

---

<sup>857</sup> Adame Goddard, Jorge. “¿Debe un panel binacional, que examina una resolución en materia de cuotas AD o CC, revisar la competencia de la autoridad que la dictó?” *Revista de Derecho Privado*, Año 7, #20, mayo-agosto 1996, Ed. McGrawhill. México, p. 89.

Como ejemplo tenemos el panel de *productos de aceros planos recubiertos*, que en su segunda decisión indica que SECOFI debe cumplir con disposiciones del GATT y que debe notificar a las partes cuando su información sea incompleta. Sin embargo, el panel de *poliestireno*, encuentra que SECOFI no tiene ninguna obligación de notificar dichas circunstancias bajo el derecho mexicano.<sup>858</sup>

### 5.1.2 ¿Debe un panel binacional revisar la competencia de la autoridad administrativa?

En los criterios de revisión mexicano y canadiense se establece que un criterio de revisión es la incompetencia del funcionario o entidad que emitió la resolución. Este ha creado una situación inequitativa, a pesar de que este aspecto se menciona en dichas legislaciones, este no es parte del criterio de revisión de Estados Unidos, lo cual tiene como consecuencia práctica que las resoluciones emitidas por los gobiernos de Canadá y México son más fácilmente impugnables que las emitidas por el gobierno de Estados Unidos.<sup>859</sup>

Sin embargo, esto nos lleva a otro cuestionamiento, ¿puede en general, un panel binacional examinar la competencia de la autoridad investigadora? y si así fuera, ¿puede examinarla de oficio, es decir, sin que medie petición de parte?<sup>860</sup>

---

<sup>858</sup> Gantz, David. “Resolution of Trade Disputes under NAFTA’s Chapter 19: The Lessons of Extending the Binational Panel Process to Mexico”. *Law and Policy in International Business*. Vol. 29, No. 3, Spring, 1998 EUA, p. 344.

<sup>859</sup> Adame Goddard, Jorge. “¿Debe un panel binacional, que examina una resolución en materia de cuotas AD o CC, revisar la competencia de la autoridad que la dictó?” *Revista de Derecho Privado*, Año 7, #20, mayo-agosto 1996, Ed. McGrawhill. México, p. 86

<sup>860</sup> *Ibidem*.

Jorge Adame Goddard señala que los paneles binacionales no deben en ningún caso examinar la incompetencia del funcionario o la entidad que dictó la resolución impugnada, pues ello, aunque pueda justificarse con una interpretación formal del texto del artículo 1904.3, va en contra de los fines del tratado y de la congruencia del sistema de solución de controversias previsto en el mismo, y contraviene el derecho mexicano.

El artículo 1904 confirma este argumento ya que al referirse al órgano gubernamental que dicta una resolución impugnada siempre lo llama “la autoridad investigadora competente” (párrafos 4, 7, 8, 14), lo que hace pensar que en la mente de los redactores del tratado estaba la idea de que no se revisaría la competencia de la autoridad sino que ésta se suponía. Esto mismo hace pensar el hecho de que el panel, si no confirma la resolución impugnada, la devuelve a la instancia que la dictó para que ésta la modifique, lo cual supone que esa instancia es competente para dictar y modificar la resolución.<sup>861</sup>

El examen de la competencia puede ser relevante en el derecho internacional público cuando se juzga la competencia de una entidad internacional como, por ejemplo, la Comisión de Libre Comercio, o incluso cuando se juzga la competencia de un panel binacional, y en esos casos si es congruente que sea una jurisdicción internacional la que examine la competencia.<sup>862</sup>

---

<sup>861</sup> Adame Goddard, Jorge. “¿Debe un panel binacional, que examina una resolución en materia de cuotas AD o CC, revisar la competencia de la autoridad que la dictó?” *Revista de Derecho Privado*, Año 7, #20, mayo-agosto 1996, Ed. McGrawhill. México, p. 92.

<sup>862</sup> *Ibidem*.

Si se admite que la competencia de los órganos nacionales sea revisada por órganos de jurisdicción internacional se siente un precedente grave de intervención jurídica de instancias internacionales en los asuntos internos. Es algo que iría en contra del principio de autodeterminación de los pueblos, que es uno de los principios tradicionales del derecho internacional público, y que ha sido pilar de la política exterior mexicana.<sup>863</sup>

La competencia de la autoridad administrativa encargada de imponer las cuotas AD y CC se establece en legislaciones orgánicas de la administración pública y, finalmente, en la constitución. Si el panel entra a revisar la competencia tiene que entrar al examen e interpretación de otras leyes nacionales, que no están “incorporadas” al tratado, y que no se refieren al derecho del comercio internacional.<sup>864</sup>

Además si el panel llegara a la conclusión de que el órgano que dictó la resolución es incompetente tiene que llegar a la consecuencia de que la resolución es nula. Por lo tanto el panel tiene sólo dos opciones: o declara la nulidad de la resolución, son lo cual sobrepasa sus facultades, pues está claramente previsto en el artículo 1904.8 que el panel sólo puede “confirmar la resolución definitiva o devolverla a la instancia anterior”; o bien devuelve la resolución al órgano que la dictó para que él mismo la anule, lo cual es absurdo, puesto que a un órgano que ha sido juzgado como incompetente para dictar una resolución se le considerara competente para anularla; la

---

<sup>863</sup> Adame Goddard, Jorge. “¿Debe un panel binacional, que examina una resolución en materia de cuotas AD o CC, revisar la competencia de la autoridad que la dictó?” *Revista de Derecho Privado*, Año 7, #20, mayo-agosto 1996, Ed. McGrawhill. México, p. 94.

<sup>864</sup> *Ibidem*.

resolución no puede ser anulada mas que por una instancia superior (judicial o administrativa) a la que emitió la resolución, y el panel no cuenta con esta facultad.<sup>865</sup>

En el primer caso presentado ante México, placa de acero en hoja proveniente de Estados Unidos, al llegar a la conclusión el panel de que la autoridad era incompetente, se imponía lógicamente la conclusión de que la resolución era nula, por lo que entonces también decidió anular la resolución, extralimitándose de lo prescrito en el artículo 1904.8 del tratado, que dice que la resolución del panel será solamente en el sentido de confirmar la resolución o devolverla a la instancia anterior. Si la resolución había sido dictada por autoridad incompetente era lógicamente una resolución nula, por lo tanto, o anulaba la resolución, que fue lo que hizo, excediéndose de sus facultades, o la devolvía a la autoridad para que la anulara, lo cual es también absurdo pues la facultad de anular un acto es del tribunal, no de la autoridad que lo ejecuta.<sup>866</sup>

El hecho de que no debe revisar la competencia un panel binacional dado que si resulta que si la autoridad es incompetente se declararía la nulidad lisa y llana se confirma por la siguiente tesis:

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACION.  
ORDEN LOGICO EN EL ESTUDIO DE LAS CAUSALES DE  
NULIDAD.

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 237 (reformado por el Decreto de 5 de enero de 1988) y 238 del Código Fiscal de la Federación, el orden lógico en el estudio de las causales de nulidad tiene que ser el siguiente: Se debe analizar en primer lugar, la incompetencia

---

<sup>865</sup> Ibidem, p. 95.

<sup>866</sup> Ibidem, p. 96.

del funcionario que haya dictado la resolución reclamada u ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución; si dicha causal resulta fundada, ello es bastante para declarar la nulidad lisa y llana de la resolución, sin que deban estudiarse las siguientes...

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Esto confirma de una manera práctica que no debe considerarse la competencia de la autoridad como uno de los criterios de revisión que deben seguir los paneles binacionales, ya que es algo que los lleva a excederse de sus facultades.<sup>867</sup>

Ciertamente, en el orden debe controlarse la competencia de cada uno de los órganos de gobierno y de jurisdicción, con el objeto de preservar el llamado estado de derecho, pero esto es un asunto estrictamente nacional y que no tiene por qué ser juzgado por instancias internacionales.<sup>868</sup>

Además, la falta de competencia o incompetencia se considera por el artículo 238 del CFF, en su versión actual, como asunto de “orden público”. Los asuntos de “orden público” son esencialmente asuntos internos, que deben resolverse por las instancias internas. Por esta razón, la ley mexicana sobre celebración de tratados establece en su artículo 9 que “El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos no reconocerá cualquier resolución de los órganos de decisión de los mecanismos internacionales para la solución de controversias... cuando esté de por medio la seguridad del Estado, el orden

---

<sup>867</sup> Ibidem, p. 97.

<sup>868</sup> Ibidem.

público o cualquier otro interés esencial de la Nación”. Esto quiere decir que los asuntos de orden público no los juzgan los tribunales o instancias internacionales, sino que son exclusivos de las instancias nacionales, las cuales incluso pueden determinar que una decisión proveniente de una instancia internacional no es aplicable porque contradice el orden público.<sup>869</sup>

En la tradición jurídica mexicana se ha considerado que el examen de la competencia de las autoridades es, finalmente, materia que examina la Suprema Corte de Justicia, con fundamento en el artículo 16 constitucional. De hecho, hay una abundante jurisprudencia de la corte al respecto. Dejar que sea un órgano de jurisdicción internacional el que decida sobre la competencia de los órganos de gobierno significaría sustraerle indebidamente competencia al máximo tribunal nacional.<sup>870</sup>

Sin embargo, en este punto es necesario hacer mención de que el artículo 1904.3 señala que el panel aplicará también los “principios generales del derecho” que aplicaría el tribunal de la Parte importadora. Asimismo, en su anexo 1911 señala que entre estos principios generales del derecho, se encuentra el principio de debido proceso, que en nuestra legislación se encuentra contenido en los artículos 14 y 16 constitucionales, entre los que se señala que nadie podrá ser molestado en su persona o posesiones sino por orden judicial emitida por autoridad competente, por lo tanto, en base a este principio, el panel binacional puede revisar la competencia de la autoridad que dictó la resolución final emitida por SE. Asimismo, es característico de los órganos arbitrales

---

<sup>869</sup> Ibidem, p. 98.

<sup>870</sup> Ibidem.



llevar a cabo la revisión de los aspectos que las partes expresamente les señalen, por lo que México y Canadá al señalar expresamente en sus Criterios de Revisión que el panel binacional revisará la competencia de la autoridad administrativa, otorgan esa facultad al panel binacional.

Por otra parte, Adame Goddard señala que el hecho que un panel binacional revise la capacidad de la autoridad administrativa en México y en Canadá, pero no en Estados Unidos, viola el principio general del derecho de “reciprocidad internacional”. Ya que en Estados Unidos no se puede impugnar la competencia de la autoridad mexicana porque en el criterio de revisión estadounidense está facultad es única de los órganos jurisdiccionales internos. Sin embargo, uno de los principios fundamentales del derecho de los tratados es que los tratados se aplicarán de acuerdo a la voluntad de las partes (Convención de Viena), y en este caso, la voluntad de México y de Canadá al formar el sistema de paneles binacionales del Capítulo XIX del TLCAN, fue que éstos estuvieran facultados para revisar la competencia de la autoridad administrativa que emitiera la resolución final de AD y CC, de lo contrario los hubieran establecido así en el tratado o en su legislación nacional, tal y como después México añade un último párrafo al artículo 238 del CFF, señalando que los paneles binacionales no podrán revisar de oficio la competencia de la autoridad administrativa.<sup>871</sup>

### **5.1.3 ¿Debe el panel binacional revisar *de oficio* la competencia de la autoridad investigadora?**

---

<sup>871</sup> Ibidem, p. 99

Existen varias razones por las que un panel binacional no debe revisar de oficio la competencia de la autoridad investigadora. Primero, la naturaleza del panel como un tribunal arbitral *sui generis* exige que su misión se limite a lo encomendado por las partes, dentro del marco previsto en el tratado. No son por lo tanto órganos que tengan una potestad pública delegada, como la pueden tener los tribunales administrativos o los jueces ordinarios, en todos sus grados. La competencia de los paneles para conocer de casos concretos les viene del consentimiento de las partes para someterse a su parecer, por lo que únicamente tienen competencia para conocer lo que las partes les piden que conozcan, dentro de la materia que el tratado prevé que conozcan. Segundo, los paneles binacionales son también tribunales *ad hoc*, es decir, se establecen de acuerdo a la controversia parte del litigio de cada caso y de manera temporal, este carácter transitorio los hace que no sean aptos para tener una misión, ni siquiera discrecional, para examinar de oficio alguna cuestión determinada, lo cual es más bien propio de un órgano estable al cual se le encomienda una labor permanente de control o vigilancia.<sup>872</sup>

Como conclusión podemos señalar que dado que la misión de los paneles binacionales es examinar si una resolución sobre cuotas antidumping o compensatorias, fue emitida conforme a la ley antidumping o de cuotas compensatorias y demás disposiciones jurídicas pertinentes con el fin de confirmarla o devolverla a la instancia que la dictó para que la modifique en determinado sentido, esta misión excluye la facultad de revisar la competencia del órgano que dictó la resolución. Esta es una cuestión que no interesa al orden jurídico del comercio internacional, sino que es una

---

<sup>872</sup> Ibidem, p. 100.

cuestión de orden interno y, en el caso mexicano, de orden público.<sup>873</sup> Por lo tanto, tampoco puede admitirse la posibilidad de revisar la competencia de oficio sin que medie petición de parte.

Si bien este es el objeto del Capítulo XIX del TLCAN, México y Canadá incluyeron dentro de sus criterios de revisión la facultad del panel binacional para revisar la competencia de la autoridad administrativa en caso de que esta sea impugnada por las partes. Sin embargo, podemos percatarnos al interpretar el artículo 1904.8 tomando en cuenta los artículos de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, en sus artículos 31 y 32, que la intención de las partes no fue conferir al panel facultad para declarar nula una resolución administrativa en caso de AD y CC, por lo que el panel tampoco debe revisar la competencia de la autoridad investigadora.<sup>874</sup> Si bien es cierto que rara vez se volverá a impugnar la competencia de la autoridad administrativa, ya sea canadiense o mexicana, que emita la resolución administrativa de AD o CC, también es cierto que los particulares no perderán la oportunidad de impugnar en su solicitud cuantos más supuestos les permita el criterio de revisión correspondiente. Por esta razón, en esta investigación se sugiere que atendiendo a los principios de economía procesal y de igualdad jurídica de las partes, los legisladores de México y de Canadá deben excluir de sus criterios de revisión, únicamente para efectos de la revisión ante paneles binacionales, la revisión de la competencia de la autoridad administrativa que emitió la resolución.

---

<sup>873</sup> Ibidem, p. 101.

<sup>874</sup> Ibidem.

## 5.2 Casos en que los paneles se han excedido de sus facultades

El caso de *Productos de placa en hoja proveniente de Estados Unidos* declara que la autoridad administrativa de SECOFI que dictó la resolución era incompetente de acuerdo al derecho mexicano y que por lo tanto su resolución era nula, excediéndose de sus facultades estipuladas en el criterio de revisión mexicano del artículo 238 del CFF y en el artículo 1904.8 del TLCAN. De igual manera el caso de *prendas de vestir de piel provenientes de México*, el panel de excede de sus facultades al aceptar la participación de partes no incluidas en la investigación del DC, basándose en la jurisdicción residual de la CCI, la cual no le fue expresamente otorgada en el criterio de revisión estadounidense.<sup>875</sup> Asimismo, en el caso de *flores frescas provenientes de México*, el panel se toma la libertad de señalar al Departamento de Comercio que debería aplicar su política interna de manera consistente, y que si el Departamento cambiaba su metodología con respecto a la MID, debería notificar este cambio públicamente. Dado que las agencias administrativas poseen amplia discreción bajo el derecho estadounidense, no es apropiado que las cortes obliguen a dichas agencias a ser más consistentes con la aplicación de su metodología, por lo que en este caso el panel se excede de sus facultades. El caso de *poliestireno* declara que puede revisar de oficio la competencia de la autoridad administrativa aún cuando esta no sea impugnada por las partes en su solicitud de revisión, contradiciendo con esto al panel de *productos de placa en hoja, placa de acero rolada en caliente y placa de acero rolada*. Asimismo contraviene la disposición jurídica de la Regla 7 de las Reglas del Procedimiento del

---

<sup>875</sup> Gantz, David. "Resolution of Trade Disputes under NAFTA's Chapter 19: The Lessons of Extending the Binational Panel Process to Mexico". *Law and Policy in International Business*. Vol. 29, No. 3, Spring, 1998 EUA, p. 344.

artículo 1904 del TLCAN. Sin embargo, el gobierno mexicano toma las acciones necesarias para evitar que esta situación de exceso de facultades se vuelva a presentar al reformar el artículo 238 del CFF, señalando explícitamente que los paneles no podrán revisar de oficio las cuestiones mencionadas.<sup>876</sup>

### **5.3 ¿Ha funcionado de manera eficiente el Capítulo XIX del TLCAN?**

El mecanismo único del Capítulo XIX, se originó como un compromiso clave que permitió que los Estados Unidos y Canadá llegaran a celebrar un tratado de libre comercio. Con ese comienzo, el Capítulo XIX se hizo extensivo a México a través del TLCAN, mientras que el sistema de paneles ha proporcionado en forma expedita, objetiva y, salvo pocas excepciones, medios no-controversiales de revisión de las determinaciones de AD y de CC. Las críticas son inevitables en cualquier sistema de solución de controversias. Sin embargo, aquellos que buscan eliminar el sistema ignoran su éxito en general y el papel tan importante que juega en el TLCAN.<sup>877</sup>

Desde luego que el Capítulo XIX no resuelve las fricciones comerciales y la incertidumbre en los negocios que necesariamente entrañan los procedimientos de prácticas desleales de comercio internacional, cualquiera que sea el foro. Por lo tanto, a largo plazo, los tres gobiernos deberán vigilar este tema y continuar el esfuerzo emprendido por los grupos de trabajo del TLCAN, relativos al Antidumping y

---

<sup>876</sup> Ibidem.

<sup>877</sup> Aguilar Álvarez, Guillermo, Fried, Jonathan T., et al. “*El Capítulo XIX del TLCAN: revisión de resoluciones en materia de cuotas antidumping y compensatorias por paneles binacionales.*” *Comercio a Golpes, Las prácticas desleales de Comercio Internacional bajo el TLCAN.* p. 63

Subsidios, para desarrollar un régimen ya sea nuevo o modificado que haga frente al dumping y los subsidios, así como a sus remedios en forma más eficaz y menos contenciosa que el sistema actual.<sup>878</sup>

Por lo tanto, el sistema de paneles binacionales del Capítulo XIX cumple exitosamente con los objetivos de un órgano formal de arbitraje al reemplazar a los tribunales nacionales, asimismo, de acuerdo a la experiencia del Capítulo XIX, el arbitraje por parte de un órgano internacional es más deseable que la adjudicación de un tribunal nacional.<sup>879</sup>

El sistema del Capítulo XIX ha hecho más expedita la toma de decisiones. El proceso de revisión binacional parece que también ha otorgado a los exportadores de los tres países mayor confianza en que las leyes de AD y de CC de cada una de las Partes serán aplicadas en forma justa.<sup>880</sup>

### **5.3.1 Tiempo que toman en emitir su resolución los paneles en comparación con los tribunales internos**

Los paneles binacionales tienen la ventaja de poder revisar las determinaciones administrativas en un plazo generalmente más corto que el que acostumbran las autoridades administrativas y judiciales nacionales.<sup>881</sup> En el caso de México, los

---

<sup>878</sup> Ibidem.

<sup>879</sup> Ibidem.

<sup>880</sup> Aguilar Álvarez, Guillermo, Fried, Jonathan T., et al. *“El Capítulo XIX del TLCAN: revisión de resoluciones en materia de cuotas antidumping y compensatorias por paneles binacionales.” Comercio a Golpes, Las prácticas desleales de Comercio Internacional bajo el TLCAN.* p. 41

<sup>881</sup> Los paneles binacionales establecidos bajo el TLC Canadá-EUA por lo general han cumplido con el plazo de 315 días para emitir la resolución sobre las controversias de antidumping y cuotas

procedimientos de revisión administrativos y judiciales a menudo tardan más de tres años.<sup>882</sup> La Contraloría General de los Estados Unidos (CGEU) (U.S. General Accounting Office, GAO) reportó, que en promedio los paneles tardaban menos de 17 meses en terminar sus revisiones incluyendo el tiempo requerido para las devoluciones.<sup>883</sup> Comparativamente, la CGEU se dio cuenta de que la Corte Internacional de Comercio de los Estados Unidos (CICEU) (U.S. Court of International Trade, CIT) requería en promedio dos años para completar su revisión de casos AD y de CC. Asimismo, cuando se requerían procedimientos adicionales de revisión, la diferencia en el plazo promedio se acentuaba mucho más entre el Capítulo XIX y las revisiones judiciales internas. Específicamente, la CGEU encontró que los casos del Capítulo XIX remitidos al CIE para su revisión tardaron un promedio de poco menos de dos años para completarse a partir de la fecha de solicitud de un panel hasta la terminación de la revisión del CIE mientras que los casos de la CICEU apelados ante la Corte Federal de Circuito de Apelaciones de los Estados Unidos se tardaron más de tres años desde el principio hasta el fin de su sustanciamiento.<sup>884</sup> A pesar de que ninguna controversia comercial ha sido resuelta por un panel binacional en el periodo de 315 días estipulado en las reglas del procedimiento, el sistema de paneles binacionales ha resuelto controversias en un periodo más corto que el Tribunal de Comercio Internacional Estadounidense, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, y el Tribunal Federal de Apelaciones Canadiense. En promedio los paneles toman 502

---

compensatorias. Nota de Leycegui, Beatriz en “*Análisis del marco jurídico de las prácticas desleales en México*”. *Comercio a Golpes, Las Prácticas Desleales de Comercio Internacional Bajo el TLCAN*. ITAM, México, 1997, p. 102.

<sup>882</sup> Ibidem.

<sup>883</sup> Ibidem, p. 54.

<sup>884</sup> G. Aguilar, J.T. Fried, et al. “*El Capítulo XIX del TLCAN: revisión de resoluciones en materia de cuotas antidumping y compensatorias por paneles binacionales*”. *Comercio a Golpes, Las prácticas desleales de Comercio Internacional bajo el TLCAN*. p. 54.

días para la resolución de controversias, mientras que los tribunales nacionales toman en promedio 734 días.<sup>885</sup>

Jorge Witker señala que contrariamente a lo que varios autores afirman, podemos decir que el hecho de que Canadá, Estados Unidos y México cuenten con sistemas jurídicos diferentes no ha repercutido negativamente en la operación del Tratado.<sup>886</sup> Sin embargo, es cuestionable que tan benéfico ha sido el sistema del Capítulo XIX del TLCAN para la industria nacional mexicana, ya que el criterio de revisión mexicano, al ser el más estricto y menos deferente de los tres, evita cualquier tipo de proteccionismo de prácticas desleales de comercio internacional que puedan dañar a la industria nacional, mientras que los criterios de revisión canadiense y estadounidense tienen una mayor probabilidad de proteger a sus industrias nacionales a través de sus principios de deferencia.

Las razones por las que los paneles binacionales del Capítulo XIX deciden casos de manera diferente a las cortes nacionales son variadas. Primero, los paneles multinacionales, como los del Capítulo XIX, están formados por panelistas preparados y con experiencia en distintos sistemas jurídicos. Bajo el TLCAN, la diferencia en la preparación de los panelistas se manifiesta en la manera en que los panelistas de distintos países dan un trato distinto a la relación entre los tribunales y las agencias investigadoras, interpretan estatutos y precedentes del derecho anglosajón de manera distinta. Por ejemplo, los panelistas mexicanos no tienen experiencia en la cultura de

---

<sup>885</sup> Véase, U.S. General Accounting Office Report, Cita de Eric J. Pan, p. 444.

<sup>886</sup> Witker, “*El TLCAN...*” p. 87.



precedentes para la interpretación de derecho estadounidense.<sup>887</sup> A pesar de que Canadá y Estados Unidos comparten un sistema de derecho anglosajón, los jueces canadienses y estadounidenses tienen formas distintas de interpretación de estatutos. Los jueces canadienses no se apoyan en el historial legislativo tanto como lo hacen los jueces estadounidenses.<sup>888</sup> Por otra parte, los jueces canadienses tradicionalmente son más deferentes con las agencias investigadoras que los jueces estadounidenses. Sin embargo, si bien estas controversias surgen de los distintos sistemas legales a los que pertenecen los panelistas, su efecto no debe ser sobreestimado.<sup>889</sup>

El récord general del Capítulo XIX es positivo, ya que se han llevado ante los paneles de ese Capítulo un número significativo de casos que sin controversia en su mayoría han sido resueltos en forma expedita. Ciertamente, se han reducido el número de controversias de política intergubernamental, por la existencia del Capítulo XIX. Sería justo que las críticas negativas fueran medidas en comparación con el éxito generalizado del sistema y del tratado de libre comercio.<sup>890</sup>

La mayoría de los casos concluidos bajo el Capítulo XIX han sido no-controversiales. De hecho, casi el 75 por ciento de las decisiones de paneles han sido

---

<sup>887</sup> Véase, David A. Gantz, *Resolution of Trade Disputes Under NAFTA's Chapter 19: The Lessons of Extending the Binational Panel Process to México*, 29 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 297, 319 (1998). Cita de Eric J. Pan, supra nota, p. 390

<sup>888</sup> Véase, U.S. General Accounting Office Report, *U.S.-Canada Free Trade Agreement: Factors contributing to controversy in appeals of trade remedy cases to binational panels* 15 (1995). Cita de Eric J. Pan, supra nota, p. 391.

<sup>889</sup> Ibidem.

<sup>890</sup> G. Aguilar, J.T. Fried, et al. "*El Capítulo XIX del TLCAN: revisión de resoluciones en materia de cuotas antidumping y compensatorias por paneles binacionales*". *Comercio a Golpes, Las prácticas desleales de Comercio Internacional bajo el TLCAN*. p. 53.

unánimes y con la excepción de la decisión en el caso de la *Sofwood Lumber*, ninguna se ha apartado de los lineamientos nacionales.<sup>891</sup>

No obstante, el sistema de revisión por parte de un panel binacional ha sido sujeto a severas críticas, particularmente en los Estados Unidos. Se debe hacer notar que la crítica en contra del Capítulo XIX no procede de fuentes desinteresadas, sino principalmente de industrias (tales como el acero, madera, cemento y textiles) – y sus abogados- que además son los usuarios más frecuentes de las leyes estadounidenses de AD y de CC y, por lo tanto, son las industrias que tienen más probabilidades de convertirse en participantes de procedimientos de paneles binacionales del Capítulo XIX.<sup>892</sup>

La mayor parte de la Crítica del Capítulo XIX surge de la inconformidad con los resultados emitidos en los casos *Pork, Swine y Sofwood Lumber*.<sup>893</sup> No es de extrañarse que estos casos hayan provocado controversias, dado que involucraban el valor comercial más elevado de cualquiera de los casos de los Estados Unidos que hayan sido sometidos a un panel<sup>894</sup> y que además, tenían que ver con algunas de las industrias más poderosas, políticamente hablando. Son los únicos casos en que la determinación original de la autoridad administrativa de los Estados Unidos ha sido revocada

---

<sup>891</sup> Ibidem.

<sup>892</sup> Ibidem, p. 55.

<sup>893</sup> Reporte de la CGEU, p. 66-67.

<sup>894</sup> Idem, p. 68.

sustancialmente. El enfoque dado a estos tres casos tan politizados es desafortunado y no le hace justicia a la eficacia del sistema del Capítulo XIX en su totalidad.<sup>895</sup>

Los críticos del Capítulo XIX han argumentado que los paneles binacionales no se han apegado a los criterios de revisión de los Estados Unidos, que el sistema de paneles binacionales está creando un cuerpo de normas que difiere de la forma en que las leyes sobre AD y CC deben ser aplicadas a los países del TLCAN y que el utilizar individuos particulares como panelistas crea problemas de conflictos de interés.<sup>896</sup>

Es decir, que el sistema del Capítulo XIX resulte en la creación de dos cuerpos de leyes divergentes en materia de AD y de CC en los Estados Unidos: uno creado por paneles binacionales, aplicable sólo a países miembros del TLCAN y el otro creado por las cortes de los Estados Unidos, aplicable a todos los demás países.<sup>897</sup> Sin embargo, a lo largo de esta investigación hemos demostrado lo contrario a través del estudio de casos prácticos en los que si bien los paneles han sido de alguna manera inconsistentes en sus decisiones, esto se debe a la correcta aplicación del criterio de revisión estadounidense que es *per se* inconsistente a nivel interno. Por lo tanto, concluimos que los paneles se han apegado de manera correcta al criterio de revisión estadounidense. Asimismo, Eric J. Pan menciona que de acuerdo a estudios realizados por Lowenfeld, no existe evidencia clara de que los paneles binacionales hayan aplicado o interpretado

---

<sup>895</sup> G. Aguilar, J.T. Fried, et al, op. cit. supra nota, p. 56

<sup>896</sup> Aguilar Álvarez, Guillermo, Fried, Jonathan T., et al. “El Capítulo XIX del TLCAN: revisión de resoluciones en materia de cuotas antidumping y compensatorias por paneles binacionales”. *Comercio a Golpes, Las prácticas desleales de Comercio Internacional bajo el TLCAN*. p. 42

<sup>897</sup> Inside US Trade, p. 24, 5 de mayo de 1995. Cita de los autores, Ibidem.

la legislación estadounidense de manera diferente a como lo haría el Tribunal de Comercio Internacional estadounidense en situaciones similares.<sup>898</sup>

Cabe señalar que el sistema del Capítulo XIX ofrece protección en contra de la creación de un cuerpo de “ley de panel” que fuese inconsistente con la CCI y la ley de casos que competen al Circuito Federal a través de dos maneras. Primero, las decisiones del panel binacional obligan a los gobiernos involucrados en el TLCAN sólo con respecto al asunto particular presentado ante el panel y no obligan a futuros paneles ni a las cortes nacionales cuando se enfrenten con los mismos temas.<sup>899</sup> Segundo, el sistema es intrínsecamente autocorregible. A los paneles se les requiere aplicar las leyes AD y de CC del país importador, incluyendo parte importadora hasta donde tales casos ameriten.<sup>900</sup> Por lo tanto, cuando un panel debe resolver un punto sobre el cual un panel anterior ya ha emitido una resolución, debe observar el precedente judicial aplicable, independientemente de que ese precedente haya o no estado en conflicto, con la decisión del panel previo. El no hacerlo de esta forma, obligaría a que la decisión del panel posterior quedara sujeta a una revisión por parte del CIE. Cuando decisiones de paneles concurrentes resultaran contrarias, sería una situación similar a la de las decisiones contradictorias emitidas por cortes nacionales de la misma jerarquía.<sup>901</sup>

---

<sup>898</sup> Andreas F. Lowenfeld, Binational Dispute Settlement Under chapter 19 of the Canada-United States Free Trade Agreement: An interim Appraisal, 24 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 334 (1991). Cita de Eric J. Pan, *supra* nota, p. 394.

<sup>899</sup> Artículo 1904.9. Nota de los autores, *ibidem*, p. 60.

<sup>900</sup> Artículo 1904.2. Nota de los autores, *ibidem*, p. 60.

<sup>901</sup> G. Aguilar, J.T. Fried, et al. Aguilar Álvarez. “*El Capítulo XIX del TLCAN: revisión de resoluciones en materia de cuotas antidumping y compensatorias por paneles binacionales.*” *Comercio a Golpes, Las prácticas desleales de Comercio Internacional bajo el TLCAN.* p. 60

Otra queja en contra del Capítulo XIX, es que valerse de individuos particulares como panelistas hace que el sistema sea susceptible a problemas de conflictos de interés. El caso de la *Softwood Lumber* ha sido citado en apoyo de esta conclusión dado que en dicho caso se argumentaron conflictos de interés en contra de dos panelistas.<sup>902</sup>

A los panelistas del Capítulo XIX se les requiere revisar un Código de Conducta relativamente estricto, que trata de impedir los conflictos de interés en los panelistas y al mismo tiempo asegurar que los candidatos de mayor nivel no se desanimen a causa de reglas demasiado rígidas que les impidan participar en los paneles.<sup>903</sup>

En general, el Código de Conducta ha cumplido con este propósito. Una lista impresionante de abogados, académicos, economistas y otros expertos en comercio internacional han integrado paneles del Capítulo XIX. En varias instancias, algunos candidatos han declinado participar en paneles y otros panelistas se han retirado subsecuentemente de los casos debido a conflictos de interés.<sup>904</sup>

El *Softwood Lumber*, es el único caso que ha ocasionado controversia en este aspecto. Ahí, después de que se emitió la segunda decisión del panel, la industria de los Estados Unidos presentó alegatos de conflictos de interés en contra de dos de los

---

<sup>902</sup> *Inside US Trade*, p. 18, 23 de agosto de 1995. Cita de los autores, ibidem, p. 60.

<sup>903</sup> Código de Conducta para Procedimientos bajo los Capítulos 18 y 19 del Tratado de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos, 54 Fed. Reg. 14, 371, 1989. Cita de los autores, ibidem.

<sup>904</sup> Ibidem, p. 61.

panelistas canadienses. El CIE del caso *Softwood Lumber*, a pesar de ser una resolución dividida, determinó que los alegatos no infringían el Código de Conducta.<sup>905</sup>

Aunque los antecedentes del Capítulo XIX no apoyan la conclusión de que conflictos de interés hayan influido en la toma de decisión de los panelistas, los gobiernos del TLCAN necesitarán vigilar muy de cerca este asunto dado que la integridad y la imparcialidad en la toma de decisiones del Capítulo XIX es el eje central de una confianza continua en el sistema.<sup>906</sup>

A pesar de que los jueces de la Corte Internacional de Comercio estadounidense revisan un sinnúmero de casos comerciales en su gestión, estos jueces no son seleccionados de acuerdo a su experiencia en temas comerciales, ni tampoco los casos que deciden forman en su mayoría casos comerciales. De igual manera los jueces del Tribunal Federal de Apelaciones Canadiense y los jueces del TFJFA mexicano tienen poca experiencia con casos de comercio internacional.<sup>907</sup>

Entre las ventajas de los paneles binacionales del Capítulo XIX encontramos que, dado que dichos paneles están formados por expertos en comercio internacional, estos paneles resultan menos deferentes que las agencias investigadoras y tribunales nacionales como el Departamento de Comercio y la Corte de Comercio Internacional estadounidense, el Viceministro de Ingresos, el Tribunal de Comercio Internacional, y el Tribunal Federal de Apelaciones de Canadá, así como la SE y el TFJFA

---

<sup>905</sup> Ibidem.

<sup>906</sup> Ibidem.

<sup>907</sup> Pan, Eric J., *supra* nota, p. 391.

mexicanos.<sup>908</sup> Podría pensarse que los paneles binacionales podrían excederse de sus facultades al considerar si hubieran llegado a la misma conclusión si hubieran llevado a cabo los cálculos de cada caso, sin embargo, si los panelistas llegaran a revisar evidencia como esta, estarían violando el criterio de revisión<sup>909</sup> establecido en el anexo 1911 del TLCAN y existiría la posibilidad de apelación ante el Comité de Impugnación Extraordinaria.

Si bien es cierto que los panelistas no son jueces y no poseen las habilidades en el arte de adjudicación de controversias en tribunales nacionales como los jueces de los países miembros, también es cierto que los jueces federales presentan varios problemas como prejuicios políticos, una técnica judicial mediocre, restricciones institucionales, y por lo tanto, son capaces de producir decisiones confusas e inconsistentes como las que podría en un momento dado producir un panel binacional.<sup>910</sup> En conclusión, el hecho de que los panelistas no sean jueces profesionales no indica que las decisiones de los paneles sean inferiores a aquellas de los tribunales nacionales.<sup>911</sup>

Los paneles binacionales no toman sus decisiones al azar, aunque no sigan un sistema de precedentes, deben trabajar bajo las limitaciones del criterio de revisión correspondiente a la legislación de cada país, por lo que se apegarán al mismo para llegar a sus resoluciones, sobre todo por la posibilidad que tienen las partes de apelar su

---

<sup>908</sup> Ibidem, p. 392.

<sup>909</sup> Ibidem.

<sup>910</sup> Ibidem.

<sup>911</sup> Ibidem, p. 393.

decisión ante el Comité de Impugnación Extraordinaria establecido en el TLCAN<sup>912</sup> en caso de que el panel no aplique el criterio de revisión apropiado.<sup>913</sup>

Los órganos de arbitraje que realizan sus funciones de manera eficiente comparten ciertas características tales como: equidad sustantiva y adjetiva, credibilidad, eficiencia, imparcialidad, consistencia, transparencia y decisiones adecuadamente razonadas.<sup>914</sup> Al analizar las decisiones producidas por los paneles binacionales a la fecha, podemos concluir que estos paneles poseen estas características y cumplen con las expectativas de un competente sistema de arbitraje. El hecho de que ninguna parte se ha quejado de alguna violación al procedimiento por parte de un panel binacional indica que los paneles se han ajustado de manera escrupulosa a las reglas del procedimiento.<sup>915</sup>

El sistema de paneles binacionales es consistente y produce decisiones bien razonadas. Como muestra el análisis de las decisiones de los paneles, los panelistas tienen gran cuidado al escribir sus opiniones. Sus deliberaciones son transparentes y explican de manera detallada el razonamiento de sus opiniones. El logro más importante de los paneles binacionales, sin embargo, no es su habilidad para escribir buenas opiniones, sino su habilidad para mantener un consistente nivel de calidad, estilo y razonamiento sofisticado en sus opiniones. Esta consistencia se debe a que varios panelistas han servido en más de un panel y ninguno en más de tres. Como señalan los

---

<sup>912</sup> Artículo 1904.13 del TLCAN.

<sup>913</sup> Pan Eric, p. 393.

<sup>914</sup> Ibidem, p. 444.

<sup>915</sup> Ibidem.



críticos, los panelistas no son jueces profesionales, sino abogados y profesores de derecho que carecen de práctica extensiva en la redacción de opiniones judiciales. Sin embargo, el estilo y calidad de las decisiones no varía de caso en caso. Esta observación apoya la idea de que jueces *ad hoc*, como los panelistas, pueden ser árbitros efectivos y verdaderos rivales de los jueces de los tribunales nacionales.<sup>916</sup>

Como otra consecuencia positiva de los fallos binacionales, las dependencias estadounidenses que se encargan de las determinaciones de prácticas desleales de comercio internacional, o sea, la Administración de Comercio Internacional de Estados Unidos, también están dictando resoluciones definitivas que son más detalladas y mejor razonadas que sus trabajos anteriores.<sup>917</sup>

El éxito del sistema de paneles binacionales del Capítulo XIX del TLCAN implica que este órgano internacional de arbitraje *sui generis* y *ad hoc* es capaz de ser superiores a los órganos domésticos de apelación. Los paneles binacionales no sólo han aplicado de manera correcta la legislación doméstica de cada país, sino también han sido capaces de reunir los ideales fundamentales de un órgano de arbitraje. Por todo esto, el experimento del Capítulo XIX demuestra que el arbitraje internacional de controversias internacionales puede sustituir el sistema interno de adjudicación y puede ser expandido a otras áreas del derecho.<sup>918</sup>

---

<sup>916</sup> Pan, Eric J., *supra* nota, p. 445.

<sup>917</sup> Geisze, Craig, “*El Desafío...*” p. 248.

<sup>918</sup> Pan, Eric J., *supra* nota, p. 445.

Basándonos en los resultados empíricos del Capítulo XIX, existen varias razones por las que los estados prefieren sistemas de arbitraje internacional en lugar de apelación doméstica para la resolución de controversias internacionales.

Primero, los paneles binacionales muestran mayor respeto por derecho internacional que los tribunales nacionales. En los casos de metodología de ajuste de impuestos indirectos, los paneles binacionales devolvieron dos veces las determinaciones del Departamento de Comercio estadounidense debido a que eran inconsistentes con el código antidumping del GATT. En casos similares ventilados ante el Tribunal de Comercio Internacional estadounidense, la Corte Federal de Apelaciones canadiense y el TFJFA mexicano, estos nunca cuestionaron la consistencia de la metodología de las agencias administrativas con los principios del GATT. Por lo tanto, el respeto de las obligaciones internacionales del arbitraje internacional reforzará el cumplimiento del derecho internacional en beneficio de todos los estados.<sup>919</sup>

Segundo, generalmente los paneles binacionales producen decisiones mejor razonadas que los tribunales domésticos. Este es el resultado de que los panelistas provengan de distintos sistemas jurídicos. Reconociendo que las audiencias están compuestas de abogados y representantes gubernamentales, no sólo de Estados Unidos, sino también de Canadá y México, los paneles han tenido que ser más explícitos y

---

<sup>919</sup> *Ibidem.*, p. 446.

transparentes en su razonamiento, tanto para su beneficio como para el de la audiencia.<sup>920</sup>

Tercero, el propósito original de los paneles binacionales era crear un órgano de arbitraje *ad hoc* y *sui generis* que aplicara el derecho nacional de una manera objetiva. Los paneles internacionales fomentan el estado de derecho al tener mayor credibilidad con sus participantes, ya que éstos los perciben como órganos más objetivos que los tribunales domésticos. La confianza en el sistema fomenta a las partes a recurrir al arbitraje como mecanismo de solución de controversias de manera más frecuente y hace más probable el cumplimiento de las decisiones del órgano de adjudicación.<sup>921</sup>

Por último, el sistema de paneles binacionales del Capítulo XIX demuestra que los paneles internacionales son órganos de arbitraje fuertes y capacitados que igualan y a veces sobrepasan la calidad de sus contrapartes nacionales. En este aspecto, el Capítulo XIX ha probado que sus críticas son erróneas. Este sistema no limita la soberanía de ninguno de los países parte del TLCAN, ni tampoco aterra a los productores de estos países con un régimen legal más estricto sobre cuotas antidumping y compensatorias. Al contrario, los paneles binacionales producen un régimen de cuotas antidumping y compensatorias más efectivo y equitativo tanto para los productores extranjeros como para los nacionales. Es tiempo de que las lecciones de este éxito sean aplicadas a otras áreas de arbitraje internacional.<sup>922</sup>

---

<sup>920</sup> Ibidem.

<sup>921</sup> Ibidem.

<sup>922</sup> Ibidem.