

325
24

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



LOS MECANISMOS PARA LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ANTONIO GARZA CANOVAS

MEXICO, D. F.

1992

FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

<u>LISTA DE ABREVIATURAS</u>	V
<u>P R E S E N T A C I O N</u>	1
<u>C A P I T U L O 1: LOS MEDIOS PARA LA SOLUCION PACIFICA DE CONTROVERSIAS ENTRE SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL</u> ..	7
1.1. INTRODUCCION.....	7
1.2. EL PRINCIPIO DE SOLUCION PACIFICA DE CONTROVERSIAS...	8
1.3. NEGOCIACION Y CONSULTAS.....	9
1.4. INVESTIGACION.....	14
1.5. BUENOS OFICIOS.....	16
1.6. MEDIACION.....	17
1.7. CONCILIACION.....	20
1.8. ARBITRAJE.....	25
El acuerdo arbitral.....	26
La composicion del tribunal arbitral.....	29
Reglamento del Tribunal arbitral.....	29
El derecho aplicable.....	30
El resultado del arbitraje.....	31
1.9. EL ARREGLO JUDICIAL.....	33
Arreglo Judicial y Arbitraje.....	34
Jurisdicción, Competencia e iniciación del proceso..	36
Opiniones consultivas.....	39
Acceso e intervencion de terceros.....	39
Normas de procedimiento.....	40
Resultado del arreglo judicial.....	41
1.10. CONSIDERACION FINAL.....	42
<u>C A P I T U L O 2: LOS MECANISMOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS DEL ACUERDO GENERAL DE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO Y OTROS TRATADOS COMERCIALES MULTILATERALES</u> ...	43
2.1. EL ACUERDO GENERAL DE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO	43
Generalidades.....	43
Articulos XXII y XXIII del GATT.....	47
El desarrollo del procedimiento.....	51
El Entendimiento de 1979.....	53

Notificación.....	53
Consultas.....	53
Páneles.....	54
Vigilancia.....	60
Mecanismos de solución de controversias en el Código	
Antidumping y el Código de Subsidios.....	60
Código Antidumping.....	62
Código de subvenciones.....	64
Lo acordado en la Ronda Uruguay.....	68
El Reporte Dunkell.....	70
Algunos casos importantes resueltos en el GATT.....	76
El Caso DISC.....	76
El Caso del Superfondo.....	77
El Caso del Atun-Delfín.....	78
2.2. CONVENCIÓN DE LA ASOCIACIÓN EUROPEA DE LIBRE	
COMERCIO.....	83
2.3. TRATADO QUE ESTABLECE UNA ZONA DE LIBRE COMERCIO E	
INSTITUYE LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE LIBRE	
COMERCIO (TRATADO DE MONTEVIDEO).....	85
2.4. TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1980 QUE INSTITUYE LA	
ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN.....	86
2.5. ACUERDO DE INTEGRACIÓN SUBREGIONAL (ACUERDO DE	
CARTAGENA).....	87
2.6. CONSIDERACIONES FINALES.....	90

CAPÍTULO 3: LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CANADA Y ESTADOS UNIDOS Y OTROS TRATADOS COMERCIALES BILATERALES 97

3.1 ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CANADA Y EUA.....	97
Generalidades.....	97
Mecanismos de prevención de controversias.....	99
Mecanismo para la solución de controversias (Capítulo	
18).....	100
Ambito de aplicación.....	100
La Comisión.....	100
Notificación.....	103
Consultas.....	103
Consultas en la Comisión.....	103
Arbitraje y procedimiento ante pánel de	
expertos.....	104
Interpretación del FTA.....	108
Sistema especial para la solución de controversias	
en materia de antidumping y de derechos compensatorios	
(Capítulo 19).....	109
Generalidades.....	109
Temporalidad.....	110
Derecho nacional.....	111

Revisión de leyes y reformas legislativas.....	112
Revisión de decisiones administrativas finales en casos de antidumping o de derechos compensatorios.....	114
Reglas de procedimiento.....	117
Establecimiento de pánenes binacionales.....	117
Apelación extraordinaria.....	119
El Secretariado.....	121
Casos conforme al Capítulo 18 del FTA.....	121
Caso del arenque y salmón.....	122
Caso de las langostas.....	123
Casos conforme al Capítulo 19 del FTA.....	124
Caso del material de pavimentación.....	124
Caso de la carne de puerco canadiense.....	125
 3.2. ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE EUA E ISRAEL (FTAEU-I).....	 128
3.3. ACUERDO DE COMPLEMENTACION ECONOMICA ENTRE MEXICO Y CHILE.....	131
3.4. CONSIDERACIONES FINALES.....	134
 C A P I T U L O 4: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL MECANISMO DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS DEL TRATADO NORTEAMERICANO DE LIBRE COMERCIO.....	 137
4.1. COMPOSICION DE LOS ORGANOS DE DECISION.....	137
4.2. LA ELECCION DEL FORO Y EL DERECHO APLICABLE.....	140
4.3. UNO O VARIOS MECANISMOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS.....	142
4.4. ANTIDUMPING Y DERECHOS COMPENSATORIOS.....	143
4.5. ARBITRAJE OBLIGATORIO.....	149
4.6. SANCIONES.....	150
4.7. VIGILANCIA.....	152
4.8. LA CREACION DE UN TRIBUNAL PERMANENTE.....	152
4.9. LA LEY SOBRE LA CELEBRACION DE TRATADOS.....	153
4.10. CONSIDERACION FINAL.....	154
 CONCLUSION.....	 155

FUENTES PRIMARIAS..... 157

BIBLIOGRAFIA..... 161

LISTA DE ABREVIATURAS

ACE	ACUERDO DE COMPLEMENTACION ECONOMICA ENTRE MEXICO Y CHILE
AELC	ASOCIACION EUROPEA DE LIBRE COMERCIO
ALADI	ASOCIACION LATINOAMERICANA DE INTEGRACION
ALALC	ASOCIACION LATINOAMERICANA DE LIBRE COMERCIO
CA	CODIGO ANTIDUMPING (GATT)
CEE	COMUNJIDAD ECONOMICA EUROPEA
CIADI	CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS EN INVERSIONES
CIJ	CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA
CNUDMI	COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
CS	CODIGO DE SUBVENCIONES (GATT)
EUA	ESTADOS UNIDOS DE AMERICA
FTA	ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CANADA Y EUA ("FREE TRADE AGREEMENT")
FTAEU-I	ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE EUA E ISRAEL
GATT	ACUERDO GENERAL DE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO
MSC	MECANISMO(S) PARA LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS
OIC	ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL COMERCIO
ONU	ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS
UNCTAD	UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT
TNLC	TRATADO NORTEAMERICANO DE LIBRE COMERCIO
ZNLC	ZONA NORTEAMERICANA DE LIBRE COMERCIO

P R E S E N T A C I O N

Parece ser que el comercio se afirma como el leitmotiv de las relaciones internacionales. La actividad comercial desborda las fronteras y propicia la interdependencia económica. Todos los indicadores parecen apuntar hacia la globalización de la economía, sin importar mayormente los sistemas políticos y económicos o el grado de desarrollo de las naciones.¹

Los sistemas normativos del comercio internacional buscan ofrecer predictibilidad y estabilidad en las relaciones comerciales. Para países de reducido poder comercial que entablan estas relaciones con potencias mundiales, contar con sistemas de reglas claramente definidos puede ser vital. La verdadera prueba de dichos sistemas son los mecanismos para la solución de controversias (MSC), ya que aún las reglas más cuidadosamente negociadas generan disputas sobre su aplicación a casos concretos.

Así, procedimientos expeditos y justos son esenciales para resolver satisfactoriamente los conflictos que se susciten y evitar que las reglas pierdan su valor por falta de obediencia.²

¹ Cfr. Siqueiros, José L. "La resolución de controversias en el Tratado Trilateral de Libre Comercio entre México, Estados Unidos de América y Canadá", *Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio*, Universidad Iberoamericana, 1992, pp. 62, 63.

² Cfr. Bello, Judith y Alan F. Holmer. "Settling Disputes in the GATT: The Past, Present and Future," *The International Lawyer*, Summer 1990, v. 24, 2, p. 519.

Los procedimientos para prevenir y resolver controversias incluyen:

1. La obligación de las partes de notificarse las medidas comerciales que planeen tomar.

2. Consultas y negociaciones respecto a esas medidas antes de su implementación y de ser necesario el uso de los buenos oficios, la mediación o la conciliación por terceros.

3. Si no se resuelve el conflicto, la controversia puede ser resuelta mediante algún organismo obligatorio como el arbitraje o el arreglo judicial.

4. En caso de que no se cumpla con el laudo o decisión puede pactarse el derecho de imponer sanciones como la compensación, la represalia o incluso la denuncia del tratado.³

El objeto de esta tesis es, mediante el estudio comparado, entender mejor algunos de los aspectos más relevantes de los MSC en tratados comerciales. El énfasis de la investigación se pone en contrastar los MSC de tratados multilaterales y los de tratados bilaterales para encontrar los aspectos y problemas específicos de unos y otros.

³ Cfr. "The Settlement of Disputes under the 1989 Canada- United States Free Trade Agreement," American Journal of International Law (A.J.I.L.), January 1989, v. 83, 1. p.119.

Para lograr el objeto de la tesis se considera necesario analizar diversos MSC tanto desde el punto de vista teórico como desde el práctico. Se procura siempre analizar fuentes primarias como tratados y decisiones jurisdiccionales a la par de aspectos doctrinales.

En el primer capítulo se hace una revisión de los medios tradicionales para resolver controversias en el derecho internacional. Es necesario estudiar estos medios tradicionales porque todo MSC esta constituido por dichos medios. En este capítulo se ha seguido de cerca el Manual sobre el Arreglo Pacífico de las Controversias entre Estados⁴, pero se ha complementado con otras fuentes.

En el segundo capítulo se estudian los MSC en tratados comerciales multilaterales. Dos son las características esenciales de estos tratados: que son comerciales y que son multilaterales. Ambas condicionan los MSC de dichos tratados. Ambas condicionarán al MSC del futuro Tratado Norteamericano de Libre Comercio (TNLC).

Se estudia el MSC del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) por su indiscutible

⁴ "Manual sobre el Arreglo Pacífico de Controversias entre Estados", Anexo al Informe del Comité Especial de la Carta de las Naciones Unidas y del Fortalecimiento del Papel de la Organización (A/46/33).

importancia en la actualidad y por ser el único foro internacional donde México puede actualmente resolver sus controversias de comercio exterior. Además se analizan MSC de dos códigos de conducta del GATT, el Antidumping y el de Subvenciones y Derechos Compensatorios, porque cubren dos de los temas más escabrosos en el comercio internacional. También se estudian los acuerdos alcanzados a la fecha en la Ronda Uruguay y el recién publicado Reporte Dunkell, propuesta del Director-General del GATT para dar término a dicha ronda de negociaciones. Por último se relatan tres casos relevantes que se han presentado ante el GATT, específicamente los dos en los que México a participado, con el fin de entender centradamente la eficiencia o ineficiencia de estos MSC.

También se analiza brevemente el MSC de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) porque fue el primer tratado que creó una zona de libre comercio que cubriera varios Estados. En contraposición con la Comunidad Económica Europea (CEE), la AELC es exclusivamente una zona de libre comercio. En este sentido y aún cuando tiende a desaparecer, se considera importante analizarla.

Posteriormente se incluye el análisis de los MSC en la antigua Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) y su heredera la Asociación Latinoamericana de

Integración (ALADI) y por último el Acuerdo de Cartagena (Pacto Andino).

En el tercer capítulo se estudian diversos MSC en tratados comerciales bilaterales. Primero se analizan profundamente los MSC del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y EUA (FTA). La importancia de éste tratado no es sólo en virtud de que lo celebraron los países con quienes México formará la Zona Norteamericana de Libre Comercio (ZNLCA), sino también porque desde el punto de vista de la doctrina del derecho internacional éste es el MSC más adelantado que se ha puesto en práctica. Se analizan algunos de los casos que han sido resueltos conforme a este mecanismo porque sólo así se disipan algunos mitos sobre los alcances y las implicaciones de estos MSC y se adquiere una visión plena y cierta de ellos.

Después se analiza el Acuerdo de Libre Comercio entre EUA e Israel (ALC EUA-I) que para México es relevante, pues su posición económica frente a EUA es más comparable con la de Israel que con la de Canadá (dicho esto con todas las reservas que merece).

Por último se analiza el MSC en el Acuerdo de Complementación Económica entre México y Chile (ACE) por ser éste el tratado bilateral de comercio más completo

que se ha celebrado en Latinoamérica y servir como antecedente directo a futuros tratados de libre comercio con otros países latinoamericanos.

Una vez estudiado lo anteriormente descrito es posible, en el cuarto capítulo, presentar algunas consideraciones respecto a los MSC del TNLC. Se reconoce que escribir sobre el tema es un tanto irresponsable, pues la complejidad de la realidad supera infinitamente cualquier dificultad teórica. Sin embargo, parece ser preferible la acusación de irresponsabilidad que la de cobardía. El derecho a cambiar de opinión queda debidamente reservado.

Por último el quinto capítulo es una breve conclusión.

C A P I T U L O 1

LOS MEDIOS PARA LA SOLUCION PACIFICA DE CONTROVERSIAS

ENTRE SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

1.1. INTRODUCCION; 1.2. EL PRINCIPIO DE SOLUCION PACIFICA DE CONTROVERSIAS; 1.3. NEGOCIACION Y CONSULTAS; 1.4. INVESTIGACION; 1.5. BUENOS OFICIOS; 1.6. MEDIACION; 1.7. CONCILIACION; 1.8. ARBITRAJE, El acuerdo arbitral, La composicion del tribunal arbitral, Reglamento del Tribunal arbitral, El derecho aplicable, El resultado del arbitraje; 1.9. EL ARREGLO JUDICIAL, Arreglo Judicial y Arbitraje, Jurisdicción, competencia e iniciación del proceso, Opiniones consultivas, Acceso e intervencion de terceros, Normas de procedimiento, Resultado del arreglo judicial; 1.10. CONSIDERACION FINAL.

1.1. INTRODUCCION

Como en todos los sistemas normativos, en los internacionales pueden surgir una gran gama de controversias. A través del tiempo, se han desarrollado diferentes medios para la solución de controversias en dicho ámbito. Los principales son las negociaciones y consultas, la investigación, los buenos oficios, la mediación, la conciliación, el arbitraje y el arreglo judicial.

Las características particulares de cada controversia determina el medio ideal para resolverla. Los medios para la solución de controversias pueden funcionar independientemente uno del otro, de manera que la aplicación de uno solo puede ser suficiente para resolver determinado conflicto. Sin embargo la complejidad de la

controversia puede hacer que se necesite hacer uso de varios, ya sea de manera sucesiva o simultáneamente.

Los sujetos en las relaciones internacionales crean mecanismos para la solución de sus controversias negociando las características específicas de los medios tradicionales aplicables a su relación e integrándolos sistemáticamente.

1.2. EL PRINCIPIO DE SOLUCION PACIFICA DE CONTROVERSIAS

El principio que establece que las controversias entre Estados deben ser resueltas mediante medios pacíficos está indiscutiblemente aceptado en derecho internacional. La Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) señala como uno de los propósitos de la Organización, lograr por medios pacíficos y de conformidad con los principios de justicia y derecho internacional el arreglo de controversias.⁵

La propia Carta establece que los miembros de la ONU arreglarán sus controversias por medios pacíficos⁶ y señala como medios la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo

⁵ Art. 1, pár. 1 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (Carta ONU), firmada en San Francisco el 26/VI/45, ratificada el 7/XI/45, en vigor general 24/X/45 y en México el 7/XI/45, Diario Oficial (D.O.) 17/X/45. Incluida en la Colección de Tratados Ratificados y Convenios Ejecutivos Celebrados por México (Colección de Tratados), SRE y H. Senado de la República, T. IX, p. 337.

⁶ Art. 2, pár. 3 Carta ONU.

judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.⁷

Además existen una serie de principios conexos como son el de libre elección de los medios, la abstención de los Estados a recurrir a la fuerza o a la amenaza de su uso, la no intervención, la igualdad soberana de los Estados y el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas por los Estados, entre otros. Estos principios deben ser interpretados cada uno en relación con los demás.⁸

1.3. NEGOCIACION Y CONSULTAS

Tanto la Corte Internacional de Justicia (CIJ) como anteriormente el Tribunal Permanente de Justicia Internacional han declarado que a diferencia de otros medios la negociación conduce al arreglo directo de las controversias. De hecho son un requisito previo para recurrir a otros medios, ya que antes de que una controversia pueda ser objeto de una acción de derecho, su contenido debe ser claramente definido mediante negociaciones.

Se distingue por su flexibilidad ya que se aplica a todos los tipos posibles de controversias y su eficacia ya que

⁷ Cap. IV, Art. 33, párr. 1 Carta ONU.

⁸ Cfr. Manual... op.cit. nota 4, pp. 33-37.

es el MSC más frecuentemente usado, siendo en la mayoría de los casos fructífera.⁹

Sin embargo al ser un medio preeminentemente político y no jurídico, resulta más difícil asegurar el cumplimiento de los principios de derecho internacional conexos antes mencionados.

Una forma de negociación son las consultas, medio no consagrado en la Carta de la ONU pero si en otros instrumentos de derecho internacional.¹⁰

El proceso de negociación comienza cuando un Estado percibe una controversia y notifica al otro su deseo de entablar negociaciones. El Estado notificado necesariamente debe aceptar. Puede suceder que no acepte por no creer que exista controversia alguna. Esto sucedió cuando el Secretario General de la ONU consideró que la promulgación en EUA del "Anti-Terrorism Act of 1987" que prohibía el establecimiento en ese país de cualquier oficina relacionada con la Organización para la Liberación Palestina. EUA sostuvo que no existía controversia en virtud de que la Ley no había sido aplicada hasta ese momento. Se negoció solicitar una

⁹ Cfr. Akehurst, Michael. A Modern Introduction to International Law, fifth edition, Londres, 1985, p. 201.

¹⁰ Cfr. Arts. XXII y XXIII del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). México es parte mediante el Protocolo de Adhesión firmado en Ginebra, Suiza el 17/VII/86 y ratificado el 9/X/86.

opinión consultiva a la CIJ sobre si existía o no una controversia.¹¹

Muchos tratados contienen la obligación de que las partes entablen negociaciones al surgir una controversia entre ellas. Varios condicionan el recurso a otros medios a que fracasen previamente las negociaciones.

Asimismo la obligación de negociar puede derivarse de un fallo judicial, como lo declaró la CIJ en el Caso sobre la Jurisdicción de Pesquerías en la Plataforma Continental del Mar del Norte.¹² Las negociaciones bilaterales en general se llevan a cabo directamente entre representantes de los Estados o por escrito. En muchos casos los tratados mismos establecen reglas para la conducción de las negociaciones y en ocasiones incluso se establecen instituciones como comisiones mixtas donde éstas se deben llevar a cabo (i.e. tratados sobre usos de cursos internacionales de aguas).

Varios tratados multilaterales prevén la posibilidad de negociaciones colectivas. Generalmente éstas se realizan en el marco de una organización internacional. La existencia de instituciones creadas en los tratados mismos para su administración, implementación y la

¹¹ Cfr. Schwebel, Stephen. "Arbitration and the Exhaustion of Local Remedies Revisited", *The International Lawyer*, 1989, V. 23, No.4, pp. 952-955.

¹² Cfr. *Manual...op.cit.*, note 4, p. 47.

resolución de controversias es aún más importante y relevante en tratados multilaterales (i.e. GATT, AELC).

El tiempo que duran las negociaciones o consultas es variable, pero algunos instrumentos como el Convenio que establece la Organización de Estados del Caribe Oriental ponen un límite de tiempo después del cual se podrá optar por otro MSC.¹³ De igual manera se establecen en el Capítulo 18 del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y EUA (FTA), términos precisos para la celebración de consultas.¹⁴

Sin embargo, los términos mencionados en el párrafo anterior pueden tener efectos diferentes. Unos obligan a las partes a terminar la negociación e iniciar otro MSC, mientras que otros sólo dan a las partes derecho de iniciar otro MSC pero no terminan con las negociaciones.

De crucial importancia en el proceso de negociación resulta la actitud de las partes. Algunos tratados (i.e. Art. XXII del Gatt y Art. 57 del Acuerdo sobre el Café) obligan expresamente a las partes a adoptar una actitud positiva al celebrar consultas encaminadas a resolver controversias derivadas de la interpretación o aplicación

¹³ Adoptado en Basseterre, St. Kitts/Nevis el 18/VI/81. Ver Székely, Alberto. Instrumentos Fundamentales de Derecho Internacional Público, UNAM, 2da. edición, 1990, V. IV, p. 1959.

¹⁴ Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y EUA, en vigor 1/1/88. Ver 27 International Legal Materials (ILM) 281 (1988).

del tratado.¹⁵ Al respecto, la CIJ estableció en su fallo en el Caso del Africa Sudoccidental que "...lo que importa no es tanto la forma de la negociación, sino la actitud y las posiciones de las partes sobre los temas de fondo de la cuestión de que se trata..."¹⁶

En el Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, la CIJ declaró que "Las partes...están obligadas a conducirse de manera que las negociaciones sean significativas, lo que no sucederá si cualquiera de ellas insiste en su propia posición sin prever ninguna modificación de la misma."¹⁷

Por último en el Asunto del Lago Lanós el tribunal arbitral menciona en su decisión como ejemplos de "infracción de las reglas de la buena fé" en el desarrollo de las negociaciones, la "...ruptura injustificada de las conversaciones, aplazamientos anormales, inobservancia de los procedimientos previstos, negativa sistemática a tomar en consideración los intereses de la otra parte..."¹⁸

¹⁵ Convenio Internacional del Café, adoptado el 16/IX/82, ratificado por México el 21/III/84, en vigor 31/X/84, D.O. 21/V/84. Texto en: Colección de Tratados...op.cit nota 5, T. XXV, P. 5.

¹⁶ ICJ Reports, 1962, p.346 Preliminary Objections.

¹⁷ ICJ Reports 1969, p. 47

¹⁸ Cfr. Proyecto de Manual sobre el Arreglo Pacifico de las Controversias entre Estados, documento distribuido por la ONU bajo el número A/AC.1B2/L.68, p.29.

La existencia de negociaciones en curso no necesariamente excluye el recurso a otro MSC. En el caso del personal diplomático y consular de los EUA en Teherán la CIJ afirmó que los esfuerzos del Secretario General para atenuar la crisis, realizados a petición del Consejo de Seguridad no podían considerarse incompatibles con el proceso paralelo en la Corte.¹⁹

En varios casos se han dado negociaciones y procedimientos judiciales simultáneos e incluso se han interrumpido los segundos, al alcanzar una solución mediante las primeras.²⁰

La mayoría de los tratados prevé en su articulado que en caso de que fracasen las negociaciones y consultas se aplicarán otros MSC.

1.4. INVESTIGACION

El objeto del procedimiento de investigación es discernir imparcialmente los hechos relevantes en una controversia internacional para allanar obstáculos y lograr una solución negociada.²¹

¹⁹ ICJ Reports 1980, p. 3

²⁰ Caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo y el Juicio de los Prisioneros de Guerra Paquistaníes. Ver Manual...op.cit. nota 4, p.32.

²¹ Cfr. Akehurst...op.cit. nota 9, p. 202.

La competencia conferida a una comisión puede variar según el tema de la investigación y generalmente está definida en el tratado y en el mandato de la propia comisión. Puede consistir en la audiencia de las partes, el examen de testigos o documentos, visitas sobre el terreno u otras acciones dirigidas a determinar los hechos.

La investigación puede ponerse en marcha por consentimiento mutuo con base en un tratado en vigor entre los Estados partes, que contenga una cláusula general que obligue a resolver disputas mediante MSC pacíficos. Algunos tratados prevén el establecimiento de una comisión permanente de investigación cuya jurisdicción es aceptada de antemano por los Estados. La jurisdicción puede invocarse sin nuevo acuerdo o con previo acuerdo según el tratado y puede invocarse unilateralmente o por consentimiento mutuo.

El resultado de la investigación es un informe cuyo valor varía de conformidad con las funciones y competencias conferidas a la comisión de investigación de que se trate. El Art. 35 de la Convención para el Arreglo Pacífico de Conflictos Internacionales (La Haya, 1907) lo considera no obligatorio.²² Conforme a la Convención de

²² Adoptada en La Haya el 18/X/07, en vigor el 23/1/10. Texto en: Székely...op.cit. nota 13, V. II, p. 543.

las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 los resultados de la investigación tienen carácter concluyente, salvo que se haya acordado lo contrario.²³

La investigación puede combinar las ventajas de la diplomacia y de las técnicas jurídicas para ofrecer a las partes un informe imparcial que puede ser de gran utilidad para delimitar el objeto de la controversia y facilitar el establecimiento de cualquier otro MSC o sugerir la solución de la disputa.

1.5. BUENOS OFICIOS

Cuando los Estados partes en una controversia no pueden resolverla directamente entre ellos, un tercero puede ofrecer sus buenos oficios como medio de evitar que se agrave la controversia y como método para persuadir a los Estados involucrados en la controversia a aceptar un MSC pacífico.²⁴

El tercero que ofrece sus buenos oficios puede ser un Estado o un grupo de Estados, una organización internacional o una persona, sola o con la asistencia de un comité. Siempre debe ser aceptable para todas las partes de la controversia. Normalmente trata de alentar a

²³ Anexo VIII, Art. 5, Párr. 27. Adoptada en Montego Bay el 10/XII/82, ratificada por México 18/III/83, no ha entrado en vigor, D.O. 1/VI/83. Texto en: Székely...op.cit. nota 9, V. V, p. 3464 (en adelante Convención del Mar).

²⁴ Cfr. Akerhurst...op.cit. nota 9, p. 201.

las partes en la controversia a reanudar negociaciones. En ocasiones se le permite tomar parte activa en el proceso para su arreglo. En este caso propone soluciones y celebra reuniones para examinar propuestas de manera que no sólo porta sus buenos oficios sino que funciona como mediador.

Los buenos oficios pueden iniciarse por iniciativa de un tercero o por invitación de las partes. Puede acudirse a ellos de conformidad con las disposiciones de un tratado aplicable o de una manera puramente *ad hoc*.

Generalmente el resultado de los buenos oficios es entrar a otro tipo de MSC. Así lo establece el Artículo X del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá), donde los buenos oficios son una fase claramente definida del procedimiento global de solución de controversias.²⁵

1.6. MEDIACION

Por este método interviene un tercero ajeno a la controversia para conciliar las reclamaciones de las partes en conflicto y presentar sus propias propuestas encaminadas a una solución de transacción mutuamente aceptable. El papel del mediador es complejo y delicado,

²⁵ Adoptado en Bogotá el 30/IV/48, ratificado por México 23/XI/48, en vigor 6/V/49. Cfr. Sepúlveda, César. El Sistema Interamericano, Editorial Porrúa, México, 1974, p. 185.

pués se recurre a él para reducir la tensión y evitar la ruptura de las relaciones pacíficas.²⁶

El procedimiento de mediación es sencillo y directo, sin formalismo. Puede iniciarse igual que los buenos oficios. Si la mediación se ensaya sin éxito, debe dar paso a otros procedimientos pacíficos aceptados por las partes. En caso necesario, todas las cuestiones de procedimiento, incluidas medidas tales como la transición de la mediación a las negociaciones directas o cualquier otro de los MSC, pueden acordarse de una manera informal y simplificada.

El Artículo XII del Pacto de Bogotá fija un término de dos meses para elegir al mediador e iniciada la mediación señala cinco meses para que se resuelva la controversia o se pase a otro MSC.²⁷

Las propuestas no son obligatorias pueden incorporarse en instrumentos como un acuerdo, un protocolo, una declaración, un comunicado, un canje de notas, un certificado firmado por el mediador.

Normalmente el mediador no adquiere obligaciones jurídicas pero en algunos casos asume la prestación de

²⁶ Cfr. Figueroa, Luis. Derecho Internacional, Editorial Jus, México, 1991, p. 172.

²⁷ Ibid.

nueva asistencia, para la implementación de los resultados de la mediación o para garantizar dicha implementación. Tal es el caso de la controversia sobre la Cuenca del Indo entre la India y Pakistán, donde el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento fungió como mediador y al resolverse la controversia quedó comprometido a financiar ciertas obras de ingeniería.²⁸

El trascendental papel que puede desempeñar un mediador que entienda los aspectos políticos, sociales, económicos y jurídicos relativos a una controversia, ha quedado demostrado recientemente. En los últimos meses de 1991 el mediador nombrado por el Secretario General de la ONU, logró la liberación de los últimos rehenes en Medio Oriente.²⁹

Después de varios años, la mediación del Secretario General de la ONU, rindió resultados concretos para terminar la guerra civil en el Salvador. En los Acuerdos de Nueva York firmados el 31 de diciembre de 1991, el gobierno y los revolucionarios acordaron el cese al fuego definitivo. Los Acuerdos son de gran complejidad ya que incluyen compromisos del gobierno para reestructurar la policía nacional y el ejército y el compromiso de los

²⁸ Cfr. Manual...op.cit. nota 4, p. 78.

²⁹ Cfr. "Mr. Behind-the-Scenes", TIME International, 6/XII/91, No. 50, p. 27.

rebeldes de entregar gradualmente las armas y se constituirse como partido político.³⁰

1.7. CONCILIACION

Un MSC que sirve para que cada parte comprenda mejor el caso de la otra mediante la realización de una investigación objetiva y una evaluación de todos los aspectos de la controversia, mientras que por la otra parte, les ofrece un mecanismo oficioso de terceros para la negociación y la evaluación no judicial de las reclamaciones jurídicas y de otro tipo en cada una de ellas, incluida la oportunidad de definir los términos para una solución que puedan aceptar.

De esta manera, se combinan los elementos tanto de la investigación como de la mediación. Sin embargo la conciliación ha sido más formal y menos flexible que la mediación. Si las propuestas de un mediador no son aceptadas, puede formular nuevas propuestas. El conciliador, en cambio, si bien consulta con cada parte en privado para tratar de encontrar puntos de común acuerdo antes de entregar su reporte, normalmente entrega un sólo reporte y en ese momento terminan sus funciones.³¹

³⁰ Cfr. "Giving Peace a Chance", TIME International, 13/1/92, No. 2, p. 13.

³¹ Cfr. Akehurat...op.cit. nota 9, p. 202.

En diversos tratados³² se asignan dos funciones principales a la conciliación. La primera es la investigación y aclaración de los hechos que son objeto de la controversia, procurando el acuerdo entre las partes al sugerir soluciones mutuamente aceptables.

Algunos tratados condicionan el acceso a la conciliación al fracaso de negociaciones y consultas previas, al igual que otros condicionan el sometimiento a un procedimiento adjudicatorio de la controversia a que fracase la conciliación. Otros, permiten el acceso directo al arbitraje sin pasar por la conciliación, cuando las partes así lo acuerden.³³

La ONU ha alentado el recurso a este MSC. En 1949 la Asamblea General dispuso la creación de una lista de personas para constituir comisiones de investigación o conciliación. También recomendó en 1980 el uso del Reglamento de Conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en casos en los que se planteara una controversia en el contexto de las relaciones comerciales internacionales.

Durante el cuadragésimo sexto periodo de sesiones de la Asamblea General de la ONU se discutió, en la Sexta

³² Convención Europea para el Arreglo Pacífico de las Controversias, Pacto de Bogotá, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Anexo 1' de la Convención del Mar.

³³ Manual... op.cit. nota 4, p. 62.

Comisión, el Proyecto de Reglamento de las Naciones Unidas para la Conciliación de Controversias entre Estados, preparado por Guatemala.³⁴ Es interesante observar que la iniciativa ha gozado del apoyo generalizado entre los países y que prácticamente todas las opiniones expresadas sobre dicho proyecto coincidieron en señalar que era necesario procurar que éste fuera lo más flexible posible, para que sea aplicable en la práctica y no un nuevo intento fallido.

Las comisiones de conciliación por lo general se integran conforme lo establecido en el tratado mismo. En el Acta General para el Arreglo Pacífico de Diferencias Internacionales, las Comisiones de Conciliación se forman con cinco miembros. En caso de que hagan causa común algunas de las partes en la controversia se pondrán de acuerdo para nombrar uno de los árbitros, la contraparte otro y el resto es nombrado por común acuerdo. Cuando tengan intereses diferentes, cada parte nombra un árbitro y los restantes se nombran por común acuerdo.³⁵

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 señala que en caso de no lograrse acuerdo para la designación del órgano conciliador dentro de un plazo de

³⁴ Documento A/46/383.

³⁵ Arts. IV y XXXIV del Acta General para el Arreglo Pacífico de Diferencias Internacionales (en adelante Acta General), adoptada en Ginebra el 25/IX/28 y la Resolución sobre la Restitución de su Eficacia Inicial (Resolución 268 A (III) de la Asamblea General de la ONU de 28/IV/49). Texto en: Székely.... op.cit. nota 13, V. II, p. 565-578.

sesenta días, será el Secretario de la ONU quien lo nombre.³⁶ Este texto sintoniza con la tendencia moderna de evitar los problemas institucionales de la conciliación tradicional.

El procedimiento puede comenzar por mutuo consentimiento en forma *ad hoc*, o de conformidad con los términos de un tratado aplicable. Los tratados que incluyen detalles sobre el procedimiento de conciliación deben invariablemente señalar si el procedimiento sólo puede iniciarse por mutuo consentimiento o si se puede iniciar unilateralmente. En la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 hay un procedimiento obligatorio según el cual toda parte en una controversia que sea invitada a someterse a un procedimiento conciliatorio, "...estará obligada a someterse a ese procedimiento..."³⁷ Lo obligatorio es el recurso al procedimiento; el resultado de la propia conciliación sigue siendo no obligatorio.

Generalmente es el órgano de conciliación el que decide su reglamento. El método de trabajo combina ciertas técnicas para la recopilación y evaluación de los hechos que producen la controversia. Por esto, se faculta a los

³⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Adoptada en Viena el 23/11/69, ratificada por México el 25/1X/74, en vigor el 27/1/80, D.O. 14/11/75. Texto en: Székely...op.cit. nota 13, V.1, p.177.

³⁷ Sección 2 del Anexo V de la Convención del Mar.

componedores para escuchar a las partes, examinar reclamaciones y objeciones y formular propuestas para una solución amistosa.

Algunos tratados dan plazos dentro de los que el órgano de conciliación debe concluir su labor. El Acta General establece un plazo de seis meses.³⁸

Por lo general, los resultados del proceso tienen forma de recomendaciones no vinculantes. Sin embargo en algunos tratados específicos la conciliación tiende a evolucionar hacia ser un MSC obligatorio más que facultativo.³⁹ En otros tratados se introducen variaciones o le dan carácter vinculatorio.⁴⁰ En la Convención de Viena para la Protección del Ozono "...La Comisión [de Conciliación] emitirá un fallo definitivo y recomendatorio que las partes deberán tener en cuenta de buena fé..."⁴¹ El Convenio que establece la Organización de los Estados del Caribe Oriental dispone que "...los Estados miembros se comprometen a aceptar como obligatorio el procedimiento de conciliación... Toda decisión o recomendación de la Comisión de Conciliación en la resolución de la

³⁸ Art. XV. 3. Supra, nota 35.

³⁹ Anexo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Supra nota 36 y; Convención del Mar.

⁴⁰ Art. 7, párr. 2 de la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con los Organismos Internacionales de Carácter Universal de 1975.

⁴¹ Art. 11, párr. 5. Adoptada en Viena el 22/III/85, ratificada por México el 14/IX/87, en vigor 22/IX/88, D.O. 22/XII/87. Texto en: Colección de Tratados...op.cit. nota 5, T. XXVI, p. 65.

controversia será definitiva y vinculante para los Estados miembros."⁴²

1.8. ARBITRAJE

"El arbitraje es un método por el cual las partes en una disputa convienen en someter sus diferencias a un tercero, o a un tribunal constituido especialmente para tal fin, con el objeto de que sea resuelto conforme a las normas que las partes especifiquen, usualmente normas de derecho internacional, y con el entendimiento que la decisión a de ser aceptada por los contendientes como arreglo final."⁴³

Una de las características fundamentales del arbitraje es que se trata de un procedimiento que tiene como consecuencia decisiones vinculantes para las partes en la controversia. Esta característica la comparte con el método de solución judicial.

Sin embargo, los MSC mencionados en el párrafo anterior son estructuralmente diferentes. El arbitraje está constituido por el consentimiento de los Estados partes en una controversia concreta cuando esas partes conservan un control considerable sobre el proceso gracias a la

⁴² Art. 14, párr. 3, supra nota 13.

⁴³ Sepúlveda, César. Derecho Internacional, Editorial Porrúa, 16ta. edición, 1991, pp. 395 y 396.

facultad de nombrar árbitros de su propia elección. El arreglo judicial, en cambio, se efectúa en cortes y tribunales internacionales ya establecidos, cuya composición no está sometida en la misma medida al control de las partes en la controversia.

El acuerdo arbitral

El acuerdo arbitral es la expresión del consentimiento de las partes al arbitraje. Puede expresarse antes o después de que surja la controversia. Se puede convenir en someter al arbitraje toda controversia o sólo aquellas de ciertas características.

Una forma frecuente en que se contraen los acuerdos arbitrales es la inclusión de una cláusula compromisoria en el tratado de que se trate, según la cual las partes acuerdan someter al arbitraje todas o algunas de las controversias relativas al mismo. Las partes pueden también convenir en recurrir al arbitraje mediante algún acuerdo especial o un compromiso después de que se produzca una controversia. Algunos tratados someten todas las controversias de un tipo al arbitraje y las de otro sólo cuando exista un acuerdo especial.⁴⁴

⁴⁴ El Art. 1806 del FTA permite someter, cuando exista común acuerdo de las Partes, casi todas las controversias al arbitraje, pero el Art. 1103 remite al arbitraje obligatorio, sin necesidad de acuerdo especial, las controversias sobre salvaguardias. Supra, nota 14.

Las cláusulas compromisorias generalmente carecen de concreción en cuanto a las normas para el establecimiento y el funcionamiento del tribunal, por lo cual las partes generalmente tienen que concertar un acuerdo especial para someter una controversia específica al arbitraje. En éste se establece la composición del tribunal (número, designación, vacantes), los agentes, la litis, el reglamento y métodos de trabajo del tribunal, el idioma, el derecho aplicable, la sede y aspectos administrativos del tribunal, las disposiciones financieras y el carácter vinculante del fallo, entre otras cuestiones.

Los Acuerdos de Argelia, por los que se establece el Tribunal de Reclamaciones EUA-Irán, muestran la extraordinaria complejidad que puede tener un acuerdo especial. Los Acuerdos constan de dos Declaraciones una general y otra sobre la solución de controversias. En la general Irán aceptó entregar a los rehenes retenidos en la Embajada de EUA en ese país. EUA aceptó suspender todas las demandas privadas en sus tribunales entabladas en contra de Irán y transferir aproximadamente ocho billones de dólares iraníes secuestrados en bancos estadounidenses a una cuenta especial aceptada por Irán que serviría de fondo para el pago de las reclamaciones.⁴⁵

⁴⁵ Cfr. Brower, Charles and Davis, Mark. "The Iran-United States Claims Tribunal After Seven Years: A Retrospective View from the Inside", *The Arbitration Journal*, December 1988, Vol. 43, No. 4, p. 19. Los Acuerdos de Argelia en: 20 ILM (1981) p. 244.

En la Declaración sobre solución de controversias EUA e Irán acordaron que todas las controversias suspendidas en tribunales nacionales y las que pudieran surgir en el futuro fueran resueltas por el Tribunal de Reclamaciones EUA-Irán. El Tribunal tiene competencia para resolver todas las reclamaciones privadas sean entre personas físicas o morales o entre éstas y cualquiera de los gobiernos. Además tiene competencia para resolver cualquier diferencia sobre la interpretación o aplicación de los Acuerdos. El Reglamento del Tribunal son las Reglas Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y su sede está en las instalaciones de la Corte Permanente de Arbitraje Internacional en la Haya.⁴⁶

Ante la complejidad que pueden tener los acuerdos arbitrales, son bienvenidos los esfuerzos de instituciones internacionales como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que ha publicado cláusulas compromisorias modelo, que resultan de gran utilidad para la estructuración de un buen acuerdo especial.⁴⁷

⁴⁶ Ibid. pp. 19, 21. También ver: Díaz, Luis Miguel. Arbitraje: Privatización de la Justicia, Editorial Themis, primera edición, 1990, p. 74.

⁴⁷ Cfr. Díaz...Ibid. p. 336.

La composición del tribunal arbitral

El tribunal arbitral puede quedar compuesto por un árbitro o por una comisión.⁴⁸ Existe una amplia gama de formas para designar los árbitros. Pueden ser designados por común acuerdo, de una lista o escogiendo cada parte uno y éstos a los restantes. El Tribunal de Reclamaciones Irán-EUA, por ejemplo, lo integran nueve árbitros. Cada parte nombra tres árbitros, los tres nombramientos restantes los hacen los seis árbitros ya nombrados, si ellos no logran ponerse de acuerdo, le corresponde hacerlo al Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje Internacional. Estos tres últimos árbitros siempre han sido nacionales de terceros países, aunque no hay regla expresa que así lo exija y de entre ellos se escoje al Presidente del Tribunal.⁴⁹

Los tratados más novedosos como la Convención del Mar conjugan una lista de abogados y de expertos técnicos para ser árbitros.⁵⁰

Reglamento del Tribunal Arbitral

El reglamento de arbitraje es el conjunto de reglas procedimentales del tribunal arbitral. El reglamento

⁴⁸ Art. XII del Acta General. En el famoso Caso Clipperton en que México perdió la isla así llamada, el árbitro único fué el Rey de Italia Víctor Manuel III. Cfr. Zorrilla, Luis G. Los Casos de México en el Arbitraje Internacional, Editorial Porrúa, México, segunda edición, 1981, p. 153.

⁴⁹ Cfr. Brower...op.cit. nota 45, p. 21.

⁵⁰ Anexo VII, Art.2 y Anexo VIII, Art. 2.

puede estar pactado como parte integral de un tratado o como un tratado autónomo. Generalmente los tratados permiten que las partes modifiquen el reglamento de mutuo acuerdo en la forma que consideren conveniente. También puede darse el caso en que las partes decidan crear un reglamento *ad hoc* en su acuerdo especial.

Como es imposible prever todos los imponderables que pueden darse durante un procedimiento arbitral, normalmente se autoriza al tribunal para que establezca su propio procedimiento. En algunos casos se dispone que el tribunal tenga en cuenta las solicitudes individuales o conjuntas de los agentes de los gobiernos o simplemente recabe sus opiniones antes de tomar decisiones de procedimiento.

Así la vida interna del arbitraje se rige por el tratado aplicable cuando contiene cláusula compromisoria, por el acuerdo especial, por el reglamento de arbitraje aplicable y por las decisiones procedimentales que tome el propio tribunal.

El derecho aplicable

Se puede acordar la aplicación de un derecho específico o del derecho internacional en general. También puede ser que se designen como aplicables sólo los principios del derecho internacional. En caso de que no se mencione o se

remita a los principios, el artículo XXXVIII del Acta General recomienda:

"...Si en el acuerdo especial no se dispone nada al respecto o si no se ha concertado un acuerdo especial, el Tribunal aplicará las normas respecto de la sustancia de la controversia enumeradas en el Artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Si no existen normas de ese género aplicables a la controversia, el Tribunal decidirá *ex aequo et bono*."⁵¹

El resultado del arbitraje

El resultado de un arbitraje es una sentencia, también llamada *laudo*, vinculante para las partes en la controversia.

Las sentencias arbitrales suelen emitirse por escrito y están fechadas y firmadas. La aprobación de la sentencia se rige conforme el reglamento que haya aprobado un tribunal. Algunos compromisos disponen específicamente que la decisión del tribunal se aprobará por mayoría de votos de sus miembros, mientras que otros también otorgan el derecho a los árbitros de presentar una opinión separada o divergente.

Una vez dictada la sentencia, puede ser objeto de corrección o revisión en relación con errores evidentes. El fallo también puede ser objeto de interpretación. La Convención de la Haya de 1907 dispone que el tribunal

⁵¹ *Supra*, nota 35.

arbitral que ha dictado la sentencia tiene una competencia general para interpretarla.⁵²

Las partes pueden incluir en el compromiso las medidas necesarias que han de adoptarse para ejecución de la sentencia. En ocasiones se crean comisiones para ejecutar el fallo del tribunal.

La apelación de los laudos arbitrales es una cuestión compleja. Muchos tratados establecen que el laudo es definitivo y obligatorio e incluso que no admite recurso alguno.⁵³ Sin embargo conforme a la costumbre internacional cualquiera de las Partes puede declarar la nulidad de un laudo cuando éste no cumple con ciertos principios fundamentales. Tales serían los casos en que un tribunal decide cuestiones fuera de su competencia o en caso de corrupción del tribunal. Las partes en un tratado pueden renunciar a este derecho consuetudinario pero la frase "el laudo será definitivo y obligatorio para las Partes" no es suficiente. Un ejemplo de renuncia a este derecho consuetudinario se encuentra en el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio que crea el CIADI). En el Artículo 52 se establece un mecanismo para que un segundo tribunal

⁵² Art. 82, supra, nota 22.

⁵³ Art. 33 del Acuerdo de Complementación Económica entre México y Chile, publicado en el D.O. el 23/XII/91.

declare la nulidad de laudos con base en causales específicamente señaladas, pero el Artículo 53.1 expresamente establece que bajo ninguna circunstancia podrá apelarse o recurrirse un laudo en ninguna otra forma que no sean las establecidas en el propio convenio.⁵⁴

1.9. EL ARREGLO JUDICIAL

Es el método de solución en que se somete la controversia a una corte o tribunal internacional constituidos con anterioridad, integrado por jueces o magistrados independientes cuya tarea consiste en solucionar las reclamaciones conforme al derecho internacional y dictar decisiones vinculantes para las partes.

El primer tribunal internacional con ámbito mundial fue la Corte Permanente de Justicia Internacional, creada mediante el Pacto de la Sociedad de Naciones en 1922. La sucedió la Corte Internacional de Justicia creada en 1946 como órgano principal de la ONU. La Convención del Mar contempla la creación del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, pero éste aún no ha sido establecido.

⁵⁴ Cfr. Caron, David. "The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution", A.J.I.L., 1990, V. 84, p. 111. Texto del CIADI en: Díaz...op.cit. nota 46, p. 281.

Algunos tratados regionales han creado tribunales permanentes para temas específicos. Existen el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana para cuestiones de derechos humanos, creados respectivamente por la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del Hombre de 1950⁵⁵ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969⁵⁶. En América también existe el Tribunal Andino.⁵⁷

Arreglo Judicial y Arbitraje

El arreglo judicial se puede distinguir del arbitraje en el sentido de que las decisiones de cortes y tribunales son por regla general inapelables.⁵⁸ El grado de irrevocabilidad de las decisiones de tribunales arbitrales depende de lo dispuesto en el compromiso arbitral. En éste puede preverse que la decisión arbitral sea apelable ante un tribunal judicial determinado.

Los órganos judiciales internacionales ya constituidos, son más adecuados *ipso facto* para atender cuestiones urgentes como podría ser la imposición de medidas provisionales de protección, que los tribunales

⁵⁵ Adoptada el 4/XI/50 en Roma, en vigor el 3/IX/53. Texto en: Székely...op.cit. nota 13, V. 1, p. 298.

⁵⁶ Adoptada en San José el 22/XI/69, en vigor 18/VII/78. Texto en: Székely...op.cit. nota 13, V. 1, p. 269.

⁵⁷ Tratado que Crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, adoptado en Cartagena el 28 de mayo de 1979 y del cual son partes los cinco miembros actuales del Grupo Andino. Texto en: Székely...op.cit. nota 13, V. IV, p. 2860.

⁵⁸ Artículos 60 y 61 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (firmado como parte integral de la Carta ONU), supra nota 5.

arbitrales especiales, cuya constitución lleva más tiempo.

Por su característica de permanencia los tribunales judiciales se consideran más adecuados para sentar jurisprudencia uniforme de derecho internacional que los tribunales arbitrales. Esta idea debe tomarse con reservas ya que, si bien se favorece la uniformidad, sus decisiones normalmente sólo obligan a las partes en litigio y respecto del caso que ha decidido, incluso en el caso de la CIJ.⁵⁹ Ningún precedente judicial es obligatorio para la Corte, su fuerza es persuasiva. En todo caso los efectos de un precedente pueden ser anulados por un tratado o por nuevo derecho consuetudinario.⁶⁰ Por otra parte, existen varias decisiones arbitrales que se han convertido en piedras angulares del derecho internacional. El Caso del Trail Smelter de 1938 estableció principios hasta la fecha vigentes en materia de daño extrafronterizo por contaminación ambiental.⁶¹

Una función *sui generis* de la CIJ es que como órgano principal de la ONU tiene también jurisdicción en caso de apelación respecto de decisiones de los

⁵⁹ Art. 59 del Estatuto de la CIJ, supra nota 5.

⁶⁰ Cfr. Akehurst...op.cit. nota 9, p. 215.

⁶¹ Cfr. Díaz, Luis M. Responsabilidad del Estado y Contaminación, Editorial Porrúa, México, 1982, p.73.

tribunales administrativos establecidos dentro del sistema de las Naciones Unidas.

Jurisdicción, competencia e iniciación del proceso

El arreglo de las controversias internacionales por órganos judiciales está sujeto al reconocimiento por los Estados interesados de su jurisdicción sobre una controversia específica. Este reconocimiento puede expresarse mediante un acuerdo especial o una cláusula compromisoria.

El Estatuto de la CIJ dispone que la competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan, lo cual se hace generalmente por comunicación expresa a la Secretaría de un acuerdo especial (compromiso). Este párrafo extiende la competencia a todos los asuntos especialmente previstos en los tratados y convenciones vigentes.⁶²

Otro medio de conferir jurisdicción a la CIJ es mediante una declaración por la cual se acepta, de antemano, su jurisdicción

"... en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: a) la interpretación de un tratado; b) cualquier cuestión de derecho internacional; c) la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría una violación de una obligación internacional; d) la naturaleza o la extensión de la reparación que ha de hacerse

⁶² Art. 36, pfo. 1, supra nota 5.

por el quebrantamiento de una obligación internacional".⁶³

Los Estados están obligados por esta declaración únicamente respecto a los Estados que también la hayan formulado (principio de reciprocidad).

México formuló la declaración de reconocimiento de la jurisdicción obligatoria de la CIJ, pero establece la salvedad de aquellas controversias que en opinión del gobierno de México sean de jurisdicción interna de los Estados Unidos Mexicanos.⁶⁴

Las excepciones a la jurisdicción han sido aceptadas en la CIJ por diversas razones como es que el instrumento que confiere jurisdicción ya no está en vigor o no es aplicable a la controversia o que ésta queda excluida en virtud de una reserva al documento. En ocasiones la controversia no ha sido admisible por razones de *jus standi* o porque no se han agotado los recursos locales.

En tratados regionales en los que se establece un tribunal internacional, se le confiere al tribunal, de manera automática jurisdicción respecto a todas las controversias derivadas de la interpretación y aplicación del tratado.

⁶³ Art. 36, pfo. 2, *ibid.*

⁶⁴ El texto completo de la reserva se encuentra en: México: Relación de Tratados en Vigor, Editorial Themis y SRE, primera edición, 1991, p. 135.

Si en virtud del acuerdo, las partes han aceptado la jurisdicción obligatoria de la CIJ sobre la controversia, las actuaciones pueden iniciarse unilateralmente por el Estado demandante. Sin embargo, a falta de dicha aceptación, las actuaciones ante tribunales internacionales pueden iniciarse únicamente sobre la base del consentimiento mutuo de las partes.

Al presentar una solicitud las partes pueden pedir que se abra una sala especial constituida por un número limitado de miembros de la CIJ.⁶⁵ La primera vez que se usó este recurso fué en 1981 y desde entonces tres de los ocho casos contenciosos que han llegado a la CIJ, han sido remitidos a salas especiales.⁶⁶

También existen disposiciones para el establecimiento de salas especiales en la Convención del Mar de 1982, como son la sala de Controversias de los Fondos Marinos o las salas especiales del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.⁶⁷

⁶⁵ Art. 26, pfo. 2, supra nota 5.

⁶⁶ En noviembre de 1981 se remitió a una sala especial la controversia entre EUA y Canadá sobre la delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine y en enero de 1982 se estableció la sala, ICJ Reports 1983, p. 246. Posteriormente se han establecido salas especiales para la Controversia fronteriza entre Burkina Faso y la República de Mali, ICJ Reports 1986, p. 554; Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima entre El Salvador y Honduras, ICJ Reports 1987, p.10; Electrónica Sicula Spa (ELSI) entre EUA e Italia, ICJ Reports 1987, p. 3.

⁶⁷ Arts. 187 y 188.

Opiniones consultivas

Los tribunales internacionales pueden emitir, si les es solicitada, una opinión consultiva sobre una cuestión jurídica relacionada con una controversia internacional existente entre Estados que les haya remitido una entidad internacional. No tienen carácter vinculante, pero pueden asumir el carácter de dictámenes judiciales, los cuales aún carentes de un efecto obligatorio, conllevan consecuencias prácticas para los órganos de que se trate. Actualmente existe un gran debate dentro de la ONU en virtud de la solicitud que el Secretario General ha hecho en sus Memorias de 1990 y 1991 para que se le faculte para solicitar opiniones consultivas a la CIJ, con el objeto de fortalecer su posición en la prevención y arreglo de conflictos.⁶⁸ Conforme al Artículo 96 de la Carta ONU sólo la Asamblea General o el Consejo de Seguridad pueden solicitar opiniones consultivas a la CIJ y los otros órganos de Naciones Unidas y organismos especializados sólo podrán hacerlo previa autorización de la Asamblea General. El problema jurídico se encuentra en que el Secretario General, como tal, no es un órgano de la ONU.

Acceso e intervención de terceros

Un Estado que no sea parte en un instrumento jurídico por el que se establece un tribunal internacional normalmente

⁶⁸ Documento A/46/1 circulado el 6/IX/91.

no tiene acceso al mismo. Un tercer Estado puede presentar una solicitud para tomar parte en las actuaciones como interviniente si considera que tiene un interés de carácter jurídico que puede verse afectado por el fallo en el asunto. Disposiciones relativas a este procedimiento figuran en los reglamentos respectivos de los tribunales o cortes internacionales, como la CIJ⁶⁹; el Tribunal Internacional del Derecho del Mar⁷⁰ y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.⁷¹

Normas de procedimiento

La parte al momento de incoar un procedimiento debe indicar los nombres del agente que será su representante y co-agentes, abogados, letrados, etc.

Se suele dividir en una fase escrita y otra oral. La primera comprende la presentación de alegatos dentro de un plazo preestablecido. Deben contener una exposición completa de los hechos considerados pertinentes y los fundamentos de derecho. Se limitan normalmente a una exposición del asunto (memoria) y una defensa (contramemoria) y de ser necesario una réplica y una réplica, siempre con la documentación de apoyo adjunta.

⁶⁹ Arts. 81-86 del Reglamento de la CIJ, adoptado 14/IV/78, en vigor 01/VII/78. Texto en: Székely...op.cit. nota 13, V. IV, p.1983.

⁷⁰ Anexo VI, Arts. 31 y 32.

⁷¹ Art. 93 del Reglamento del Tribunal de Justicia de 1982, Official Journal c39/2, 15.2, 1982.

La fase oral comienza al terminar la escrita. Las partes pueden llamar a testigos y peritos. Si una parte no comparece, la otra puede solicitar que se resuelva en su favor, sin embargo hay casos como el del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en que sólo se puede pedir que continúe el procedimiento.

Al terminar la fase oral el órgano de decisión examina los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. Sin embargo, puede también decidir *ex aequo et bono*, si las partes convienen en tal solución. La decisión se toma por mayoría de votos de los magistrados presentes. El fallo debe estar motivado y su contenido debe ajustarse al alcance de las reclamaciones de las partes.

En caso de que algún juez difiera en la motivación, pero esté de acuerdo con el fallo, puede expresar sus motivos en una opinión separada. Si de plano difiere tanto en los motivos como con el fallo, puede escribir una opinión disidente.

Resultado del arreglo judicial

Los fallos son definitivos y obligatorios. La mayoría de los casos requieren ejecución, pero en algunos casos se dictan sentencias declaratorias en las que el órgano decisorio determina los principios jurídicos rectores que han de seguirse en relación a determinada controversia,

sin dictar una decisión definitiva sobre la misma o determina que la violación del principio de derecho internacional de que se trate no tiene solución práctica. Los fallos relativos a procedimientos provisionales, como los referentes a medidas provisionales de protección, decisiones u objeciones preliminares e intervención de un tercer Estado, son también obligatorios para las partes.

1.10. CONSIDERACION FINAL

Las relaciones internacionales cambian, se transforman y se complejizan. A la par evolucionan los sistemas normativos que las rigen y los medios para la solución de controversias entre los sujetos que intervienen en dichas relaciones.

Los mecanismos de solución de controversias más novedosos no son sino variaciones y combinaciones diferentes de los medios tradicionales para la solución de controversias. Por lo anterior, estos medios mantienen su importancia y vigencia en el derecho y las relaciones internacionales.

C A P I T U L O 2

LOS MECANISMOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS DEL ACUERDO

GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO Y OTROS

TRATADOS COMERCIALES MULTILATERALES

2.1. EL ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO, Generalidades, Artículos XXII y XXIII del GATT, El desarrollo del procedimiento, El Entendimiento de 1979, Notificación, Consultas, Páneles, Vigilancia; Mecanismos de solución de controversias en el Código Antidumping y el Código de Subsidios, Código Antidumping, Código de Subvenciones; Lo acordado en la Ronda Uruguay; El Reporte Dunkell; Algunos casos importantes resueltos en el GATT, El Caso DISC, El Caso del Superfondo, El Caso del Atun-Delfín; 2.2. CONVENCION DE LA ASOCIACION EUROPEA DE LIBRE COMERCIO; 2.3. TRATADO QUE ESTABLECE UNA ZONA DE LIBRE COMERCIO E INSTITUYE LA ASOCIACION LATINOAMERICANA DE LIBRE COMERCIO (TRATADO DE MONTEVIDEO); 2.4. TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1980 QUE INSTITUYE LA ASOCIACION LATINOAMERICANA DE INTEGRACION; 2.5. ACUERDO DE INTEGRACION SUBREGIONAL (ACUERDO DE CARTAGENA); 2.6. CONSIDERACIONES FINALES.

2.1. EL ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO

Generalidades

Poco después de la Segunda Guerra Mundial, los miembros de la recién formada ONU se abocaron a restablecer el flujo comercial internacional, sin las restricciones del periodo de la pre-guerra. En octubre de 1946 se inauguró la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo con el objetivo de establecer la Organización Internacional del Comercio (OIC) para regular de manera efectiva el comercio internacional.⁷²

⁷² Cfr. Ingersoll, Shaun A. "Current Efficacy of the GATT Dispute Settlement Process", Texas International Law Journal, 1986, V. 22, pp. 89-91.

En marzo de 1948 se firmó la Carta de la OIC (Carta de la Habana), pero nunca se logró implementar por la renuencia de una mayoría de países a ratificarla.

Sin embargo, durante la preparación de la Carta de la OIC, se trabajó paralelamente en un instrumento de aplicación provisional que cubriera satisfactoriamente la necesidad inmediata de reducir las tarifas arancelarias existentes para lograr reactivar el comercio internacional. El resultado fue el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), firmado el 30 de octubre de 1947 y aplicado provisionalmente desde el 1o. de enero de 1948. Nunca se cumplió el objetivo final de establecer la OIC, pero el GATT sí cumplió con su objetivo inmediato de reducir las barreras arancelarias.⁷³

Por tanto, el GATT no es un documento constitutivo. Contiene mecanismos para el establecimiento y mantenimiento de un conjunto de normas de conducta para la comunidad de Estados en materia de comercio internacional. Establece la maquinaria para la estabilización y reducción progresiva de aranceles y un foro para la celebración periódica de consultas entre sus miembros. Asimismo provee procedimientos para la conciliación y resolución de disputas con el objetivo de

⁷³ Cfr. Seara Vázquez, Modesto. Tratado General de la Organización Internacional, Fondo de Cultura Económica, segunda edición (primera reimpresión), 1985, pp. 612, 613.

proteger y asegurar el equilibrio entre los intereses de las partes contratantes.⁷⁴

Desde un principio las partes contratantes del GATT enfatizaron el carácter legal de las reglas acordadas estableciendo en los artículos XXII y XXIII un mecanismo para dirimir las controversias derivadas del mismo.

No existe un MSC único de aplicación general dentro del sistema del GATT. La posibilidad de prevenir disputas depende en gran medida de que las partes contratantes notifiquen efectivamente las medidas relativas al comercio internacional que implementarán. La solución de controversias mediante la negociación para restaurar el equilibrio de beneficios entre los contendientes ha sido el objetivo primario de los MSC del GATT.

El MSC fue evolucionando a través de los años mediante la toma de decisiones *ad hoc* para resolver los problemas que surjían e iniciativas del Secretariado del GATT ante las deficiencias que ha percibido en el sistema. Estas costumbres, después de muchos años de aplicarse, fueron plasmadas en el Entendimiento relativo a las Notificaciones, las Consultas, la Solución de Diferencias

⁷⁴ Cfr. Simmonds, Kenneth R. and Hill, Brian H.V. *Law and Practice under the GATT* (Introduction), Oceana Publications (looseleaf), January 1988, p. 2.

y la Vigilancia de 1979 (en adelante Entendimiento de 1979) emanado de la Ronda Tokio de negociaciones.⁷⁵

En caso de presentarse una controversia pueden solicitarse, por común acuerdo de quienes controvierten, los buenos oficios del Director-General del GATT. Si esto no es posible o no resuelve el conflicto, pueden utilizarse *inter alia* los procedimientos consultivos o de conciliación dispuestos en los artículos XXII o XXIII; o las diversas disposiciones para materias específicas esparcidas en el Acuerdo (i.e. cláusulas de salvaguardia conforme al Artículo XIX); o los procedimientos especiales incluidos en los códigos emanados de la Ronda Tokio de negociaciones.⁷⁶ Además existen procedimientos especiales que pueden adoptarse en el caso de controversias entre países desarrollados y países en desarrollo.⁷⁷

Diecinueve artículos del GATT requieren la celebración de consultas entre partes contratantes que tengan posiciones contrarias respecto a cuestiones específicas reguladas en esos artículos. Estas disposiciones permiten la apertura de canales formales de comunicación entre gobiernos sobre asuntos que pueden afectar su relación comercial,

⁷⁵ Cfr. Hudec, Robert E. "The FTA Provisions on Dispute Settlement: The Lessons of the GATT Experience", *Understanding the Free Trade Agreement*, Ottawa, Institute for Research in Public Policy, 1988, pp. 31, 32. Datos sobre el Entendimiento...*infra* nota 91.

⁷⁶ Cfr. Simmonds...*op.cit.* nota 74, p. 11.

⁷⁷ Ver *infra* nota 89.

facilitando la detección temprana de problemas potenciales o latentes y fomentando su prevención o su temprana resolución. El énfasis puesto sobre los procesos consultivos muestra el papel central de la cooperación y negociación en la solución de disputas.⁷⁸

Artículos XXII y XXIII del GATT

El Artículo XXII.1 contiene la norma general respecto a la celebración de consultas. Establece que toda parte contratante consultará con cualquier otra que se lo solicite y "...escuchará con comprensión..." su posición respecto a una cuestión relativa a la aplicación del Acuerdo.

Si de estas consultas no emana una solución satisfactoria, la fracción 2 del mismo artículo permite a las PARTES CONTRATANTES⁷⁹ entablar consultas con una o más partes contratantes sobre la cuestión.

El Artículo XXIII.1. autoriza a cualquier parte contratante a hacer representaciones o proposiciones por escrito cuando considere que no recibe algún beneficio resultante directa o indirectamente del Acuerdo o que se impide el cumplimiento de alguno de los objetivos del

⁷⁸ Cfr. Ingersoll... op. cit. nota 72, p. 98.

⁷⁹ El GATT usa la expresión "PARTES CONTRATANTES" cuando se refiere a los países miembros actuando en conjunto como cuerpo unitario, al referirse a los miembros actuando individualmente se usa la expresión "partes contratantes". El mismo criterio se sigue en el presente trabajo.

mismo porque otra parte contratante no cumple con sus obligaciones derivadas del Acuerdo, o no aplica alguna medida que considera que le afecta, independientemente de que sea o no contraria al Acuerdo, o por cualquier otra situación. Se establece expresamente que no tienen que ser necesariamente conflictos sobre violaciones del acuerdo.

Este artículo provee una nueva oportunidad, de carácter más formal, para celebrar consultas sobre un amplio rango de cuestiones que puedan afectar la operación del GATT. Se presenta una disputa cuando una parte contratante considera que se le impide el goce de un beneficio al que tiene derecho conforme al GATT. El hecho de que exista una violación al GATT no es necesariamente causal de una controversia, se requiere que sea un impedimento para que otra parte contratante goce de algún beneficio que le corresponde. En la práctica se presume que una violación de las reglas del GATT, causa algún tipo de impacto adverso a otras partes contratantes, por lo que corresponde a las partes contratantes contra quienes se ha presentado la queja, refutar los cargos.⁸⁰

Cuando una parte contratante presenta una queja conforme al Artículo XXIII relativa a medidas que no van en contra

⁸⁰ Cfr. Anexo al Entendimiento de 1979 en el que se describe la práctica consuetudinaria del GATT en lo relativo a la solución de controversias, ver infra nota 91, p. 19.

del Acuerdo, pero que desde su punto de vista le impiden gozar de beneficios que le corresponden conforme al mismo, debe presentar la justificación detallada de su queja.⁸¹

La fracción 2 permite someter dichas disputas a las PARTES CONTRATANTES, pero únicamente si las consultas conforme a la fracción anterior no solucionaron satisfactoriamente el problema. Estas deben investigar rápidamente la cuestión y formular recomendaciones o una resolución al respecto. De considerarlo necesario, pueden consultar al Consejo Económico y Social de la ONU u otra organización intergubernamental competente.

Siempre debe preferirse una solución mutuamente aceptable para las partes en la controversia. De no ser ésta posible, el primer objetivo de las PARTES CONTRATANTES usualmente ha sido asegurar el retiro de las medidas que son objeto de la controversia y que sean contrarias al GATT. La opción de la compensación sólo es aplicable cuando el retiro inmediato de dichas medidas es impracticable y debe ser temporal.⁸²

Si las PARTES CONTRATANTES consideran que las circunstancias son lo suficientemente graves pueden autorizar que la parte agraviada suspenda la aplicación de toda concesión

⁸¹ *ibid.*

⁸² *ibid.*

o el cumplimiento de otra obligación derivada del Acuerdo, que beneficie a la parte agraviante, en la forma en que determinen apropiada. Esto es, que en caso de que no se implementen las recomendaciones del Consejo del GATT o no se actúe de conformidad con su resolución, se podrá autorizar a la parte agraviada para que tome medidas de represalia que compensen proporcionalmente el daño que se le causa.⁸³

En el GATT la represalia es la única medida coercitiva permitida para lograr el cumplimiento de una resolución y sólo es aplicable como último recurso.⁸⁴ Se permite la represalia sólo si "...las circunstancias son suficientemente graves para que se justifique tal medida... y la represalia que se imponga debe estimarse "...justificada, habida cuenta de las circunstancias..."⁸⁵

Solamente una vez se ha autorizado la imposición de una represalia. Esta única excepción se dió en el caso de *EUA v. Países Bajos*, cuando el GATT determinó que la política comercial relativa a productos lácteos de EUA violaba el artículo XXIII del Acuerdo. Cuando los EUA se rehusaron a cumplir la resolución, el GATT autorizó a los Países

⁸³ Cfr. Bello and Holmer...op.cit. nota 2, p. 521.

⁸⁴ Cfr. Anexo al Etendimiento de 1979... infra nota 91, p. 19.

⁸⁵ Artículo XXIII.2.

Bajos para que limitaran las importaciones de trigo proveniente de ese país.⁸⁶

La aplicación de represalias generalmente resulta contraproducente, especialmente en materia comercial. Cuando un país pequeño intenta suspender una concesión otorgada a una potencia económica, la represalia afecta mayormente a quien la aplica porque frustra su crecimiento económico, mientras que al agresor podrá afectarle políticamente, pero seguramente no le perturbará comercial o económicamente.

Por lo anterior, el objetivo principal de los MSC en tratados comerciales, como lo es en el GATT, no debe ser la aplicación de sanciones, sino la eliminación de aquellas medidas que afecten el libre flujo comercial.

El desarrollo del procedimiento

Los Artículos XXII y XXIII del GATT, antes descritos, son parcos en cuanto al procedimiento para su implementación. Es por ello, que en gran medida el desarrollo de dicho procedimiento se dió sobre la marcha, con gran influencia del Secretariado del GATT. Este sistema consuetudinario resultó práctico y flexible, siendo incluso fomentado por las PARTES CONTRATANTES.⁸⁷

⁸⁶ Cfr. Ingersoll...op. cit. nota 72, p. 97.

⁸⁷ En 1955 una propuesta para institucionalizar los páneces fue rechazada por las PARTES CONTRATANTES, en gran medida porque se prefería preservar la situación existente y no

La primera controversia legal en la historia del GATT fue resuelta de manera muy diferente a como lo sería ahora. En agosto de 1948, durante la segunda reunión de partes contratantes, el delegado de Países Bajos preguntó al Presidente si una cuota consular cubana del 5% *ad valorem* sobre los productos de su país y del 2% para las mercancías de casi todos los otros países, era consistente con la cláusula de la nación más favorecida en el artículo I del GATT. El Presidente contestó "No", Cuba no habló, nadie mencionó el artículo XXIII, pero la primera decisión legal fue imprimida en los documentos oficiales del GATT años más tarde.⁸⁸

Ante la gran cantidad de países en desarrollo que se fueron adhiriendo al GATT y la fuerza que tomó el movimiento desarrollista en gran medida fomentado por la UNCTAD, en 1966 las PARTES CONTRATANTES adoptaron una decisión que estableció un procedimiento especial para las consultas conforme al Artículo XXIII entre partes contratantes desarrolladas y otras menos desarrolladas.⁸⁹ Este procedimiento permite, *inter alia*, que el Director-General del GATT ejerza sus buenos oficios para facilitar la solución, establecer el pánel que examinará el

establecer procedimientos judiciales que podrían tensionar excesivamente al GATT. Cfr. Anexo al Entendimiento de 1979...*infra* nota 91, p. 18.

⁸⁸ Cfr. Hudec...*op.cit.* nota 75, p. 32.

⁸⁹ Texto en: Basic Instruments and Selected Documents (BISD), 14th. Supplement, 1966, p.18.

problema, recomendar soluciones apropiadas y poner plazos precisos para la ejecución de cada instancia del procedimiento. Además en el párrafo 7 de la Decisión se señala que el pánel debe entregar su reporte en un plazo de sesenta días, a partir de la fecha en que se le presentó la cuestión.⁹⁰

El Entendimiento de 1979⁹¹

Este documento, emanado de la Ronda Tokio, las PARTES CONTRATANTES simplemente pusieron por escrito la costumbre existente en materia de solución de controversias en el GATT y algunos compromisos para fortalecer el sistema.

Notificación. Los miembros del GATT deben hacer todos los esfuerzos posibles por notificar a las PARTES CONTRATANTES la adopción de medidas que puedan afectar la operación del mismo. Deben procurar que la notificación sea anterior a la implementación de la medida y de no ser posible deben hacerlo *ex post facto* con prontitud. Cuando alguna parte contratante tenga fundamentos para creer que dichas medidas han sido adoptadas, tiene derecho de solicitar de manera bilateral información al respecto.⁹²

Consultas. Una parte contratante que tenga una queja de carácter legal debe entablar consultas con aquella parte

⁹⁰ Cfr. Párrafo 7 del Entendimiento de 1979 y Anexo...Infra nota 91, p. 18.

⁹¹ Entendimiento Relativo a las Notificaciones, las Consultas, la Solución de Diferencias y la Vigilancia, adoptado el 28 de noviembre de 1979, Doc. No. L/4907. Texto en: Simmonds...op.cit. nota 74 (The Tokio Round, pp. 13-23).

⁹² Cfr. Pfos. 2 y 3 del Entendimiento de 1979, *Ibid.*

cuya conducta siente que le afecta. Todos los miembros del GATT deben responder con buena fe y prontitud a cualquier solicitud de consultas y deben abocarse a la expedita conclusión de ellas, con el objetivo de alcanzar mutua satisfacción. Primero debe buscarse solucionar la cuestión conforme a las disposiciones del Artículo XXIII.1 para después optar por lo dispuesto en el punto 2 del mismo artículo.⁹³

Si no funcionan las consultas, es posible solicitar los buenos oficios de un individuo o de una organización internacional que se consideren adecuados. Los países menos desarrollados pueden solicitar los buenos oficios del Director-General, quien actuará conforme la Decisión de 1966.⁹⁴

Pánelos. Cuando las consultas no tengan éxito, la parte quejosa puede solicitar al Consejo que establezca un pánel, lo cuál debe hacer con prontitud y normalmente no debe tomar mas de treinta días desde la solicitud. Cuando el Consejo decide formalmente que un pánel debe ser nombrado, delega esta tarea al Director-General, quien después de asegurarse del consentimiento de las partes en la controversia, les propondrá la composición de un pánel de tres o cinco miembros, que de preferencia serán

⁹³ Cfr. Pfos. 4, 5 y 6 del Entendimiento de 1979, *ibid.*

⁹⁴ Cfr. Pfo. 8 del Entendimiento de 1979, *ibid.*

funcionarios de gobiernos no involucrados en la controversia.⁹⁵

Como el Consejo del GATT toma sus decisiones por consenso, la parte acusada puede "bloquear" la creación del pánel votando en contra de la decisión. Sin embargo, en la práctica el "bloqueo" sólo es usado como táctica dilatoria cuando se tiene una buena excusa, ya que resulta difícil abusar de dicha práctica cuando el derecho al establecimiento de un pánel est  plenamente reconocido.⁹⁶

En la práctica, tanto los integrantes del pánel como los términos de referencia (planteamiento de la controversia al pánel) son acordados por las partes y el Director-General se ve involucrado en el proceso con poca frecuencia. El Director-General debe integrar una lista informal de personas, tanto funcionarios como del sector privado, calificadas para integrar páneles. El Secretariado del GATT presta su ayuda a las Partes buscando personas calificadas para integrar el pánel y redactando proyectos de términos de referencia.⁹⁷

Se acostumbra que sean tres los integrantes de un pánel, pero en ocasiones se han usado cinco. Se ha observado que

⁹⁵ Cfr. Pfos. 10 y 11 del Entendimiento de 1979, *ibid.*

⁹⁶ Cfr. Hudec...op.cit. nota 75, p. 33.

⁹⁷ Cfr. Pfo. 13 del Entendimiento de 1979, *supra* nota 91. También ver: Hudec...*ibid.*

en casos difíciles ha sido benéfica la diversidad de opinión, pero en ocasiones el número de integrantes de un pánél ha causado lentitud, tanto en el nombramiento del pánél como en la conclusión del procedimiento.⁹⁸

Antes, la redacción de los términos de referencia retardaba el procedimiento porque las partes de la controversia buscaban ganar ventajas, o porque terceros países buscaban asegurar que la solución de la controversia en ninguna forma afectara sus intereses. Ahora se ha optado por usar una fórmula simple y general como "...examinar el asunto, determinar los hechos necesarios para que las PARTES CONTRATANTES hagan las recomendaciones o resoluciones pertinentes conforme al Artículo XXIII.2".⁹⁹

Una vez establecidos, le corresponde a los pánéles decidir sobre su procedimiento, lo se hace en una sesión organizativa del pánél. El primer acto substantivo frente al pánél, es la sumisión de las memorias de cada parte involucrada. La práctica en el GATT era que se sometieran simultáneamente lo cual ocasiona que sean documentos más bien de carácter diplomático, con poco fondo pero ahora ya no es así.

⁹⁸ Cfr. Pfo. 6 (iv) del Anexo al Entendimiento de 1979.

⁹⁹ Cfr. Pfo. 6 (ii) del Anexo al Entendimiento de 1979. También ver: Hudec...op.cit. nota 75, p. 33.

Una o dos semanas después de entregadas las memorias se celebra la primera sesión. En ésta las partes presentan oralmente su posición y se carean. El pánel puede hacer preguntas y las partes pueden contestar o tomar nota para contestar en otra sesión.

La segunda fase del procedimiento es de réplica. En ésta se presentan memorias que van más al fondo de la cuestión según lo acontecido en la primera fase y se celebra una sesión oral. Esta fase toma entre cuatro y seis semanas.

En estas fases los pánels pueden invitar o aceptar la solicitud de terceros Estados que tengan un interés substantivo en el procedimiento, para escuchar su posición respecto a la controversia. El pánel puede allegarse de toda la información que considere necesaria y para esto puede solicitar la opinión de expertos u obtener opiniones técnicas sobre aspectos concretos de la cuestión debatida. Después de esto el pánel celebra una reunión *in camera* en donde normalmente se toma una decisión provisional. Se comienza la preparación del reporte del pánel, preparando una primera sección que debe contener una relación de hechos y argumentos relevantes y una segunda sección con una decisión provisional.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Cfr. Pfos. 15 y 25 del Entendimiento de 1979.

El pánel debe en todo momento interponer sus buenos oficios para alentar a las partes a encontrar una soluci3n mutuamente aceptable. Para ello les entrega de manera confidencial, el proyecto provisional de reporte y les dar  nueva oportunidad para que se arreglen.

De no arreglarse, el pánel recibe de las partes sus comentarios por escrito respecto al proyecto de reporte y puede celebrar otra reuni3n para escuchar sus posiciones y aclarar puntos específicos. Posteriormente, en una nueva sesi3n *in camera* se deciden los puntos fundamentales del reporte y se le encarga, ya sea a un miembro del pánel o al Secretariado, la redacci3n final del mismo.

El reporte final es circulado confidencialmente entre las partes dándoseles oportunidad para arreglarse a la luz del mismo. En teoría el pánel establece el plazo de conciliaci3n pero en la práctica las partes pueden extenderlo tanto tiempo como deseen. Si efectivamente se arreglan, el reporte es sustituido por una breve declaraci3n sobre los hechos y la soluci3n alcanzada por las partes. Si no hay arreglo, el reporte es publicado como documento restringido del GATT, circulado entre todas las partes contratantes e incluido en la agenda de la siguiente sesi3n del Consejo.

El reporte del pánel por si mismo, no tiene carácter legal. La función de los páneles es ayudar a las PARTES CONTRATANTES a cumplir sus responsabilidades conforme al Artículo XXIII.2. Por lo anterior, el pánel debe hacer una valoración objetiva de la cuestión que estudia, de los hechos y de la aplicabilidad del GATT. Sólo si las PARTES CONTRATANTES lo solicitan deberá investigar nuevos datos que puedan ayudar a que las PARTES CONTRATANTES hagan las recomendaciones o resoluciones pertinentes conforme al mismo artículo.¹⁰¹

Unicamente las PARTES CONTRATANTES (o el Consejo del GATT en su lugar) pueden emitir resoluciones legales vinculantes. Por ende, el reporte final del pánel debe ser adoptado, ya sea integramente o con las modificaciones que el propio Consejo disponga, para que sea obligatorio. Una vez adoptado, no hay posibilidad de apelar el reporte final del pánel, pero es posible que la parte perdedora "bloquee" su adopción indefinidamente pues se exige el consenso para que el Consejo tome cualquier decisión.

Normalmente toma entre cuatro y ocho semanas poder someter el reporte final al Consejo. Puede ser que el reporte sea adoptado en la primera sesión del Consejo en que se estudie, pero también es posible que a solicitud de alguna de las partes involucradas se postergue su adopción.

¹⁰¹ Cfr. Pfos. 16-19 del Entendimiento de 1979. También ver: Hudec...op.cit. nota 75, p. 35.

Vigilancia. Las PARTES CONTRATANTES han acordado revisar sistemáticamente los acontecimientos en el comercio internacional, en especial aquellos que afectan los derechos y obligaciones derivados del GATT, los que afecten los intereses de los miembros del GATT menos desarrollados, las medidas que planean o han implementado y que fueron notificadas por las partes contratantes y aquellas medidas que han sido objeto de procedimientos consultivos de conciliación o ante paneles.¹⁰²

Mecanismos de solución de controversias en el Código Antidumping y el Código de Subsidios

El GATT tuvo éxito en lograr su objetivo central inicial de reducir multilateralmente los aranceles comerciales, el cual está reforzado por los compromisos de otorgar trato nacional y de nación más favorecida, de acuerdo a los Artículos I y III. Los 18 artículos que siguen al tercero incluyen una variedad de reglas diseñadas para asegurar que al caer las tarifas, el intercambio comercial se diera en un marco de competencia leal, sin nuevas limitantes y sin que se nulificaran los beneficios del régimen sin aranceles mediante otras formas de regulación nacional.

¹⁰² Cfr. Pfo. 24 del Entendimiento de 1979.

Sin embargo, el GATT no tuvo éxito en evitar estas formas de proteccionismo porque las disposiciones del GATT son muy suaves especialmente en lo relativo a las políticas y prácticas en materia comercial que los gobiernos apliquen en el interior de cada país.

Los gobiernos fueron ideando nuevas políticas proteccionistas, enfocadas principalmente hacia el interior de cada país. Estas políticas no eran claramente contrarias al GATT ya que eran cuestiones de jurisdicción interna de los Estados y por tanto de su competencia exclusiva. Así, era posible dar indiscriminadamente subsidios o idear procedimientos administrativos como la expedición de licencias o las investigaciones de dumping, que favorecieran a sus nacionales.

El principal objetivo de la Ronda Tokio (1973-1979) fue eliminar las barreras no arancelarias del comercio internacional. La forma que se encontró fue mediante la redacción y suscripción de códigos de conducta, que contienen la interpretación concertada de diferentes artículos del GATT. Se prepararon códigos sobre antidumping, obstáculos técnicos al comercio, trámites de licencias de importación, valoración aduanera,

subvenciones y derechos compensatorios y, compras gubernamentales.¹⁰³

Los códigos regulan y disciplinan sectores específicos de los intercambios comerciales, buscando sentar principios y pautas de comportamiento uniformes para todos los gobiernos. Su fuente es el GATT, pero funcionan como instrumentos autónomos y se rigen como tratados internacionales, de manera que sólo obligan a los países que los han suscrito.¹⁰⁴

Código Antidumping (CA). El CA contiene disposiciones que contribuyen a la prevención y solución de controversias de dos niveles. El primer nivel contiene disposiciones que deben cumplirse en el procedimiento nacional para investigaciones sobre dumping. Estas disposiciones no son un MSC formal, pero contribuyen directamente a la prevención de controversias.

Se establece que toda investigación que vaya a iniciar la autoridad competente debe ser notificada a todas las partes cuyos productos vayan a ser objeto de tal investigación, a los exportadores e importadores y, a los

¹⁰³ México ha suscrito: Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT (Código Antidumping) y Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación (publicados en D.O. 21/IV/88); Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, D.O. 21/IV/88; Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT (Código de Valoración Aduanera), D.O. 25/IV/88. También se encuentran los textos en infra nota 104.

¹⁰⁴ Cfr. Witker, Jorge. Códigos de Conducta Internacional del GATT Suscritos por México, UNAM, 1988, pp. 7 y 8.

reclamantes, y que debe publicarse el correspondiente aviso. Además se debe dar plena oportunidad a todas las partes de defender sus intereses y de que se reúnan para exponer sus argumentos.¹⁰⁵

El segundo nivel es el MSC formal del CA. Primero deben celebrarse consultas entre las Partes, cuando una de ellas considere que un beneficio conforme al CA queda, por la acción de la otra, anulado o menoscabado o, que la consecución de uno de los objetivos del mismo se ve comprometida.¹⁰⁶

Ante el fracaso de las consultas, cualquiera de las Partes puede someter la diferencia al Comité de Prácticas Antidumping (compuesto de todos los países signatarios del Acuerdo) para que funja como conciliador. Sólo puede hacerce esto cuando las autoridades del país importador han aplicado medidas definitivas para imponer derechos antidumping o compromisos en materia de precios o cuando se haya aplicado una medida provisional de efectos considerables. El comité tiene treinta días para reunirse, examinar la cuestión e interponer sus buenos oficios.

¹⁰⁵ Artículo 6, pfos. 6 y 7.

¹⁰⁶ Artículo 15, pfos. 1 y 2.

Si no se logra solucionar, cualquiera de las partes podrá solicitar al Comité que constituya un grupo especial. Este procedimiento se rige conforme a lo establecido en el Entendimiento de 1979.

Código de subvenciones (CS). El CS,¹⁰⁷ como el Antidumping, contiene disposiciones que sirven para prevenir el surgimiento de controversias ya que establecen ciertos requisitos que todo procedimiento nacional para la imposición de un derecho compensatorio debe cumplir. Toda investigación debe ser notificada antes de iniciarse, al signatario o signatarios cuyos productos sean objeto de la investigación. La autoridad investigadora debe conceder a todos los signatarios y partes interesadas oportunidad para examinar toda la información pertinente y de exponer por escrito y oralmente sus observaciones al respecto. Además se impone la obligación de informar al signatario cuyo producto sea objeto de una investigación sobre cualquier conclusión obtenida y de dar aviso al Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias (compuesto por todos los países

¹⁰⁷ Acuerdo Relativo a la Interpretación y Aplicación de los Artículos VI, XVI y XXIII del GATT (Código de Subvenciones y Derechos Compensatorios). Texto en: Wtker...op.cit. nota 104, p. 183. No ha sido suscrito por México pero ha sido fielmente reflejado en la Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Comercio Exterior (Ley de Comercio Exterior), véase: Patiño, R y Wtker, J. La Defensa Jurídica contra las Prácticas Desleales de Comercio Internacional, 1era. edición, Editorial Porrúa, México, 1988.

signatarios del CS) sobre cualquier medida definitiva o provisional que se imponga.¹⁰⁸

Conforme al Artículo 3 se deben iniciar consultas entre el gobierno que lleva a cabo la investigación y el gobierno del país cuyo producto será investigado, tan pronto como se acepte la solicitud de investigación y antes de que sea iniciada. Estas consultas deben continuar durante la investigación. Las Partes involucradas deben intercambiar toda la información necesaria, guardando siempre la confidencialidad que corresponda.

Cuando cualquier signatario tenga fundamentos para sospechar que otro subvenciona un producto de manera incompatible con el CS, puede solicitar consultas al respecto, iniciando el MSC formal. Se pueden solicitar consultas por sospechar la existencia de subvenciones a la exportación o por sospechar que una subvención es la causa del daño que sufren los productores de un país. El signatario al que se le haga esta solicitud debe etablarlas lo antes posible. Las consultas tienen por objeto dilucidar los hechos y llegar a una solución mutuamente aceptable.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Artículo 2.

¹⁰⁹ Artículo 12.

Cuando se trata de consultas sobre subvenciones a la exportación se tienen treinta días de consultas para llegar a una solución mutuamente aceptable. En caso contrario, cualquier signatario que haya participado en las consultas podrá solicitar al Comité que aplique el procedimiento de conciliación. Cuando se trata de consultas por subvenciones que se sospecha causan daño a la producción nacional el plazo para alcanzar la solución es de sesenta días.¹¹⁰

Conforme a la Parte VI del CS el Comité también puede aplicar el MSC para resolver cualquier controversia relativa al CS, que no se resuelva por consultas.

En la conciliación el Comité examina de inmediato los hechos e interpone sus buenos oficios. Las Partes deben hacer lo posible por alcanzar una solución. Si después de treinta días no se arregla la diferencia cualquiera de los signatarios interesados puede solicitar al Comité que establezca un grupo especial.

El grupo especial debe quedar integrado en un plazo máximo de treinta días. El Presidente del Comité propondrá, previo acuerdo de las Partes involucradas, la composición del grupo, que debe quedar integrado por tres o cinco miembros no nacionales de los países partes en la

¹¹⁰ Artículo 13, pfos. 1 y 2.

controversia. El Comité debe mantener una lista de posibles integrantes de grupos especiales.

El grupo debe repartir entre las partes que controvierten la sección expositiva de su reporte, para que éstas busquen arreglarse o en su caso hagan los comentarios que consideren pertinentes. El grupo, tomando en cuenta dichos comentarios, preparará sus conclusiones y se las comunicará a las partes interesadas. Las partes podrán arreglar la diferencia por común acuerdo a la luz de las conclusiones. Si después de un plazo razonable no lo han hecho, el grupo las transmitirá al Comité.

El Comité estudiará las conclusiones y podrá hacer recomendaciones a las partes en la diferencia para que la resuelvan. Si después de un plazo razonable no se cumplen dichas recomendaciones, el Comité podrá autorizar la adopción de contramedidas apropiadas. Estas pueden ser el retiro de concesiones o la suspensión del cumplimiento de obligaciones previstas en el GATT, teniendo presentes el grado y la naturaleza de los efectos desfavorables que se hayan comprobado. El Comité tiene treinta días a partir de que recibió el reporte para entregar sus recomendaciones.¹¹¹

¹¹¹ Artículos 13, pfo. 4 y 18.

Lo acordado en la Ronda Uruguay

Esta ronda de negociaciones fue abierta el 20 de septiembre de 1986 en Punta del Este, Uruguay. La Declaración Ministerial con que se abrió la Ronda Uruguay lee:

"...In order to ensure prompt and effective resolution of disputes to the benefit of all contracting parties, negotiations shall aim to improve and strengthen the rules and the procedures of the dispute settlement process, while recognizing the contribution that would be made by more effective and enforceable GATT rules and disciplines."¹¹²

Se constituyó un grupo negociador para trabajar sobre el tema.

En los Acuerdos de Media Ronda 1988 se alcanzaron avances que mejoran el MSC del GATT. En abril de 1989 en Ginebra fueron aprobados los cambios y se acordó su aplicación provisional hasta el fin de la Ronda Uruguay.¹¹³

Las nuevas reglas especifican por primera vez en la historia del GATT un plazo de 15 meses para la conclusión de los procedimientos ante paneles. Los paneles deben ser establecidos a más tardar al celebrarse la segunda

¹¹² BISD 33S/19. Cit. por Hillf...op.cit. nota 7.

¹¹³ Cfr. Ballo and Holmer...op.cit. nota 2, pp. 523, 524. En diciembre de 1988 se celebró una sesión en Montreal de revisión por que se consideraba que había transcurrido la primera mitad (2 años) de la Ronda Uruguay y se firmaron ciertos acuerdos provisionales en diferentes temas.

reunión del Consejo desde la fecha en que se solicitaron. Si no hay acuerdo de las partes en menos de 20 días para nombrar a los integrantes del pánel, cualquiera de ellas puede solicitar al Director-General que lo haga. Las nuevas reglas no establecen preferencia por que los integrantes del pánel sean representantes gubernamentales. El pánel debe usar los términos de referencia estándar, salvo acuerdo en contrario de las partes. ¹¹⁴

Todas aquellas controversias sobre el mismo asunto serán examinadas, de ser posible, por el mismo pánel. Se deberá presentar la primera memoria de la parte promovente y después la de la parte respondente, todas las demás memorias se presentarán simultáneamente. ¹¹⁵

Como regla general el pánel debe entregar su reporte a las partes involucradas en la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha en quedó integrado y acordados los términos de referencia. En casos urgentes se procura que sea dentro de los tres primeros meses. Nunca debe tardar mas de nueve meses. ¹¹⁶

El Consejo del GATT no puede considerar el reporte final del pánel sino hasta treinta días después de que fue

¹¹⁴ cfr. *Ibid.*

¹¹⁵ cfr. *Ibid.*

¹¹⁶ cfr. *Ibid.*

sometido a las partes en la controversia. Cualquier parte involucrada que desee objetar la adopción del reporte por el Consejo debe exponer sus razones por escrito por lo menos diez días antes de la reunión del Consejo en que esté programada la cuestión. Se reitera expresamente que la práctica de adoptar los reportes por consenso continua vigente.¹¹⁷

Si bien se alcanzaron algunos avances que ciertamente mejoran los MSC del GATT, todavía existe espacio para fortalecerlos. La cuestión de la adopción de los reportes continua siendo controversial; aún no existe derecho de apelación del reporte del pánel; los mecanismos de vigilancia de la implementación de recomendaciones y resoluciones del Consejo del GATT siguen siendo deficientes, así como la autorización de sanciones.

El Reporte Dunkell¹¹⁸

El 20 de diciembre de 1991, Arthur Dunkell, Director-General del GATT, presentó a las PARTES CONTRATANTES una propuesta para dar fin a la añeja Ronda Uruguay. En la parte de solución de controversias¹¹⁹ se proponen avances

¹¹⁷ En la sesión de Montreal EUA propuso una nueva regla conocida como "consenso menos dos", la cual consiste en que las dos partes de una controversia no puedan solas, "bloquear" la adopción del reporte del pánel. La propuesta fue rechazada, manteniéndose la práctica acostumbrada. Cfr. Ibid.

¹¹⁸ Cfr. Documento número MTN.TNC/W/FA. El Reporte es sólo una propuesta, no es parte del cuerpo legislativo del GATT, para serlo tiene que ser adoptado por las PARTES CONTRATANTES. Probablemente éstas le hagan muchos cambios antes de adoptarlo.

¹¹⁹ Cfr. Ibid...pp. S.1-T.6.

interesantes, distinguiéndose el señalamiento de plazos, la constitución de un órgano permanente de apelación y el recurso al arbitraje.

Los plazos señalados están planeados para que en las peores circunstancias el MSC dure un año y medio. La fórmula usada es fomentar en cada etapa el acuerdo de las partes involucradas en la controversia, pero si este acuerdo no es posible en determinado tiempo, entonces se abre el derecho de cualquiera de dichas partes a forzar el inicio de la siguiente etapa. Así, por ejemplo, cuando han pasado 30 días desde que se solicitaron consultas y éstas no se han iniciado, se abre el derecho de solicitar el establecimiento de un pánel.

También existen plazos para los paneles, que si bien no son obligatorios, los paneles deben hacer todo lo posible por cumplirlos y en caso de que no sea posible deben avisar a las PARTES CONTRATANTES por escrito. Otros plazos son para las propias PARTES CONTRATANTES. Estas, por ejemplo, tienen 60 días, a partir del día en que se entregó el reporte final del pánel, para considerar su adopción.

El Reporte Dunkell fomenta la unidad de criterios en las decisiones de los paneles al evitar que haya procedimientos paralelos sobre un mismo asunto, de los

que puedan emanar reportes contradictorios. Establece que cuando más de una Parte Contratante solicita el establecimiento de un pánel en relación al mismo asunto debe buscarse la formación de un sólo pánel, que se organice y presente su decisión de manera que no afecte los derechos que las partes tendrían de haberse constituido páneles separados. Si no se logra crear un sólo pánel, entonces se buscar  que sean los mismos integrantes en todos los páneles formados en relación al asunto y que se armonizen los plazos de los diferentes procedimientos.

Se propone la creación de un Organismo de Apelación Permanente para estudiar apelaciones de casos ante páneles. El Organismo de Apelación está formado de siete miembros, tres de los cuales estudiarán cada caso concreto. Para el estudio de cada caso se irán rotando los siete miembros.

Los integrantes del Organismo deben ser personas de reconocida autoridad, expertos en derecho, comercio internacional y en asuntos relacionados con el GATT y en ninguna forma relacionados con algún gobierno.

Sólo las partes involucradas en una controversia pueden apelar. Las terceras partes que hayan notificado al Consejo sobre su interés sustancial en el asunto, tienen

derecho a presentar su posición por escrito y se les puede dar oportunidad de participar oralmente ante el Organó.

El Organó de Apelación debe resolver únicamente sobre cuestiones legales y de interpretación jurídica en el reporte final del pánel. Tiene facultad para sostener, modificar o rovocar dicho reporte. Como regla general la apelación no debe durar más de 60 días y nunca debe durar más de 90 días.

El reporte de la apelación una vez adoptado por el Consejo debe ser aceptado incondicionalmente por las partes de la controversia. Se conserva la regla del consenso para la adopción de estos reportes.

Otro aspecto interesante del Reporte Dunkell es el fortalecimiento de los procedimientos para dar seguimiento a la implementación de las recomendaciones o resoluciones de las PARTES CONTRATANTES derivadas de procedimientos conforme al Artículo XXIII.2 del GATT. Se dispone que las partes de la controversia deben informar al Consejo dentro de los 30 días siguientes a la adopción de un reporte final, sobre las medidas que planea tomar para cumplir las recomendaciones o resoluciones hechas.

Dicha implementación debe ser llevada a cabo con prontitud, de no ser esto posible o si no es práctico hacerlo, la parte obligada deberá hacerlo dentro de un periodo de tiempo razonable. Este periodo razonable es el propuesto por la propia parte cuando sea aceptado por el Consejo, el negociado por las partes involucradas en la controversia o el determinado mediante arbitraje obligatorio.

Cuando exista desacuerdo sobre la consistencia de las medidas tomadas en cumplimiento de las recomendaciones o resoluciones del Consejo, se resolverá mediante el MSC del GATT e incluso ante el mismo pánel que estudió la cuestión originalmente.

El Consejo mantendrá bajo vigilancia la implementación de sus recomendaciones y resoluciones conforme al Artículo XXIII.2. Cualquier Parte Contratante puede solicitar la inclusión en la agenda del Consejo de cuestiones relacionadas con dicha vigilancia.

Por otro lado, el Reporte Dunkell reitera que la compensación sólo debe darse en caso de que sea imposible cumplir las recomendaciones y resoluciones y que la suspensión de beneficios equivalentes es la última de las opciones disponibles por lo que sólo debe ser aplicada en circunstancias extremas.

Cuando surja desacuerdo sobre la equivalencia entre los beneficios suspendidos y los daños causados a la parte que suspende, el asunto será resuelto por arbitraje de ser posible ante el pánel original y de no serlo por un árbitro nombrado por el Director-General. La decisión arbitral es final y vinculatoria.

La suspensión de beneficios equivalentes debe ser temporal. Al momento de cumplirse la recomendación o resolución del Consejo deberá levantarse dicha suspensión.

El Reporte Dunkell también sugiere el arbitraje como un medio efectivo y alternativo para resolver controversias relativas a asuntos en los que est n claramente definidos los involucrados. El recurso al arbitraje est  sujeto al mutuo acuerdo de las partes, al igual que el procedimiento a seguir y debe ser informado a todas las Partes Contratantes con suficiente anticipación para que puedan anunciar su interés en participar en el arbitraje.

Los laudos arbitrales deben constreñirse al acuerdo arbitral y ser notificados al Consejo. En el Consejo cualquier Parte Contratante puede comentar sobre cualquier aspecto del laudo.

Algunos casos importantes resueltos en el GATT

El Caso DISC. La CEE presentó en el GATT una queja contra un subsidio a la exportación en EUA conocido como DISC (Domestic International Sales Corporation). EUA presentó tres contrademandas en las que alegaba que si DISC era un subsidio, también lo serían tres leyes fiscales europeas. Un pánel estudió por primera vez el caso en 1973 y entregó su reporte final hasta 1976. En su reporte el pánel concluyó que las cuatro medidas eran subsidios a la exportación inconsistentes con el GATT. Los europeos consideraron que las conclusiones eran erróneas y se rehusaron a aceptarlas. EUA condicionó su aceptación a que los europeos aceptaran.

El GATT no tiene un proceso formal de apelación, por lo que cuando una parte está en desacuerdo con las conclusiones de un pánel, el caso se inmoviliza. En el caso DISC sucedió que hubo consenso entre el resto de las PARTES CONTRATANTES a favor de la opinión europea. Eventualmente esta presión logró reactivar el caso y por fin en 1981, el Consejo del GATT pudo adoptar una decisión en la que aceptó en su forma el reporte del pánel y en substancia, lo relativo al sistema DISC pero rechazó las conclusiones respecto a las leyes europeas. Diez meses después EUA accedió abrogar DISC y

subsistirlo por una ley similar a las europeas, lo cual hizo dos años más tarde, en 1984.¹²⁰

El caso del Superfondo. En 1986 EUA implementó legislación para conseguir los fondos necesarios para el programa ecológico del Superfondo. El "Superfund Amendments and Reauthorization Act" estableció una cuota de 11.7 centavos por barril de petróleo importado, mientras que el barril de petróleo estadounidense pagaba 8.2 centavos. Con respecto a ciertos productos químicos derivados del petróleo se les estableció un impuesto equivalente al que pagarían si sus componentes hubieran sido vendidos en los EUA.

Canadá, la CCE y México se opusieron a la cuota y solicitaron consultas casi inmediatamente después de la implementación de dicha legislación. El fracaso de las consultas originó el establecimiento de un panel conforme al Artículo XXIII.2 del GATT.

Las partes quejas reclamaron que la diferencia de 3.5 centavos en las cuotas, iba contra el trato nacional respecto a cuotas internas conforme al Artículo III.2, nulificando o impidiendo el goce de beneficios que les correspondían. EUA respondió que la diferencia era tan

¹²⁰ Cfr. Hudec...op.cit. p. 75. También ver: Horlick, G. y Valentine, D. "Improvements on Trade Remedy Law and Procedures under the Canada-United States Free Trade Agreement", Understanding...op.cit...note 75, pp. 115 y 126.

pequeña que no causaba daño alguno al comercio internacional y por tanto no nulificaba ningún beneficio.

El pánel resolvió que una violación flagrante al GATT, implica la presunción irrefutable de daño al comercio. Respecto al impuesto sobre los productos químicos derivados del petróleo, el pánel resolvió a favor de EUA. El pánel aplicó la normatividad y práctica del GATT, resolviendo que era un ajuste fiscal fronterizo consistente con el GATT.

El Consejo del GATT adoptó el reporte final del pánel el 17 de junio de 1987. EUA implementó legislación congruente con el reporte final hasta noviembre de 1989.¹²¹

El Caso del Atun-Delfín.¹²² El 5 de noviembre de 1990, México solicitó a EUA la celebración de consultas en relación a las restricciones impuestas a la importación de atún mexicano. El 25 de enero de 1991 México solicitó a las PARTES CONTRATANTES del GATT el establecimiento de un pánel, de acuerdo al Artículo XXIII.2, para que examinará el asunto, en virtud de que en el periodo de sesenta días

¹²¹ Cfr. Bello and Hoimer...op.cit. nota 2, p. 531.

¹²² Cfr. UNITED STATES - RESTRICTIONS ON IMPORTS OF TUNA, Report of the Panel, 3/1X/91, 30 ILM 1594 (1991).

de consultas no había sido posible lograr solucionar la controversia.¹²³

El 12 de marzo el Consejo informó que el pánel había quedado constituido por tres miembros, trabajaría conforme a los Acuerdos de Media Ronda y con los términos de referencia estándar. El pánel se reunió con México y EUA los días 14 y 15 de mayo y el 17 de junio, con los países interesados en presentar su posición el 15 de mayo y presentó a las partes involucradas sus conclusiones el 16 de agosto de 1991.

En el Pacífico Oriental Tropical se presenta un curioso fenómeno entre el atún aleta amarilla y los delfines, consistente en que éstos nadan encima de los cardúmenes de aquéllos. Por lo anterior cuando los pescadores de atún ven delfines, saben que hay un cardumen de atún aleta amarilla debajo. La técnica de pesca consiste en tirar una red y rodear al atún, el problema es que algunos delfines y otros peces quedan atrapados en la red y mueren.

Una corte californiana decretó el embargo de las importaciones atuneras provenientes de México y otros

¹²³ El caso atrajo la atención mundial, reservando su derecho de participar en el procedimiento Australia, Canadá, Chile, Colombia, Corea, Costa Rica, la CEE, Filipinas, India, Indonesia, Japón, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Perú, Senegal, Singapur, Tanzania, Tailandia, Túnez y Venezuela.

productos derivados, por considerar que las técnicas pesqueras mexicanas no protegen suficientemente al delfín, de manera que morían más de los permitidos por el "Marine Mammal Protection Act" (MMPA).

La controversia se centró en la consistencia de dicha ley con las disposiciones del GATT. El MMPA exige que los pescadores estadounidenses y otros que trabajen dentro de la jurisdicción de ese país, usen técnicas de pesca especiales para reducir el número de delfines que mueren accidentalmente al pescar otras especies. Las autoridades de ese país han concedido permisos de pesca de atún aleta amarilla a sus nacionales para trabajar en la zona del Pacífico Oriental Tropical, con la condición de que no mueran más de 20500 delfines al año.

La Ley también exige al gobierno de EUA embargar la importación de pescado o productos derivados que al ser capturado causen la muerte accidental a más mamíferos marinos que el estándar de ese país.

También se condiciona el acceso de atún aleta amarilla al mercado de EUA a que el país que registra las embarcaciones pesqueras de dicha especie en la zona del Pacífico Oriental Tropical, pruebe a las autoridades estadounidenses que su régimen de protección de mamíferos marinos es comparable al estadounidense.

El MMPA también establece que después de 90 días de prohibidas las importaciones de atún, se prohibirán las importaciones del producto provenientes de países intermediarios, a menos de que se pruebe que también a prohibido la importación del atún del país embargado por EUA. Seis meses después del embargo directo o a los intermediarios, se exige a las autoridades responsables de EUA que inicien acciones conforme al "Pelly Amendment".¹²⁴ El "Pelly Amendment" faculta al Presidente de EUA para prohibir la importación de cualquier producto marino proveniente del país embargado durante el lapso que considere apropiado y hasta el grado que lo permita el GATT.

El Pánel decidió examinar las siguientes cuestiones de manera sucesiva:

a) la prohibición de importaciones de atún aleta amarilla y productos derivados mexicanos provenientes de México;

b) la prohibición de importaciones de los mismos productos provenientes de naciones intermediarias;

¹²⁴ Sección 8 del Fishermen's Protective Act.

c) la posible ampliación del embargo a todos los productos marinos de México y naciones intermediarias;

d) la aplicación de ciertas normas especiales de etiquetado al atún pescado en la zona del Pacífico Oriental Tropical mexicano y de productos derivados.

El Pánel decidió que en caso de considerar que dichas medidas eran inconsistentes con el GATT, analizaría si podían ser aplicadas como excepciones de conformidad con Artículo XX, párrafos (b) y (g) del GATT.

Después de un estudio profundo de las disposiciones aplicables del GATT,¹²⁵ el Pánel concluyó que tanto el embargo del atún aleta amarilla y productos derivados mexicanos como del producto proveniente de naciones intermediarias era contrario al Artículo XI.I del GATT y no estaba justificado conforme al Artículo XX (b) y (g). Asimismo recomendó a las PARTES CONTRATANTES que solicitaran a EUA que modifique su legislación para que sea congruente con sus obligaciones conforme al GATT. Respecto al "Pelly Amendment" el Pánel consideró que la legislación como tal, no era incongruente con el GATT y que no podía decidir sobre su aplicación pues todavía no

¹²⁵ Básicamente el Pánel se concentró en el estudio de los Artículos III (Trato nacional en materia de tributación y reglamentación interior), XI (Eliminación general de restricciones cuantitativas) y XX (Excepciones generales). El Pánel consideró toda la historia legislativa de estos artículos desde su negociación, los diferentes entendimientos, notas, memoranda, aplicables y reportes de páneles anteriores adoptados por las PARTES CONTRATANTES.

había sido llevada a cabo. Sobre las disposiciones especiales de etiquetado consideró que no eran incompatibles con el Artículo I.1 del GATT.

El siguiente paso, conforme al MSC del GATT, es que México solicite a las PARTES CONTRATANTES (incluyendo EUA) que adopten el reporte final del Pánel. Si así lo hicieran sería obligatorio para EUA. Solicitar lo anterior es prerrogativa exclusiva de México y es su derecho sopesar los beneficios y los perjuicios de hacerlo. México cuenta con un reporte claramente a su favor, el cual es una nueva y poderosa herramienta en su relación comercial con EUA, que puede usar en la forma que aprecie más conveniente.

2.2. CONVENCION DE LA ASOCIACION EUROPEA DE LIBRE COMERCIO¹²⁶

Los objetivos de la AELC incluyen la igualdad de condiciones para la competencia comercial, la expansión de la actividad económica, la ocupación laboral total, el incremento de la productividad, la explotación racional de los recursos, la estabilidad financiera.

Aún cuando tiende a desaparecer, la AELC es un valioso ejemplo como zona de libre comercio. El compromiso

¹²⁶ Firmada el 20/XI/59 por Austria, Dinamarca, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza; en vigor el 03/VI/60. Cfr. Sears...op.cit. nota 72, pp. 775-785.

original de eliminar totalmente los aranceles en diez años, fue alcanzado en sólo siete.

La AELC prevé la formación de un Consejo formado de un representante de cada país. El Consejo puede crear comités para cumplir sus responsabilidades. Un asunto puede ser remitido al Consejo cuando un Estado miembro considere que un derecho o beneficio que le corresponde conforme a la Convención o algún objetivo de la AELC le ha sido negado y no haya alcanzado solución entre los Estados involucrados. El Consejo puede organizar la investigación del asunto, nombrar un comité de investigación, hacer una recomendación a los Estados y de considerarlo necesario autorizar la acción de represalia. En el ejercicio de sus responsabilidades por supervisar la progresiva elaboración de la Convención, el Consejo puede dar decisiones vinculantes o recomendaciones, siempre por consenso, a los Estados partes.¹²⁷

En lo relativo a controversias por dumping y derechos compensatorios reitera el derecho, sin que nada en la Convención lo limite, de tomar medidas contra productos dUMPeados o subsidiados de cualquier Estado miembro.¹²⁸ Es

¹²⁷ Cfr. Steger, Debra P. "The Dispute Settlement Mechanism of the Canada-U.S. Free Trade Agreement: Comparison with the Existing System", *Understanding the Free Trade Agreement...* op.cit. nota 75, p. 65.

¹²⁸ Cfr. *ibid.* p. 63.

decir, se acepta la aplicación del derecho nacional en esas materias.

2.3. TRATADO QUE ESTABLECE UNA ZONA DE LIBRE COMERCIO E INSTITUYE LA ASOCIACION LATINOAMERICANA DE LIBRE COMERCIO (TRATADO DE MONTEVIDEO)¹²⁹

Este tratado es la respuesta a los movimientos regionalistas en otras zonas del mundo, ya que poco antes se habían firmado el Tratado de Roma y la Convención de la AELC. La finalidad perseguida era acelerar el desarrollo latinoamericano para asegurar un mejor nivel de vida para sus pueblos. Se planeaba un proceso de integración en dos fases. La primera era la liberalización de los intercambios comerciales, la segunda sería el establecimiento, en forma gradual y progresiva de un mercado común latinoamericano.¹³⁰

El tratado contiene disposiciones sobre temas delicados como tratamiento de la nación más favorecida, tributos internos, salvaguardias, agricultura, entre otros. Sin embargo no contiene ningún MSC formal, dejando como único foro para resolver cualquier cuestión a la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), mediante su órgano máximo, la Conferencia de las Partes Contratantes. Esta se reuniría en sesiones ordinarias una vez al año y extraordinarias cuando fuere convocada por el Comité.

¹²⁹ Adoptado en Montevideo el 18 de febrero de 1960 y firmado por Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay. Texto en: Székely...op.cit. nota 13, V. IV, p. 2775.

¹³⁰ Cfr. Seara...op.cit. nota 72, p. 918.

No se cumplió con el plazo máximo de doce años para perfeccionar la zona de libre comercio, por lo que se amplió el plazo hasta 1980, el cual tampoco se cumplió.

En cierta medida el fracaso demuestra que las reglas pierden su valor cuando no existe un mecanismo expedito y compulsorio para resolver controversias sobre su aplicación.

2.4. TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1980 QUE INSTITUYE LA ASOCIACION LATINOAMERICANA DE INTEGRACION (ALADI)

El Tratado de Montevideo, 1980,¹³¹ sustituye a la ALALC por la ALADI. Se buscó mediante este nuevo tratado reorientar pragmáticamente los esfuerzos de integración latinoamericana.

El tratado, nuevamente carece de MSC, sin embargo en el contexto actual que favorece el libre comercio es posible que se busque crear uno. En todo caso la celebración de diferentes tratados de libre comercio enmarcados en el de la ALADI, como es el Acuerdo de Complementación Económica entre México y Chile,¹³² que sí contienen MSC favorecerá el desarrollo no sólo de un MSC para la ALADI sino de la

¹³¹ Adoptado en Montevideo el 12 de agosto de 1980, del cual son partes. Texto en: Székely...op.cit. nota 13, v. IV, p. 2867.

¹³² Ver infra...inciso 3.3.

propia institución y en última instancia la integración latinoamericana.

2.5. ACUERDO DE INTEGRACION SUBREGIONAL (ACUERDO DE CARTAGENA)

El Acuerdo de Cartagena¹³³, también conocido como el Pacto Andino, crea el Mercado Subregional Andino. Su objetivo era promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros, acelerando el crecimiento mediante la integración económica y facilitando el proceso global de integración latinoamericana.

El Pacto Andino contiene un MSC de carácter político y diplomático y otro judicial. Corresponde a la Comisión, que es uno de los órganos principales del Acuerdo, llevar a cabo los procedimientos de negociación, buenos oficios, mediación y conciliación, que fueren necesarios cuando se presenten discrepancias con motivo de la interpretación o ejecución del Acuerdo o de las Decisiones de la Comisión.¹³⁴

En 1979 se firmó el Tratado que Crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.¹³⁵ El Tribunal es un

¹³³ Adoptado en Bogotá el 26 de mayo de 1969, del cual actualmente son partes Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela; con carácter de miembro asociado Panamá y de observador España; Chile era Parte Contratante, pero se retiró en 1976 principalmente por sus profundas diferencias en materia de inversiones extranjeras con el resto del Grupo. Texto en: Székely...op.cit. nota 13, v. IV, p. 2821.

¹³⁴ Artículo 23 del Acuerdo de Cartagena...supra nota 134.

¹³⁵ Adoptado en Cartagena el 28 de mayo de 1979 y del cual son partes los cinco miembros actuales del Grupo Andino.

órgano principal del Acuerdo y tiene su sede en Quito, Ecuador.

Las decisiones de este órgano judicial deben ser aprobadas por la Comisión para que obliguen a los Países Miembros.

El Tribunal estará integrado por cinco magistrados, quienes deben ser nacionales de los Países Miembros, gozar de alta consideración moral, reunir las condiciones requeridas en su país para ejercer las más altas funciones judiciales y ser jurisconsultos de notoria competencia.

El Tribunal tiene competencia para declarar la nulidad de las Decisiones de la Comisión y de las Resoluciones de la Junta por ser contrarias al Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena o por desviación del poder, cuando sean impugnadas por un País Miembro que no haya votado a favor de ellas, la Comisión, la Junta o personas naturales o jurídicas nacionales de los países miembros a las que les sean aplicables y les causen perjuicio.

El Tribunal es competente para pronunciarse sobre el incumplimiento de obligaciones emanadas del Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena. La acción de incumplimiento la debe ejercer la Junta cuando un País

Miembro continúe con su conducta después de que la Junta rindió un dictamen de incumplimiento sobre la cuastión.

Un País Miembro sólo podrá acudir al Tribunal a reclamar el incumplimiento de otro, después de haber elevado su queja a la Junta y de que ésta haya dictaminado el incumplimiento pero no haya ejercido la acción ante el Tribunal.

Si la sentencia fuere de incumplimiento, deberá ser implementada dentro de los tres meses siguientes a su notificación. Si nó la cumple, el Tribunal, previa opinión de la Junta, podrá autorizar al país reclamante la restricción o suspensión, total o parcial, de beneficios que goce el país que incumple.

Las sentencias son apelables por la supervinencia de algún hecho previamente desconocido, que pudiera haber influido decisivamente en el resultado del proceso.

El Tribunal tiene capacidad para interpretar las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena. Los tribunales nacionales pueden solicitar al Tribunal la interpretación de dichas normas cuando necesiten aplicarlas en sus jurisdicciones y el juez nacional que conozca del proceso deberá adoptar esa interpretación.

El cumplimiento de las sentencias no requiere de homologación.

Cuando el Tribunal sea competente los Países Miembros no podrán recurrir a otros procedimientos para resolver esa controversia.

2.6. CONSIDERACIONES FINALES

El GATT es una de las instituciones de Derecho Internacional más criticadas. Efectivamente, el GATT se presta para ejemplificar las carencias del Derecho Internacional. Estas carencias parecen acentuarse al hablar sus MSC.

Se dice que los MSC del GATT no obligan y que no tienen sistemas de coacción para asegurar el cumplimiento de las normas. También se critica la excesiva prolongación de los procedimientos. Con un tono despectivo se habla del GATT y sus MSC como meramente políticos y no jurídicos.

Las críticas anteriores son parcialmente ciertas nada más, como lo son las mismas críticas respecto al Derecho Internacional en general. Los MSC del GATT deben ser vistos en su contexto. Para ser algo tan criticado es

asombroso que sigan los Estados tan empeñados en participar en él.

El GATT es un foro multilateral que agrupa a más de 100 Estados. Hoy día, el comercio internacional penetra en todos los niveles de la organización social dentro de cada uno de esos Estados. Así, las normas y principios del GATT se refieren a intereses vitales para los Estados.

Los MSC de un sistema como el GATT, no pueden funcionar mediante la aplicación ciega del texto de la norma o la ley. La mejor manera de evitar disputas y de resolver las que se presenten es mediante procedimientos de negociación y de consulta, en donde se persiga que ambas partes logren salvar, en la medida de lo posible, sus intereses.

En un foro multilateral las controversias no pueden aislarse, la solución de una afecta a todas las partes contratantes de alguna manera u otra ya que por lo menos sientan un precedente. Por lo anterior, es difícil concebir resoluciones legales obligatorias que no sean adoptadas por consenso. Si bien es más problemático alcanzar decisiones cuando se exige el consenso, cuando se logran alcanzar, no sólo son jurídicamente vinculatorias, sino que también tienen un peso político

importante. Una decisión por consenso, en un foro como el GATT, tiene mayor relevancia que una decisión que afecte exclusivamente a las partes en una controversia. Cada decisión adoptada es un paso en el desarrollo de las normas y principios del GATT.

El Caso DISC presenta todas las deficiencias del sistema del GATT, pero también presenta algunas de sus virtudes. A final de cuentas el caso se resolvió y EUA, probablemente la economía más poderosa del mundo, cambió su legislación interna para cumplir la resolución del GATT. El Caso del Superfondo muestra como países desarrollados y en desarrollo pueden compartir intereses y derechos en el comercio internacional y defenderlos.

En el Caso del Atún-Delfín un país en desarrollo defendió sus derechos con éxito y apoyo generalizado de la comunidad internacional, en contra de los intereses de una potencia mundial. Mucho más importante que lo anterior, es que un caso así permite que se sienten precedentes sobre la interpretación adecuada de diferentes reglas del GATT. El reporte final del Pánel del Caso Atún-Delfín, contiene interpretaciones importantísimas sobre la aplicación de las excepciones aceptadas en el Artículo XX del GATT, en relación al medio ambiente. En el contexto actual en que los temas centrales de discusión mundial son el comercio y el medio

ambiente, este caso, que pone al descubierto la íntima relación entre ambos, es de capital relevancia.

Muchas veces las deficiencias no son de los MSC, sino de las normas y principios substantivos de los propios tratados comerciales multilaterales. Por ejemplo, en el GATT existen enormes discrepancias sobre lo que es válido en materia de subsidios agrícolas, por tanto no existen principios claramente aplicables. Se ha puesto una presión desmedida sobre los MSC del GATT y del Código de Subsidios, como si a través de éstos fuera posible resolver los conflictos derivados de las ambigüedades en las reglas substantivas que los negociadores mismos han permitido. Un acuerdo de carácter político genuino en ciertos puntos críticos del tema agrícola sería suficiente para lograr que los MSC actuales funcionaran mejor.¹³⁶

Cualquier MSC funciona tan bien como funcionen los principios jurídicos existentes y aplicables a una controversia. No importa lo bien diseñado, ni el desarrollo de un MSC, su funcionamiento está directamente vinculado al acuerdo en las reglas y principios substantivos.

¹³⁶ Cfr. Simmonds...op. cit. nota 4, p. 24 (IV. Comentarios 88/2).

En cuanto a tratados multilaterales de comercio, el MSC del GATT es el más completo y desarrollado. A la fecha es el único tratado que tiene mecanismos para resolver controversias relacionadas con antidumping y derechos compensatorios.

El valor de los MSC se pone de manifiesto al comparar el funcionamiento práctico de los sistemas en que se aplican. Desde varios puntos de vista se puede decir que el GATT ha sido exitoso. También lo fue, aunque sólo por un tiempo, la AELC. Las dificultades para alcanzar los objetivos de la ALALC y en última instancia su fracaso, pudieron en parte deberse a la carencia de MSC. Sin embargo, probablemente sea más cierto que la carencia de MSC se debió a las dificultades, políticas e idiosincráticas entre los países latinoamericanos, para integrar la ALALC.

El Pacto Andino presenta otra opción para los MSC de tratados comerciales multilaterales, la creación de tribunales permanentes. Sin embargo un tribunal permanente requiere de un grado de integración mucho mayor que una simple relación de libre comercio. Además requiere de muchos recursos económicos. Tal vez éstas sean algunas de las razones por las que el Tribunal no ha logrado funcionar efectivamente.

La última consideración es que la multilateralidad es una característica que, en muy diversas formas, afecta esencialmente los MSC de cualquier tratado internacional.

C A P I T U L O 3

LOS MECANISMOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN EL ACUERDO
DE LIBRE COMERCIO ENTRE CANADA Y ESTADOS UNIDOS Y OTROS
TRATADOS COMERCIALES BILATERALES

3.1. ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CANADA Y EUA (FTA), Generalidades, Mecanismos de prevención de controversias, Mecanismo para la solución de controversias (Capítulo 18), *Ambito de aplicación, La Comisión, Notificación, Consultas, Consultas en la Comisión, Arbitraje y procedimiento ante pánel de expertos, Interpretación del FTA; Sistema especial para la solución de controversias en materia de antidumping y de derechos compensatorios (Capítulo 19), Generalidades, Temporalidad, Derecho nacional, Revisión de leyes y reformas legislativas, Revisión de decisiones administrativas finales en casos de antidumping o de derechos compensatorios, Reglas de procedimiento, Establecimiento de páneles binacionales, Apelación extraordinaria, El Secretariado; Casos conforme al Capítulo 18 del FTA, Caso del arenque y salmón, Caso de las langostas, Casos conforme al Capítulo 19 del FTA, Caso del material de pavimentación, Caso de la carne de puerco canadiense; 3.2. Acuerdo de Libre Comercio EUA-Israel (FTAEU-I); 3.3. Acuerdo de Complementación Económica entre Mexico y Chile (ACE).*

3.1. ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CANADA Y EUA (FTA)¹³⁷

Generalidades

En marzo de 1985, Canadá y EUA iniciaron conversaciones para encontrar maneras de eliminar las barreras al comercio y a la inversión. En mayo del siguiente año se iniciaron las negociaciones formales del FTA y las concluyeron en diciembre de 1987. Después siguió el proceso de implementación ante el Poder Legislativo de

¹³⁷ Adoptado el 2/1/88, en vigor 1/1/89. Texto en: Zamora S. y Brand, R. Basic Documents of International Economic Law, CCH International, Chicago, 1990, V. II, p. 353. Supra nota 14.

cada país, entrando en vigor el FTA y la legislación de implementación necesaria, el 10. de enero de 1989.

El FTA es mucho más que un tratado para eliminar aranceles, ha redefinido lo que es un tratado de libre comercio al incluir materias como servicios, liberalización de la inversión y reducción de barreras no arancelarias, que nunca antes se habían incluido en este tipo de tratados.¹³⁸ Teniendo en cuenta lo anterior y el enorme valor del comercio de productos y servicios entre los dos países, el FTA es actualmente el tratado bilateral de libre comercio más adelantado que existe.¹³⁹

El FTA se distingue por el sentido jurídico más que declarativo de sus disposiciones.¹⁴⁰ Los MSC del FTA,¹⁴¹ a diferencia de los de otros tratados comerciales incluyendo el GATT, es que pueden llevar a decisiones legales vinculatorias dentro de un determinado lapso. Los MSC del FTA combinan diversos procedimientos como son la notificación, las consultas, la constitución de paneles binacionales de expertos y el arbitraje.¹⁴²

¹³⁸ Cfr. Bello, Judith. Basic Instruments...ibid, pp. 353, 354 (Introducción al texto del FTA).

¹³⁹ En 1987 el total de comercio bilateral en productos y servicios entre los dos países excedió los \$166 billones U.S.D., el total de inversión directa excedió \$68 billones U.S.D y el turismo entre los dos países fue por \$7 billones U.S.D. Cfr. ibid.

¹⁴⁰ "The Settlement of...op. cit. nota 3, p. 119.

¹⁴¹ Los MSC formales del FTA están en su Parte VI, misma que incluye el Capítulos 18 "Institutional Provisions" y el Capítulo 19 "Binational Panel Dispute Settlement in Antidumping and Countervailing Duty Cases".

¹⁴² Cfr. Baker, S. y Battram, S. "The Canada-United States Free Trade Agreement", The International Lawyer, V. 23, No. 1, pp. 68 y 69.

Mecanismos de prevención de controversias

El FTA no sólo contiene mecanismos para resolver controversias una vez que han surgido, también tiene mecanismos para prevenir que éstas surjan. Usualmente son las disposiciones sobre notificación y consultas las que abren canales formales de comunicación de gobierno a gobierno sobre asuntos que pueden afectar su relación comercial, facilitando la detección temprana de problemas potenciales o latentes y ayudando a que se eviten o resuelvan tempranamente.

Los gobiernos de EUA y Canadá, concientes de lo anterior, incluyeron disposiciones de notificación y consulta para prácticamente cada tema del FTA.¹⁴³ Así, aún ya habiendo entrado en vigor el FTA, se continua la negociación de diferentes temas buscando precisar los principios generales originalmente pactados. De esta manera se reducirá el número de controversias que surjan derivadas

¹⁴³ Estas disposiciones son: Art. 303 (consultas respecto a reglas de origen de productos); Anexo 406.6 (consultas respecto a la aplicación uniforme de las reglas de origen de productos); Anexo 406.7 (apelación respecto a decisiones relativas al origen de bienes importados); Anexo 406.9 (notificación y consultas previas a cambios en la administración aduanera que puedan afectar el flujo comercial); Art. 709 (consultas semestrales respecto a cuestiones de agricultura); Anexo 705.4 (disposiciones institucionales y paneles arbitrales en relación a subsidios de trigo, avena y cebada); Art. 1101 (notificación y consultas previas a la aplicación de una medida de emergencia); Art. 1103 (arbitraje para controversias derivadas de la aplicación de medidas de emergencia); Art. 1406 (notificación y consultas previas a la denegación de beneficios en materia de servicios); Anexo 1404.B, art. 4 (consultas anuales en servicios turísticos); Art. 1504 (reglas especiales para la aplicación de las disposiciones del Capítulo 18 a disputas relativas a la entrada de personas por negocios); Art. 1608 (reglas especiales para la aplicación de las disposiciones del Capítulo 18 a disputas relativas a inversiones); Art. 1704 (notificación y consultas en servicios financieros).

de la interpretación de normas y será más fácil resolver aquellas derivadas de su aplicación.

Cuando los mecanismos de prevención fracasan, se aplican los MSC formales del FTA. Estos mecanismos primero agotan la posibilidad de alcanzar un acuerdo negociado y si este no se logra, se somete la controversia a procedimientos más rígidos.

Mecanismo para la solución de controversias (Capítulo 18)

Ambito de aplicación. Este capítulo contiene el sistema general de solución de controversias derivadas de la aplicación o interpretación del tratado, o cuando una de las partes considera que una medida planeada o tomada por la otra parte no es consistente con sus obligaciones conforme al tratado.¹⁴⁴

Las controversias que surjan en el contexto del FTA y del GATT pueden ser resueltas en cualquiera de los dos foros, pero una vez sometida una controversia a alguno, el otro será inaplicable.¹⁴⁵

La Comisión. El Capítulo 18 abarca mucho más que la mera solución de disputas. El Artículo 1802 establece la "Canada-United States Trade Commission" (la Comisión)

¹⁴⁴ Artículo 1801. Están expresamente excluidas de la aplicación de este capítulo las controversias relativas a servicios financieros (Capítulo 17) y la aplicación de medidas antidumping o de derechos compensatorios (Capítulo 19).

¹⁴⁵ Artículo 1801, pfos. 2 y 3.

para la administración conjunta del FTA. Esta es la institución central del FTA, responsable de supervisar su implementación y su progresiva elaboración, resolver controversias, revisar su funcionamiento por lo menos una vez al año y considerar cualquier otro asunto que pueda afectar su operación. Para lograr sus fines puede crear comités permanentes subsidiarios y grupos de trabajo para asistir en la consideración de cuestiones específicas. Todas las decisiones de la Comisión se toman por consenso.

La Comisión no es un organismo supranacional, sino una institución administrativa creada en el FTA e integrada por representantes de ambos países encabezados por los ministros a nivel gabinete encargados del comercio internacional o quiénes ellos designen. La responsabilidad primaria respecto a todo lo concerniente al FTA corresponde directamente a los Estados partes y no a la Comisión. Son los Estados quienes deben notificarse cualquier medida que tomen o planeen tomar que pueda afectar materialmente la operación del FTA y quiénes deben iniciar consultas sobre cualquier cuestión que afecte o pueda afectar la operación del FTA.¹⁴⁶

La Comisión celebró su primera reunión el 13 de marzo de 1989 y desde entonces ha estado funcionando

¹⁴⁶ Cfr. Legault, L.H. "Institutions and Dispute Settlement Procedures under the Canada-U.S. Free Trade Agreement", *Understanding...op.cit.* nota 75, p. 22.

continuamente. Entre las tareas que se le han asignado, está la de encontrar formas de acelerar la reducción de aranceles. Ha establecido grupos de trabajo para revisar el Pacto Automotriz, encontrar principios comunes en materia de antidumping y derechos compensatorios, eliminar barreras técnicas para productos pesqueros, estudiar cuestiones de turismo, estudiar la liberalización de servicios, entre otros. También trabaja activamente en la celebración de consultas para resolver las diferencias existentes (i.e. madera terciada).¹⁴⁷

El FTA es, por su naturaleza, un instrumento evolutivo. Algunas disposiciones como las relativas a antidumping y derechos compensatorios, propiedad intelectual, comercio en servicios, servicios financieros, compras gubernamentales y otras, requieren de futuro desarrollo porque actualmente no existen sino principios rectores básicos muy generales. Las exigencias políticas y económicas del futuro, al igual que la propia experiencia práctica requerirán que las reglas e instituciones evolucionen para hacer frente a las condiciones cambiantes de ambos países y del mundo. La Comisión es una institución diseñada para fomentar la negociación y diálogo permanente y evitar el anquilosamiento de las normas y principios del FTA.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Cfr. Free Trade Law Reports, CCH International, Canadá, 1990, pp. 29,101 y 29,102.

¹⁴⁸ Cfr. Steger, Debra. "Canada-U.S. Free Trade Agreement: Breaking New Ground" (proyecto), 1990, p. 19. (Documento repartido para la ponencia de la autora durante el Seminario de

Notificación. Se exige la notificación por escrito y con la mayor anticipación posible de cualquier medida que pueda afectar los intereses de la otra parte. De no ser posible notificar con anticipación se deberá hacer inmediatamente después de implementada la medida. Cuando la otra parte lo solicite se le deberá facilitar información y responder sus preguntas respecto a la medida.¹⁴⁹

Consultas. Si una parte lo solicita habrá consultas entre los gobiernos, sin que sea requisito que la medida se le haya notificado o que ésta pueda materialmente afectar la operatividad del FTA. Las partes deben hacer todo lo posible por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria.¹⁵⁰

Consultas en la Comisión. Después de 30 días de consultas sin que se logre solución, cualquiera de las partes podrá solicitar una reunión de la Comisión para celebrar nuevas consultas. La solicitud debe ser por escrito y señalar claramente el objeto de la controversia y las disposiciones del FTA que se consideran relevantes. La reunión debe llevarse a cabo dentro de los 10 días

Análisis sobre los Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio México-Canadá-EUA en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM del 25/11/90 al 1/11/91.)

¹⁴⁹ Artículo 1803.

¹⁵⁰ Artículo 1804.

siguientes a la solicitud. La Comisión puede pedir la opinión de peritos o solicitar la asistencia de un mediador que sea aceptado por las dos partes, con el objetivo de alcanzar una solución.¹⁵¹

Cuando han pasado 30 días de consultas sin logarse solucionar la controversia, la Comisión necesariamente deberá someterla al arbitraje si es relativa a salvaguardias y de no serlo, podrá someterla al arbitraje o, a un pánel de expertos o continuar las consultas. El hecho de que se cumpla el plazo de 30 días sólo abre las diferentes opciones pero, no obliga a que se den por concluidas las consultas y se inicie otra fase.

Arbitraje y procedimiento ante pánel de expertos. Todas las disputas sobre salvaguardias y aquéllas que la Comisión así lo decida serán remitidas a un pánel de arbitraje. En virtud de que la Comisión sólo toma decisiones por consenso, cuando remite una controversia al arbitraje puede entenderse que los países han celebrado el acuerdo arbitral. Sólo el caso de salvaguardias hay una cláusula compromisoria por la que EUA y Canadá se obligan a resolver todas las controversias en esa materia por arbitraje, cuando fracasen las consultas.¹⁵²

¹⁵¹ Artículo 1805.

¹⁵² Artículo 1806, pfo. 1. Supra nota 44.

El laudo de todo pánel arbitral es obligatorio para las partes. Si alguna parte no implementa un laudo dentro de un tiempo razonable y las partes no logran acordar la compensación u otro remedio apropiado, entonces la otra parte tendrá derecho a suspender beneficios equivalentes a los que tenga derecho quien incumple conforme al FTA.¹⁵³ Salvo que la Comisión decida otra cosa, el pánel arbitral se integrará y trabajar  conforme al procedimiento para los páneles de expertos.¹⁵⁴

En caso de que la controversia no sea sobre salvaguardias y la Comisión no acuerde someterla al arbitraje, cualquiera de las partes podrá solicitar la creación de un pánel de expertos para que la estudie.

Le corresponde a la Comisión preparar una lista de personas calificadas para ser integrantes de páneles por su competencia en materia comercial y por no tener vínculos con el gobierno de ninguna de las partes.

Los páneles se componen de cinco miembros, dos de los cuales deben ser nacionales de un país y dos del otro. Cada parte, después de consultar con la otra, escoje dos expertos preferentemente de entre los incluidos en la

¹⁵³ Artículo 1806, pfo. 3.

¹⁵⁴ Artículo 1806, pfo. 2.

lista. El quinto, que puede ser nacional de cualquier país, será seleccionado por la Comisión. Si ésta no logra acuerdo para escogerlo, los cuatro expertos ya seleccionados lo escogerán y si éstos no pueden, será seleccionado por sorteo de entre los candidatos en la lista.¹⁵⁵

El pánel establece su propio procedimiento, excepto cuando la Comisión decida otra cosa. El procedimiento siempre asegurar  a cada parte el derecho a por lo menos una audiencia, el derecho a presentar memorias escritas y el derecho de réplica. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el pánel basará su decisión en los argumentos y memorias que le hayan sido presentados.¹⁵⁶

El pánel debe entregar a las partes un reporte inicial dentro de los siguientes tres meses a la fecha en que fue nombrado su presidente. Debe contener una determinación de los hechos, una opinión sobre si la medida objeto de la controversia es o será inconsistente con el FTA y sus recomendaciones para solucionar la diferencia. De ser posible, el pánel concederá a las partes la oportunidad de hacer comentarios respecto a la determinación de hechos del reporte. Si asi se le solicitó, el pánel también podrá determinar el grado de daño material

¹⁵⁵ Artículo 1807, p os. 2 y 3.

¹⁵⁶ Artículo 1807, p o. 4.

causado por cualquier medida que considere inconsistente con el FTA.¹⁵⁷

Las partes tienen 14 días para presentar al pánel, por escrito y debidamente fundamentadas, sus objeciones al reporte inicial. El pánel lo reconsiderar  tomando en consideración los comentarios y objeciones que reciba. El pánel presentar  su reporte final dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que se distribuyó el reporte inicial, esto es cuatro meses después de haberse nombrado su presidente. Los miembros del pánel pueden dar opiniones separadas, mismas que serán incluidas en el reporte final.¹⁵⁸

Al recibir el reporte final de este pánel, la Comisión tiene 30 días para tomar una decisión, que normalmente debe ser de conformidad con dicho reporte. Siempre que sea posible, la resolución deberá consistir en la no implementación o el retiro de una medida que sea incongruente con el FTA. De no ser posible se buscar  resarcir el daño mediante la compensación. Si la Comisión no toma una decisión dentro de ese lapso, la parte que sienta que sus derechos fundamentales o beneficios al amparo del FTA se ven afectados, podrá suspender los

¹⁵⁷ Artículo 1807, pfo. 5.

¹⁵⁸ Artículo 1807, pfo. 6.

beneficios equivalentes de la otra parte, en tanto se logra una solución.¹⁵⁹

Se observa que el FTA expresamente favorece que la solución de controversias consista en la no implementación o retiro de medidas inconsistentes con sus disposiciones o su espíritu. Sin embargo, el "derecho de retirar beneficios equivalentes" queda vagamente regulado, ya que dicho derecho lo ejercerá la parte agraviada de manera totalmente unilateral. Su ejercicio no necesita ser consultado con la Comisión ni con algún pánel. De esta manera, el retiro de beneficios pudiera ser excesivo y no hay manera de evitarlo.

Interpretación del FTA. Si se diese un caso en una corte judicial o agencia administrativa en el que se requiera una interpretación de alguna disposición del FTA y cualquiera de las partes considera que amerita su intervención o si dicha corte o agencia lo solicita, las partes consultarán para presentar una interpretación acordada. De no lograrse dicha interpretación, cualquiera de las partes podrá facilitar su propia interpretación a la corte o agencia administrativa en que se ventile el caso, en la forma que dispongan las reglas de ese foro.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Artículo 1807, pfs. 8 y 9.

¹⁶⁰ El Tribunal Andino tiene esa función específicamente asignada. Pudiera ser ésta una ventaja de un MSC con un tribunal permanente sobre uno con tribunales ad hoc. Ver supra p. 86.

Sistema especial para la solución de controversias en materia de antidumping y de derechos compensatorios (Capítulo 19)

Generalidades. El proteccionismo moderno ("neo-proteccionismo") es en gran medida resultado de una serie de leyes comerciales que otorgan a organismos gubernamentales una gran discrecionalidad para decidir en materias de política comercial y que se usa como instrumento de negociación para obtener concesiones de otros países a través de la "administración" de las barreras al comercio. Dado que se trata de una "administración proteccionista de leyes fundamentalmente liberales, es la mala aplicación de las normas y no necesariamente las normas mismas, la que puede calificarse como proteccionista.¹⁶¹ El neo-proteccionismo que aqueja al comercio internacional actual se manifiesta principalmente en la aplicación unilateral de medidas antidumping o derechos compensatorios conforme al derecho interno de cada país.

Desde un punto de vista, el mayor fracaso de la negociación del FTA, fue en estas materias. Si bien en cuestiones arancelarias se lograron acuerdos importantes, el GATT ya cumplía satisfactoriamente ese objetivo. En otras cuestiones escabrosas, como servicios, inversión o

¹⁶¹ Cfr. García Moreno, V. y Hernández, C. Hacia un Acuerdo de Libre Comercio México-Estados Unidos: Implicaciones Legales. Ponencia presentada por el Dr. García M. en el Seminario...supra nota 148, p.8.

servicios financieros, se logró por lo menos negociar principios comunes básicos. Sin embargo, en antidumping y derechos compensatorios ni siquiera eso fue posible.

Al no poder acordar reglas comunes que regularan estas materias, el Capítulo 18 es inaplicable ya que no hay reglas en el tratado que generen controversias sobre su interpretación o aplicación. En virtud de lo anterior, Canadá y EUA optaron por desarrollar un sistema especial de solución de controversias relacionadas con estas cuestiones. Desde este punto de vista, se logró mucho más que lo alcanzado en cualquier otro tratado de libre comercio, siendo indudable que abre nuevos derroteros para el Derecho Internacional en general y para los MSC en particular.

El Capítulo 19 del FTA plantea un novedoso sistema cuyos objetivos son asegurar el apego estricto al derecho interno, al aplicarse las leyes nacionales en estas materias a los casos concretos y; evitar que se modifique el derecho nacional existente en sentido contrario al FTA.

Temporalidad. El FTA no cambia las leyes nacionales existentes, pero obliga a ambos países a desarrollar un sistema de reglas comunes sobre subsidios gubernamentales y prácticas desleales de carácter privado en la fijación de precios. Para lograr lo anterior establece un plazo de

cinco años con posibilidad de prorrogarse otros dos. Durante este lapso cada parte conserva su derecho doméstico y se reserva el derecho de aplicarlo a productos del otro Estado o de modificarlo. Si al pasar los siete años no se ha implementado un sistema de reglas comunes en estas materias, cualquiera de las partes podrá denunciar el tratado.¹⁶²

Derecho nacional. El derecho nacional de las partes en estas materias incluye las leyes relevantes, la historia legislativa, reglamentos, la práctica administrativa y los precedentes judiciales. Cualquier modificación a una ley de la materia debe ser notificada a la otra parte por escrito y con la mayor anticipación posible a su implementación y no debe ser contraria al GATT y los códigos relativos o al objeto del FTA. Además, las reformas sólo serán aplicables a los productos de la otra parte si están expresamente mencionados en ellas.¹⁶³

Durante este lapso cualquier controversia que surja porque una de las partes haga o planea hacer alguna modificación a su derecho interno en materia de antidumping o de derechos compensatorios; o por inconformidad de alguna de las partes respecto a una decisión final administrativa de la agencia gubernamental

¹⁶² Artículos 1902 y 1906.

¹⁶³ Artículo 1902, pfo. 2.

competente en estas materias, será resuelta conforme lo dispuesto en el Capítulo 19.

Revisión de leyes y reformas legislativas. Cualquier parte puede solicitar consultas sobre cualquier reforma de ley o ley nueva que se planea implementar o haya implementado la otra parte, independientemente de que se le haya notificado o no.¹⁶⁴

De no lograr acuerdo en las consultas, una parte podrá solicitar que un pánel revise la modificación o ley propuesta o implementada para que rinda una opinión declarativa sobre su congruencia con el GATT y sus códigos o sobre si la propuesta legislativa tiene el efecto de hacer ineficaz la decisión de un pánel binacional de revisión de sentencias administrativas.¹⁶⁵

Salvo que las partes acuerden otra cosa el pánel establece su propio procedimiento.¹⁶⁶ El procedimiento debe asegurar por lo menos la celebración de una audiencia y la presentación de memorias, así como la oportunidad de réplica. El pánel debe fundamentar todas sus decisiones exclusivamente en los argumentos y memorias presentados por las partes.

¹⁶⁴ Artículo 1902, pfo. 2, inciso (c).

¹⁶⁵ Artículo 1903, pfo. 1.

¹⁶⁶ Los lineamientos básicos de este procedimiento están en el Anexo 1903.2 del FTA.

El pánel rendir  una opinión declarativa inicial, dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se nombr  al presidente del pánel. Las partes tienen 14 días para presentar por escrito sus objeciones a dicha opinión. Si no hay objeciones la opinión declarativa inicial se convertirá en opinión declarativa final. En caso de haberlas, el pánel las estudiará y tomar  en cuenta al redactar su opinión declarativa final.

Al recibir la opinión declarativa final, ambos países deben entrar en un periodo de consultas por 90 días. Si las partes no llegan a un acuerdo o el país cuya medida legislativa fue revisada, no toma medidas para corregir la situación conforme a la opinión del pánel en un lapso de nueve meses, el país que solicitó la revisión podrá implementar legislación "espejo" (legislación que prive al otro Estado de beneficios equivalentes a los que pierde) o denunciar el tratado.

El poder de un órgano internacional para revisar legislación propuesta y determinar si es congruente con un determinado tratado internacional anterior a su promulgación es un logro único en derecho internacional. Si bien no se logró la negociación de reglas comunes, mediante este procedimiento se restringe la posibilidad de que el derecho interno de ambos países se aparte, y se finc  la infraestructura necesaria para su desarrollo armónico en el futuro.

Revisión de decisiones administrativas finales en casos de antidumping o de derechos compensatorios. El Artículo 1904 establece un mecanismo para la revisión de decisiones administrativas finales en casos de antidumping o de derechos compensatorios. Al aplicarse este procedimiento se reemplaza la revisión judicial en el país en que se haya tomado la decisión administrativa.¹⁶⁷ Si no se aplica este procedimiento, la revisión judicial sigue siendo posible.¹⁶⁸

La tarea de éstos paneles es revisar si la decisión administrativa objeto de la controversia se tomó con estricto apego al derecho interno del país en que se hizo la investigación.¹⁶⁹ Esto implica que cada caso se juzga en términos de si se aplicó efectivamente el propio derecho nacional y no en base a un conjunto de estándares binacionales o supranacionales.

Los paneles deben aplicar el estándar de revisión de la corte ante la que se apelaría la decisión administrativa que revisan.¹⁷⁰ Este concepto se refiere al nivel de

¹⁶⁷ En los dos países existen procedimientos similares. La investigación sobre la existencia de dumping o de subsidios la llevan a cabo órganos dependientes de la rama ejecutiva del gobierno. Existen recursos administrativos contra las decisiones que tomen con base en dichas investigaciones. Las decisiones administrativas finales son apelables ante las cortes de apelación de los respectivos poderes judiciales. Ambos procedimientos adolecen del problema de la lentitud, ya que toma un mínimo de dos años alcanzar el fin de la apelación judicial, lo cual resulta excesivamente largo y antieconómico.

¹⁶⁸ Artículo 1904, pfo. 10.

¹⁶⁹ Artículo 1904, pfo. 2.

¹⁷⁰ Artículo 1904, pfo. 3.

escrutinio al que los paneles deben someter las resoluciones locales, que debe ser el mismo al que las sometería el tribunal local. El estándar estadounidense es menos riguroso que el canadiense, por lo cual es más fácil para un tribunal de EUA aceptar revisar una decisión administrativa en materia de antidumping o de derechos compensatorios, que para un tribunal de Canadá.¹⁷¹

La solicitud para el establecimiento de un panel debe hacerse por escrito dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que se publique la decisión que se pretende sea revisada. En caso de decisiones que no sean publicadas, la parte que toma la medida debe notificar a la otra la decisión. Si expira el plazo sin que se solicite el establecimiento del panel, se pierde el derecho a solicitarlo.¹⁷²

La solicitud sólo la pueden hacer los gobiernos federales de las partes. Pueden hacerla por iniciativa propia, pero están obligados a hacerla cuando un nacional, que tenga derecho a solicitar la revisión judicial de una decisión, lo pida.¹⁷³

¹⁷¹ Cfr. Dearden, Richard. "Antidumping and Countervailing Duty Provisions: Judicial Review by Binational Panels", *Understanding...op.cit.* nota 75, p. 86. También ver: Hernández, César. Paneles para la Resolución de disputas Comerciales: Una Propuesta para el Acuerdo de Libre Comercio México-Estados Unidos (Tesis profesional, UNAM), 1991, pp. 94 y 95.

¹⁷² Artículo 1904, pfo. 4.

¹⁷³ Artículo 1904, pfo. 5.

Las autoridades administrativas cuyas decisiones estén en revisión tendrán derecho a defender su caso ante el pánel. Asimismo podrán presentarse y ser representadas por abogados ante el pánel todas aquellas personas, físicas o morales, que tengan interés legal y que conforme al procedimiento de revisión judicial tendrían derecho a participar.¹⁷⁴

El pánel puede sostener la decisión administrativa que revisó o reenviarla a la autoridad administrativa que la tomó para su reconsideración conforme a las recomendaciones del pánel. Cuando reenvíe una decisión el pánel debe establecer el plazo, para que la autoridad administrativa cumpla la recomendación. El pánel es competente para revisar la redeterminación de la autoridad administrativa con base en el reenvío, debiendo rendir una decisión final respecto a dicha redeterminación dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se sometió a su consideración.¹⁷⁵

La decisión del pánel binacional es obligatoria para los gobiernos y las autoridades administrativas. No puede ser revisada por ninguna corte de apelación.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Artículo 1904, pfo. 7.

¹⁷⁵ Artículo 1904, pfo. 8.

¹⁷⁶ Artículo 1904, pfo. 11.

Reglas de procedimiento. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1904.14 las partes adoptaron reglas para el procedimiento de revisión de decisiones administrativas finales.¹⁷⁷ Estas reglas no son sino un reglamento detallado del procedimiento.

Las reglas están diseñadas para que el procedimiento no dure más de 315 días. Establecen 30 días para el sometimiento de la queja; 30 días para señalar, certificar y entregar al pánel el expediente administrativo; 60 días para que la parte iniciadora presente su memoria; 60 días para que la parte respondente presente su contramemoria; 15 días para presentar memorias de réplica; entre 15 y 30 días para que el pánel se reúna y escuche argumentos orales de las partes y terceros involucrados y 90 días para que rinda su decisión final.¹⁷⁸

Establecimiento de pánels binacionales. El establecimiento de pánels binacionales, tanto los de revisión de leyes como los de revisión de decisiones administrativas finales, está regulado en el Anexo 1901.2 del FTA.

¹⁷⁷ "Rules of Procedure for Article 1904 Binational Panel Reviews" publicadas en: "Canada Gazette (Part I, January 14, 1989, p. 103; as amended by Canada Gazette Part I, December 23, 1989, p. 5398)".

¹⁷⁸ El ordenamiento de instancias recuerda los últimos cambios de 1988 al MSC del GATT. Supra p. 66.

Las partes deben crear una lista de 50 personas que puedan ser miembros de paneles. Todos ellos deben ser ciudadanos de alguno de los dos países, de reconocida competencia y calidad moral, tener familiaridad con el Derecho Mercantil Internacional y no tener ningún vínculo con los gobiernos de las partes (ser juez no es considerado como una forma de vínculo con el gobierno). Cada país nombrará a 25 personas de la lista.

Los paneles estarán integrados por cinco personas, que en su mayoría deben ser abogados. Cada parte escogerá dos, preferentemente de entre los incluidos en la lista, en caso de no estar incluido debe cumplir con los requisitos exigidos a los miembros de la lista. Cada parte tiene derecho de rechazar a cuatro candidatos de la otra parte. Si no se logran nombrar, se escogerán por sorteo de entre los candidatos en la lista que no hayan sido rechazados.

El quinto será escogido por común acuerdo entre las partes. De no haber acuerdo, lo escogerán los cuatro integrantes ya escogidos, de entre los incluidos en la lista que no hayan sido rechazados y si no logran hacerlo se escogerá por sorteo. El procedimiento para nombrar al pánel dura máximo 60 días desde la solicitud para que se establezca el pánel. Tan pronto éste quede integrado, sus miembros deben elegir un presidente, quien necesariamente debe ser abogado.

Todas las decisiones del pánel se toman por mayoría de votos y deben ser escritas, fundamentadas e incluir las opiniones disidentes o separadas que haya.

Los integrantes de páneles deben conducirse conforme lo establecido en el Código de Conducta adoptado por las partes.¹⁷⁹ El Código asegura el cumplimiento de los principios de imparcialidad e integridad, señala circunstancias en las que pudiera haber conflicto de intereses y regula extensivamente las normas de confidencialidad que deben cumplir los integrantes de páneles y quienes los ayudan.

El procedimiento debe suspenderse en tanto se nombra un nuevo integrante que sustituya al que por alguna causa no pueda seguir siéndolo.

Los miembros de páneles tienen inmunidad y no pueden ser demandados o sujetos a proceso legal por nada relacionado con sus actos como integrantes del pánel.

Apelación extraordinaria. Cualquier parte puede solicitar la integración de un Comité de Apelación Extraordinaria. Esta procede cuando dentro de un plazo razonable, una

¹⁷⁹ "Code of Conduct for Procedures Under Chapters 18 and 19 (article 1910)" publicado en: "Canada Gazette (Part I, January 14, 1989, p. 96)".

parte alegue que un miembro del pánel ha actuado parcialmente o; teniendo un conflicto de intereses serio o de otra forma ha violado las reglas del Código de Conducta o; que la actuación del pánel fue muy divergente a las reglas de procedimiento o; cuando el pánel manifiestamente excedió su poder, autoridad o jurisdicción.¹⁸⁰

Los comités se componen de tres miembros, quienes deben ser jueces, activos o retirados, de cortes de alto nivel en EUA y Canadá. Existe una lista de diez candidatos, cinco propuestos por cada parte.

Para integrar un comité cada parte nombrará un miembro de entre los incluidos en la lista y ellos dos escogerán al tercero, de la misma lista. Debe quedar integrado 15 días después de que se solicitó su establecimiento.

Los comités se rigen por las reglas de procedimiento y deben entregar una decisión final a los treinta días de establecidos.

Si un comité considera que existe alguna de las causales para que proceda la apelación extraordinaria, podrá invalidar al pánel que rindió la decisión original. En

¹⁸⁰ Anexo 1904. 13. El  nico Comité de Apelación Extraordinaria que se ha establecido fue para revisar la decisión del pánel en el Caso de la carne de puerco congelada, infra p. 119.

este caso se constituirá un nuevo pánel que estudie la cuestión. También puede reenviar dicha decisión al pánel que la tomó para que la reconsidere en forma que sea congruente con la decisión del comité. Si el comité decide que no se cumple ninguna de las causales para la apelación extraordinaria, confirmar  la decisión del pánel.

El Secretariado. Se estableció para apoyar administrativamente (copiado, distribución y archivo de documentos, etc.) el trabajo de la Comisión y de los páneles creados conforme a los Capítulo 19 y 18. Tiene oficinas permanentes en Washington D.C. y en Ottawa que est n a cargo de Secretarios en cada sede, nombrados por el gobierno correspondiente. Ambos Secretarios deben estar en continua comunicación y trabajar conjuntamente en lo que sea necesario.¹⁸¹

Casos conforme al Capítulo 18 del FTA Canadá-EUA¹⁸²

Se han resuelto dos casos mediante páneles constituidos conforme al Capítulo 18, ambos en la fase de consultas dentro de la Comisión después ser examinados por un pánel de expertos. No se ha dado un solo caso de arbitraje.

¹⁸¹ Artículo 1909. Supra nota 179.

¹⁸² Cfr. Free Trade Law Reports...op. cit. nota 147, pp. 30,651-30,656.

Caso del arenque y salmón. El primer caso se refiere a una ley canadiense que exigía que se desembarcara el arenque y salmón capturado en las aguas marinas canadienses, dentro de ese mismo país.

Los requerimientos exigidos originalmente fueron declarados por un pánel del GATT inconsistentes con el Artículo XI del mismo.

Subsecuentemente Canadá modificó la ley para que se considerara como un requerimiento de carácter ambiental, congruente con la excepción establecida en el Artículo XX (g) del GATT. Con esta reforma se exigía que el 100% del salmón y arenque capturado, fuera desembarcado en Canadá con el objeto de contabilizar la captura para tener una relación confiable y asegurar su conservación.

Estando ya en vigor el FTA, EUA reclamó la ley ante la Comisión. Ante el fracaso de las consultas iniciales, EUA exigió la constitución de un pánel de expertos.

El pánel estableció que la autenticidad de una medida de conservación sólo puede probarse si el gobierno que la toma la hubiese tomado aún cuando sus efectos negativos afectaran principalmente a los nacionales. Basó su decisión en precedentes existentes en el GATT y resolvió

que la medida no era consistente con el Artículo XX del GATT.

El pánel consideró que la ley canadiense afectaba mayormente a los pescadores extranjeros que a los nacionales. Su opinión fue que Canadá no podía requerir que el 100% del salmón y del arenque pescado en Canadá fuera desembarcado dentro de su territorio, estableciendo que con un requerimiento del 80% era posible mantener una relación confiable.

En las consultas celebradas una vez conocida la recomendación del pánel, se logró un arreglo negociado por el que se permitirá durante el primer año desembarcar el 20% de la captura fuera de Canadá y gradualmente en un lapso de tres años subir  hasta el 25%.

Caso de las langostas. En el segundo caso un pánel de expertos decidió que la ley estadounidense que prohíbe la venta de langostas que no llegan a un cierto tamaño, afectaba tanto a los productores nacionales como a los extranjeros y no era una restricción comercial disfrazada, que prohibiera la importación de langosta, sino una acción de protección ambiental.

Casos conforme al Capítulo 19 del FTA Canada-EUA

Caso del material de pavimentación. Este es el caso de Blaw Knox Construction Equipment Corporation y Northern Fortress, Ltd. v. International Trade Administration (ITA) y Departamento de Comercio de los EUA.

La ITA impuso una cuota antidumping a un equipo de pavimentación canadiense por el periodo 1/09/87 al 31/12/88. Tanto Northern (productor canadiense) como Blaw (productor estadounidense que requirió a la ITA que iniciara la investigación antidumping), no quedaron satisfechos con la cuota, por lo que ambos solicitaron la revisión administrativa. La decisión final de la ITA fue dada el 15/05/90.

Al continuar en desacuerdo, ahora con la decisión final administrativa, solicitaron a sus gobiernos que iniciaran el mecanismo contemplado en el Capítulo 19 del FTA.

Se constituyó un pánel conforme al artículo 1904.2 del FTA para revisar la decisión final de la ITA. El pánel rindió su decisión con base en: a) el expediente administrativo, b) leyes, precedentes y criterios jurídicos estadounidenses, c) las solicitudes por escrito de las partes y d) la audiencia celebrada el 14/III/90 en la que fueron escuchadas todas las partes.

El pánel decidió reenviar a la ITA la decisión para que redeterminara el margen de dumping y le señaló los factores que debía tomar en cuenta. El pánel se rehus  a decidir sobre una petición de Blaw, confirmó algunos argumentos de los tres sujetos en la controversia y negó otros.

Caso de la carne de puerco canadiense. El 14 de junio de 1991 se termin  de manera definitiva, el caso más trascendente que se ha resuelto en el marco del FTA.¹⁸³

La controversia comenzó con una investigación en EUA para la imposición de un derecho compensatorio a la carne de puerco canadiense, fresca, enfriada o congelada importada a EUA. Este país impuso, con base en la resolución de la "U.S. International Trade Commission" (ITC) que afirmaba que las importaciones de carne de puerco canadiense presentaban una amenaza seria de daño material a la industria nacional, una cuota compensatoria de ocho centavos de dólar canadiense por kilo de carne.

El 13 de octubre de 1989, varias instituciones canadienses¹⁸⁴ apelaron la resolución de la ITC solicitando la formación de un pánel binacional conforme al Capitulo 19 del FTA. La primera decisión del pánel,

¹⁸³ Cfr. Bello, Judith y Romine M. en 30 ILM 1151 (1991).

¹⁸⁴ Canadian Pork Council, Canada Packers Inc., Canadian Meat Council, Gobierno de Alberta y Gobierno de Quebec.

dictada en agosto de 1990, estableció que la ITC se había basado fundamentalmente en estadísticas que el pánel consideró cuestionables y por tanto reenvió a la ITC su determinación para que la reconsiderará.

La ITC reabrió el caso, se allegó de más información para cumplir con las instrucciones del pánel y finalmente confirmó su decisión en el sentido de que la industria del puerco estadounidense se veía seriamente amenazada de daño material por el producto subsidiado canadiense.

Los quejosos presentaron entonces una moción para que el pánel revisara la nueva determinación. El pánel volvió a reenviar la determinación a la ITC porque ésta había excedido las instrucciones del primer reenvío. Las instrucciones del pánel esta vez fueron que la ITC no considerara nueva evidencia o argumentos de tipo económico y se limitara a tomar en cuenta toda la información que tenía a su disposición desde su primera investigación.

En su segunda redeterminación, la ITC estableció que no había daño material o amenaza de daño para la industria estadounidense. Sin embargo, señaló expresamente que hacía esa determinación únicamente por estar obligada a ello por las disposiciones del FTA, aún cuando iba contra

los hechos, la lógica, los principios fundamentales del FTA y del derecho estadounidense.

Varias instituciones estadounidenses ("National Pork Producers Council" y U.S. Trade Representative") pidieron a su gobierno que solicitara la formación de un Comité de Apelación Extraordinaria conforme al Artículo 1904.13 del FTA. La petición cimbró la estructura completa del FTA, pero Canadá accedió y se formó el Comité el 15 de abril de 1991.

Los resultados finales fortalecieron enormemente el MSC del FTA, porque probaron su efectividad y se sentó un precedente que define claramente la tarea que le corresponde llevar a cabo a un Comité de Apelación Extraordinaria, conforme al texto y espíritu del Artículo 1904.13.¹⁸⁵

El Comité desechó el requerimiento de apelación extraordinaria por no satisfacer los estándares necesarios señalados en el FTA. En consecuencia, el Comité confirmó la decisión del 22 de enero de 1991 del pánél y se levantaron derechos compensatorios impuestos a

¹⁸⁵ El Comité estableció en su decisión: "...Thus, in order to sustain an extraordinary challenge the Committee first must find that a panel or panel member is guilty of one of the actions set forth in paragraph (a) (Artículo 1904.13). Second, the Committee must find that such action "materially affected the panel's decision". And third, the Committee must determine that the action "threatens the integrity of the binational review process.", 30 I.L.M. 1159 (1991).

la carne de puerco canadiense, fresca, enfriada o congelada, por un valor de 18 millones de dólares.¹⁸⁶

3.2. ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE EUA E ISRAEL (FTAEU-I)¹⁸⁷

Este fue el primer acuerdo de libre comercio celebrado por EUA. Su MSC es menos jurídico y más político-diplomático que el del FTA. Esto es comprensible porque la relación entre EUA e Israel es completamente diferente a la de EUA con Canadá. No obstante el MSC del FTAEU-I fue un precedente importante para el FTA y comparten diversas características como es la celebración de consultas o la creación de una comisión binacional. En el MSC del FTAEU-I también existen tres diferentes fases que son consultas entre gobiernos, consultas en la Comisión Mixta y pánel de conciliación. La principal diferencia es que en el MSC del FTAEU-I no hay procesos de arbitraje obligatorio, por ende no puede haber decisiones jurídicamente vinculantes.

Existen disposiciones que obligan a las partes a celebrar consultas antes de imponer una salvaguardia como medida de emergencia cuando el aumento de importaciones es causa

¹⁸⁶ Gallo and Romine...op.cit. note 183, p. 1153. El Comité concluye: "...this Committee dismisses the request for an extraordinary challenge for failure to meet the standards of an extraordinary challenge set forth under FTA Article 1904.13..." y ordena: "...the Binational Panel's January 22, 1991 Memorandum and Order shall remain in effect, and the order of the Binational Panel dated January 22, 1991, is affirmed.", 30 ILM 1166 (1991).

¹⁸⁷ Texto en: 24 ILM 653 (1985).

substantial del daño serio o amenaza de daño a los productores nacionales.¹⁸⁸

En el FTAEU-I se establece una Comisión Mixta para su administración. Entre sus funciones está la de celebrar consultas con respecto a cualquier asunto que afecte la operación e interpretación del Acuerdo. Esta formada por representantes de ambos gobiernos y encabezada por el Representante de Comercio de EUA y el Ministro de Industria y Comercio de Israel o las personas que ellos designen. Debe sesionar una vez al año, pero cualquier parte puede solicitar una sesión especial, la cual debe celebrarse en un plazo de 21 días contado desde que se solicitó.¹⁸⁹

Se establece la obligación de las partes de notificar por escrito y consultar cualquier medida que tomen o pretendan tomar que pueda afectar los derechos de la otra. La notificación debe incluir una descripción detallada de las circunstancias que originen la medida propuesta. Las partes deben notificarse igualmente, antes y con la mayor anticipación posible, de comprometerse a reducir las barreras comerciales con terceros países. En circunstancias urgentes en las que el daño no sería fácilmente remediable, se autoriza a las partes a actuar

¹⁸⁸ Artículo 5, pfo. 1.

¹⁸⁹ Artículo 17.

sin notificar previamente, pero debe hacerlo lo antes posible y dar oportunidad para celebrar consultas.¹⁹⁰

Cuando cualquiera de las partes considere que la otra no ha llevado a cabo sus compromisos conforme al FTAEU-I o que ha tomado medidas contrarias a él, podrá invocar el mecanismo de solución de controversias. Conforme a éste se iniciarán consultas, si no se logra solucionar se someterá la disputa a la Comisión Mixta, que tiene sesenta días para resolverla.

Si fracasa esta comisión, se constituirá un pánel de conciliación en el que cada parte nombrará un miembro y el tercero será nombrado por ellos dos. Este pánel tiene tres meses para resolver la cuestión o en caso contrario entregar un reporte sobre los hechos y hallazgos de su investigación. El reporte del pánel no es obligatorio. Con base a este reporte la parte agraviada tiene derecho a tomar las medidas que considere adecuadas.¹⁹¹

El FTAEU-I expresamente dispone que su MSC no es aplicable a controversias relacionadas con antidumping y derechos compensatorios. En estas materias ambos países retuvieron expresamente la prerrogativa de aplicar cuotas o medidas equivalentes conforme lo permitido por el GATT.

¹⁹⁰ Artículo 18.

¹⁹¹ Artículo 19.

Para esto, Israel suscribió el Código Antidumping y el Código de Subvenciones y Derechos Compensatorios del GATT.

3.3. ACUERDO DE COMPLEMENTACION ECONOMICA ENTRE MEXICO Y CHILE¹⁹²

Este es el primer tratado de libre comercio bilateral firmado por México. El Acuerdo se enmarca en el Tratado de Montevideo, 1980 y está abierto para que otros miembros de ALADI se adhieran.¹⁹³ Desde este punto de vista es de gran importancia este Acuerdo, ya que le da substancia a los compromisos en ALADI. Es posible que lo que ALADI no logró en el marco multilateral, se vaya logrando mediante acuerdos bilaterales concretos, que imponen derechos y obligaciones precisos. Un gran paso adelante, es el MSC del Acuerdo, el cual suple una deficiencia importante del Tratado de Montevideo, 1980.

El MSC del Acuerdo está dividido en tres fases, una de consultas, otra de consultas ante la Comisión Administradora y una tercera de arbitraje.¹⁹⁴ Es aplicable a todas las controversias que surjan derivadas de la aplicación o interpretación del Acuerdo, pero expresamente quedan excluidas las controversias relacionadas con antidumping o derechos compensatorios.

¹⁹² Firmado el 22/IX/91, publicado en el D.O. 23/XII/91.

¹⁹³ Supra inciso 3.4.

¹⁹⁴ Artículo 33o.

Cualquiera de las partes puede solicitar la celebración de consultas para aclarar cualquier situación relacionada con el Acuerdo que sienta que le afecta.

Si después de 15 días de consultas no se alcanza una solución, la parte que inició las consultas solicitará la intervención de la Comisión Administradora. La Comisión tiene treinta días para solucionar el conflicto, para lo cual estudiará los cargos y descargos y podrá solicitar la opinión de peritos o la ayuda de un mediador.¹⁹⁵

Al pasar los treinta días, la Comisión debe constituir un Grupo Arbitral. La Comisión debe tener una lista de expertos calificados para ser árbitros. El Grupo Arbitral tiene cinco miembros, dos nombrados por cada parte de entre los incluidos en la lista. El quinto es designado por la Comisión, será el presidente del grupo y no puede ser nacional de ninguno de los países partes. Si no hay Acuerdo sobre la designación del quinto, el cargo recaerá en el Secretario General de la ALADI o la persona que éste designe.

¹⁹⁵ La Comisión Administradora tiene entre sus atribuciones velar por el cumplimiento de las disposiciones del Acuerdo, nombrar los mediadores y árbitros para la solución de controversias, y reglamentar el procedimiento de arbitraje. (Artículo 34o.)

El Grupo Arbitral se regirá por el reglamento de arbitraje que acuerden las partes.¹⁹⁶ El procedimiento de arbitraje puede extenderse por un máximo de 60 días.

El grupo arbitral toma su decisión en conciencia, esto es *ex aequo et bono*, teniendo en cuenta las disposiciones del Acuerdo y las reglas y principios de los tratados internacionales aplicables.

La resolución de los árbitros debe señalar las medidas específicas que puede tomar el país afectado. Entre éstas puede estar la suspensión de las concesiones equivalentes a los perjuicios provocados, el retiro parcial o total de concesiones o cualquier otra medida enmarcada en la aplicación de las disposiciones del Acuerdo.

La resolución es obligatoria para las partes e inapelable. Su incumplimiento acarrea la suspensión del Acuerdo en tanto se cumple. La prolongación del incumplimiento puede ser invocada como causal de denuncia del Acuerdo.

Este MSC es ágil y rápido, se da oportunidad para la resolución de controversias mediante la negociación, pero de no ser ésta posible existe la posibilidad de llegar a

¹⁹⁶ El reglamento no ha sido adoptado todavía, pero su importancia es clave para el funcionamiento del arbitraje, ya que el Acuerdo sólo se ocupa de los principios más básicos del procedimiento.

una resolución legal vinculatoria para las partes. Al sólo estar señalados los principios básicos del MSC, el reglamento será de suma importancia para detallar y asegurar el buen funcionamiento del sistema.

El Reglamento también podrá matizar el lenguaje poco flexible usado para el MSC en el Acuerdo. Así, al pasar los 30 días de consultas, podría matizarse el "deber" de la Comisión de constituir un grupo arbitral, para que las partes "puedan" solicitarle que lo constituya, si consideran que es una controversia arbitrable y que las consultas fracasarán inevitablemente.

3.4. CONSIDERACIONES FINALES

Los MSC de tratados comerciales, sean éstos de carácter bilateral o multilateral, y de hecho cualquier MSC debe crearse tomando en cuenta una pluralidad de elementos. En un MSC completo y eficaz necesariamente se calibran los factores políticos, económicos y sociales. Así, es imperativo el equilibrio entre las normas diplomáticas o políticas y las jurídicas.

Por ello los MSC de tratados comerciales bilaterales son esencialmente diferentes a aquellos en tratados multilaterales. En tratados bilaterales las partes involucradas en las controversias están, generalmente,

claramente definidas, mientras que en los multilaterales no es así. En los primeros se pueden pactar los derechos y obligaciones de las partes con mayor precisión, que en los segundos. En la medida que aumenta el número de partes de un tratado, aumentan los factores políticos, económicos y sociales que deben tomarse en cuenta en los MSC de dicho tratado.

Se dice que la proliferación de tratados bilaterales de libre comercio (o multilaterales con un número reducido de partes) debilita al GATT. En realidad, bien pudiera ser que lo fortalezcan. La mayoría de estos tratados se enmarcan en el GATT y se celebran para desarrollar sus principios y normas. Es a través del desarrollo que se alcance al nivel de pequeños grupos de Estados, que el GATT o la organización internacional que le suceda, continuará vigente.

C A P I T U L O 4

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL MECANISMO DE SOLUCION DE
CONTROVERSIAS DEL TRATADO NORTEAMERICANO DE
LIBRE COMERCIO¹⁹⁷

**"...Porque hermoso es el riesgo y la esperanza grande."
Demóstenes
Pro Corona**

4.1. COMPOSICION DE LOS ORGANOS DE DECISION; 4.2. LA ELECCION DEL FORO Y EL DERECHO APLICABLE; 4.3. UNO O VARIOS MECANISMOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS; 4.4. ANTIDUMPING Y DERECHOS COMPENSATORIOS; 4.5. ARBITRAJE OBLIGATORIO; 4.6. SANCIONES; 4.7. VIGILANCIA; 4.8. LA CREACION DE UN TRIBUNAL PERMANENTE; 4.9. LA LEY SOBRE LA CELEBRACION DE TRATADOS; 4.10. CONSIDERACION FINAL.

4.1. COMPOSICION DE LOS ORGANOS DE DECISION

El simple hecho de que el futuro TNLC vincule a tres Estados obliga a que su MSC sea diferente.

Un primer aspecto interesante será determinar cuáles controversias son bilaterales y cuáles son trilaterales, porque de ello puede depender la composición del órgano de decisión. El problema se presenta cuando dos partes consideran que su controversia es bilateral, mientras la tercera considera que es trilateral. También puede darse el caso de que la tercera parte no considere estar involucrada en la controversia, pero sí tener un interés en ella. Por último puede darse el caso de que las tres

¹⁹⁷ Considerando que el FTA es el antecedente directo del TNLC y que los MSC de aquí se han probado efectivos e imparciales, se supone que los MSC del TNLC funcionarán de manera similar. No obstante, el TNLC tiene características especiales que deberán reflejarse en su MSC.

partes difieran sobre el carácter de la controversia, el rol que deban desempeñar en el procedimiento para su prevención o solución y los efectos que la decisión deba tener sobre cada una.

Puede simplemente considerarse que todas las controversias son trilaterales ya que, en realidad, la solución de toda controversia afecta, de alguna manera u otra, a todas las partes del tratado. En este caso, el órgano de decisión sería siempre de composición trilateral, independientemente de que sea una comisión administradora o un pánel arbitral.

Esta puede ser la opción más práctica porque evita el problema de decidir si una controversia es bilateral o trilateral. Otra ventaja es que fomenta la integración y unidad de criterios entre los tres países.

Muchos consideran que una experiencia del GATT es que debe evitarse la multilateralización de las controversias, porque contribuye a su politización. Si lo anterior es cierto, entonces se debe buscar un sistema para separar las controversias bilaterales de las trilaterales, para integrar el órgano de decisión de manera acorde. En este caso, siempre deberá darse oportunidad al tercer Estado para que presente su posición si lo considera necesario.

Parece recomendable que la comisión trabaje siempre trilateralmente, porque su trabajo es de órgano administrativo encargado del funcionamiento total e integral del TNLC. Si así es, entonces lo que podría variar, según si se trata de controversias bilaterales o trilaterales, sería la composición de los órganos de decisión que no sean la comisión.

El peligro es que exista la posibilidad de "bloquear" decisiones en la comisión, como sucede en el GATT. Lo anterior se resuelve si una controversia no resuelta en la comisión, pasa a un pánel arbitral cuya decisión es obligatoria sin necesidad de que sea adoptada por la comisión.

Se debe considerar si la trilateralidad implica también que en todas las Partes tengan derecho a defender su posición. Por un lado, si las tres Partes tienen derecho a intervenir en el procedimiento y manifestar su posición, la decisión puede ser obligatoria para cada una y tiene valor general como precedente. Por el otro, al existir este derecho, las Partes están prácticamente obligadas a defender cualquiera que sea su posición para evitar precedentes contrarios a sus intereses, aún cuando la controversia sea claramente entre las otras dos

Partes. Esto implica un gran gasto y probablemente mayor duración y complejidad del procedimiento.

En el GATT pueden participar en el procedimiento las partes contratantes con algún interés de substancia en la controversia. En caso de que no participen, pueden evitar que se sienten precedentes contrarios a sus intereses, votando en contra cuando el Consejo deba adoptar el reporte del pánel. Por esto es que en el GATT no ha sido posible eliminar la regla del consenso para adoptar resoluciones obligatorias, ni siquiera en casos en que la resolución sólo afecte de manera directa a dos partes contratantes.

4.2. LA ELECCION DEL FORO Y EL DERECHO APLICABLE

Los tres países son Partes Contratantes del GATT, con derecho de usar sus MSC. Además EUA y Canadá son partes del FTA, que aún no se sabe que relación guardar  respecto al TNLC, pero es posible que siga en vigor, por lo menos parcialmente. En consecuencia, se puede prever que surjan disputas comerciales entre México, Canadá y EUA que puedan ser resueltas en tres diferentes foros, el GATT, el FTA y el TNLC.

El problema es que la misma controversia o una similar pueda ser resuelta en dos o tres foros. De procedimientos

paralelos puedan emanar decisiones contradictorias. Un problema diferente, pero íntimamente relacionado con el anterior, será saber cuál es el derecho aplicable.

Una opción es que todas las controversias se resuelvan en un sólo foro. El único foro viable es el del TNLC porque el GATT tiene reglas diferentes a las del FTA y del TNLC y, el FTA aunque fuera modificado para dar cabida a México, seguiría teniendo reglas diferentes a las del TNLC.

En un foro único, establecido en el TNLC, se podrían aplicar las reglas de los tres tratados GATT, FTA y TNLC. Así, si en el TNLC se pacta que determinado tema se rige por las normas del GATT, entonces dichas normas serán las aplicables al MSC. Este sistema elimina la posibilidad de procedimientos paralelos, sin negar la coexistencia de los derechos y obligaciones de las partes conforme a los tres tratados.

En realidad es difícil aceptar la opción anterior porque implica renunciar al MSC del GATT para resolver controversias entre México, Canadá y EUA. Por ejemplo, al presentarse una controversia multilateral en la que estuvieran involucrados, por una parte EUA y otros países miembros del GATT y por otra, México y otros países del GATT, México y EUA quedarían marginados del procedimiento

en el GATT. El ejemplo también describe la dificultad del derecho aplicable, ya que puede ser que la acción de EUA o México sea congruente respecto al TNLC, pero no respecto al GATT, de manera que como partes del GATT tendrían derecho a hacer uso del MSC, pero como partes del TNLC no.

Lo anterior, muestra la complejidad de la cuestión del foro y del derecho aplicable. Existen varias opciones y es difícil saber cual es la mejor. Sin embargo, es posible evitar muchos problemas mediante la negociación de reglas en las que se señale claramente el derecho aplicable a cada tema. También será útil, en la medida de lo posible, señalar en que foro o foros se pueden resolver las controversias que surjan sobre cada materia que abarque el TNLC.

4.3. UNO O VARIOS MECANISMOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Desde ciertos puntos de vista puede ser conveniente que haya sólo un mecanismo general para la solución de todas las controversias derivadas de la aplicación o interpretación de las disposiciones del tratado. La necesidad de dos mecanismos en el FTA surgió cuando EUA y Canadá no pudieron negociar reglas comunes en materia de antidumping y derechos compensatorios, por lo que el

Capítulo 18 era inaplicable, pues no había reglas que aplicar e interpretar.¹⁹⁸

Por otra parte debe considerarse que la función de los MSC no es crear reglas en las materias objeto de controversia, sino aplicarlas y en caso de ser necesario interpretarlas para poder aplicarlas.

Por lo anterior, parece recomendable que México busque negociar principios y reglas comunes en todas las materias, evitando dejar lagunas que hagan necesarios mecanismos especiales para la solución de controversias.

4.4. ANTIDUMPING Y DERECHOS COMPENSATORIOS

Muchos expertos han recomendado que las leyes antidumping sean abrogadas y remplazadas por reglas comunes de competencia. De hecho, esta fue la posición original de Canadá al negociar el FTA. El argumento plantea que un área de libre comercio debe, en esencia, eliminar el interés de los exportadores por dumppear. Si las tarifas se reducen a cero, entonces no hay mercados separados o divisibles, por lo que competidores del país de importación podrían simplemente enviar los productos dumpeándolos de regreso en el país de origen. Algunos

¹⁹⁸ Cfr. Bello, J., Holmer, A. and Kelly, D. "Midterm Report on Binational Dispute Settlement Under the United States-Canada Free-Trade Agreement", *The International Lawyer*, V. 25, 2, p. 494.

tratados de libre comercio contienen la "cláusula boomerang" que garantiza el derecho de regresar cualquier bien exportado al país de origen.¹⁹⁹

En lo relativo al uso de subsidios y a la imposición de derechos compensatorios existen muchas propuestas para imponer una cierta disciplina en la materia. Se ha propuesto desarrollar un Código que sea aplicado por los órganos de gobierno competentes o establecer de plano un sistema binacional para regular el uso de subsidios a la manera de la CEE. También se debe considerar la posibilidad de integrar criterios conforme al Código de Subsidios del GATT.

El TNLC debe asegurar mayor predictibilidad y estabilidad en la aplicación de reglas antidumping y de derechos compensatorios. A largo plazo las únicas opciones válidas en el TNLC para eliminar de raíz el proteccionismo comercial son el establecimiento de un conjunto de reglas o de compromisos comunes en materia de dumping y de subsidios.

Por reglas se entiende, normas supranacionales establecidas en el texto del TNLC, es decir obligan a las Parte independientemente de su derecho interno. Los compromisos, en cambio, se refieren a obligaciones pactadas en el tratado mismo, de modificar o aplicar de

¹⁹⁹ cfr. A.J.I.L.....op.cit. nota 2, p. 123.

cierta manera leyes y reglas específicas, de manera que el derecho interno de los tres países sea compatible y fomente el libre comercio transparente. Así, al ser compatibles los tres ordenamientos jurídicos no son necesarias reglas supranacionales.

Esta tarea no es en absoluto fácil, dadas las profundas diferencias existentes entre los tres países, no tanto en lo relativo al dumping como en lo relativo a cuáles subsidios son aceptables y en qué circunstancias.

De no haber un acuerdo sobre reglas o compromisos comunes en estas materias, seguir una línea similar a la del Capítulo 19 del FTA, sería la mejor opción. No se debe considerar que esto será un logro automático tan solo porque el FTA ya tiene dicho sistema. En EUA existe descontento con el mecanismo, porque el estándar de revisión judicial canadiense es más estricto que el de Canadá y por lo tanto es más difícil que los estadounidenses que exportan a Canadá gocen de los beneficios del mecanismo. Además, México y Canadá no representan lo mismo para EUA, de manera que si EUA cedió frente a Canadá, no quiere decir que cederá frente a México.

Por otro lado, no se puede contar con el apoyo canadiense para lograr un mecanismo así, ya que ese país ya está

protegido por el Capítulo 19 del FTA, cuando menos hasta 1995.²⁰⁰

La posición de México puede compararse mejor con la de Israel. En el FTAEU-I las concesiones estadounidenses sólo llegaron a otorgar la prueba del daño, algo muy similar a lo que ya obtuvo México en el Entendimiento entre México y EUA en Materia de Subsidios e Impuestos Compensatorios de 1985,²⁰¹ mismo que establece la prueba del daño. Para México, este esquema no es suficiente, porque en poco garantiza la seguridad de sus productos en ese mercado.

Un mecanismo similar al del Capítulo 19 puede fomentar el desarrollo de principios y criterios comunes para los tres países. La revisión binacional afecta el proceso de decisión completo, desde el inicio de cada caso específico. Impulsa a las partes, particulares o gobiernos, a buscar un arreglo extrajudicial. Además, los órganos gubernamentales competentes considerarán con mayor disciplina cada caso y la manera de aplicar el derecho. Por último la tendencia será despolitizar las controversias comerciales y resolverlas mediante el derecho.

²⁰⁰ Surge la interrogante sobre la relación entre TMLC y FTA. Es probable que muchas disposiciones del FTA subsistan paralelamente a las del TMLC. Este puede ser el caso del Capítulo 19.

²⁰¹ D.O. 15/V/85.

Para México un sistema similar tendría beneficios concretos muy importantes. El costo de la apelación ya no sería impedimento para que los pequeños negocios e industrias persigan la revocación de una orden antidumping o de derechos compensatorios, porque sus puntos de vista podrán ser presentados por sus gobiernos ante un pánel binacional de revisión. Por otro lado se resuelve un problema práctico importante derivado de la lentitud con que se resuelven los casos en revisión judicial, ya que durante el proceso se depositan provisionalmente las cuotas compensatorias impuestas sobre el producto. Al ser la revisión por pánel binacional un procedimiento más rápido que el de revisión judicial se depositarán menos cuotas.

Ha sucedido en varias ocasiones que el Congreso de EUA ha modificado la legislación inmediatamente después de perder algún caso en foros internacionales, de manera que tenga los mismos efectos pero no contravenga formalmente los principios internacionales en la materia. El TNLC deberá proveer un medio para que cualquier cambio legislativo en materia de antidumping y de derechos compensatorios, que se tome o planee en un Estado, sea consultado con los otros Estados. Este mecanismo fomentará el perfeccionamiento y el desarrollo funcional

del TNLC, ya que mediante la revisión de proyectos de leyes, éstas tenderán a armonizarse.

Sin embargo, el Capítulo 19 o cualquier sistema similar, es un sistema híbrido de naturaleza sumamente delicada que sólo funcionará en la medida de que no se abuse en la frecuencia de uso del mecanismo. Debe subrayarse que su funcionamiento sólo podrá ser temporal, no tanto por así disponerlo el tratado sino por la esencia de las materias mismas.

El problema de la trilateralidad vuelve a presentarse en estas controversias. En casos de revisión de decisiones finales administrativas que impongan cuotas antidumping es difícil imaginar que haya controversias trilaterales propiamente dichas, porque éstas no se aplican genéricamente sobre todo el producto, sino específicamente contra la mercancía de un productor que se considera está compitiendo en forma desleal. Siendo así, aún cuando se considerara que el mismo producto está siendo dumpeado, se habrán seguido procedimientos diferentes, para imponerles la cuota antidumping.

Tampoco son factibles las controversias trilaterales por la imposición de una cuota compensatoria, ya que ésta se impone cuando un producto subsidiado por el gobierno de

un país causa daño material a la industria del país que la impone.

Sin embargo, la trilateralidad de los órganos de decisión en éstas controversias puede abrir canales de comunicación, aumentar el conocimiento de los tres sistemas jurídicos y facilitar la integración de principios comunes.

Siendo que las leyes normalmente son de carácter general, las controversias sobre medidas legislativas, tomadas o planeadas, que se consideren contrarias al objeto del TNLC, probablemente siempre serán trilaterales. Este sistema es clave para fomentar el acercamiento y armonización de las leyes nacionales y facilitar el desarrollo de reglas comunes. Por lo anterior, parece importante que las consultas a este respecto y el pánel de revisión de leyes sean siempre trilaterales.

4.5. ARBITRAJE OBLIGATORIO

En el FTA se necesita el común acuerdo de las Partes para someter una controversia al arbitraje obligatorio (excepto en salvaguardias), por eso se creó la figura del pánel de expertos, cuya constitución puede ser solicitada por una sola parte. Este sistema ha funcionado relativamente bien, pero en última instancia permite la

acción unilateral de las partes en la forma de represalia, lo cual siempre es contrario al libre comercio.

Puede ser que a México le convenga que la mayor cantidad de materias se sometan al arbitraje obligatorio. Las Partes estarán mayormente compelidas a cumplir decisiones arbitrales obligatorias. El incumplimiento de una resolución jurisdiccional obligatoria es políticamente más grave que el fracaso de negociaciones basadas en una recomendación (sistema de pánel de expertos del FTA).

Una fórmula innovativa de lograr lo anterior sería establecer una cláusula compromisoria por la que todas las controversias serán sometidas al arbitraje obligatorio, excepto cuando haya acuerdo de las partes en lo contrario.

4.6. SANCIONES

Las sanciones jurídicas aceptadas en los tratados de libre comercio que existen son básicamente la suspensión de beneficios y la denuncia del tratado. Ambas dejan mucho que desear, pero es difícil concebir otras posibilidades.

En el TNLC, el que México suspenda beneficios a EUA, sería probablemente contraproducente para el primero e irrisorio para el segundo. La denuncia del tratado sería también mucho más costosa para México. Por otro lado la aplicación de estas sanciones en contra de México sería dolorosísima para el país.

Si bien no se han podido encontrar otras opciones para sancionar el incumplimiento, en el TNLC podrán buscarse formas para asegurar que las sanciones sean equivalentes al daño causado por el incumplimiento. Se debe hacer hincapié en que el objetivo de todo MSC sea el retiro de cualquier medida que se considere contraria al tratado. En caso de no ser posible esto, debe buscarse la compensación.

La suspensión de beneficios sólo debe ser posible cuando exista incumplimiento de la resolución final del órgano de decisión. En este caso se puede buscar un mecanismo expedito, imparcial y justo para asegurar que la suspensión de beneficios sea equivalente al daño causado por el incumplimiento. Una posibilidad es que la suspensión de beneficios sea autorizada trilateralmente en lugar de ser un acto unilateral y discrecional.

La última opción y la única que tiene que ser unilateral es la denuncia del tratado.

4.7. VIGILANCIA

Pudiera ser conveniente establecer mecanismos de vigilancia para asegurar la pronta y adecuada implementación de las medidas ordenadas o recomendadas por el órgano de decisión en los MSC del TNLC. El FTA no contiene ninguna disposición a este respecto, sin embargo el GATT sí. Una primera posibilidad es dar estas facultades a la Comisión, la segunda es dar al propio pánel arbitral o de expertos dichas facultades.

4.8. LA CREACION DE UN TRIBUNAL PERMANENTE

Varios autores han propuesto que las dificultades particulares a que se enfrentará el MSC del TNLC, son mejor resueltas por un tribunal permanente. Es probable que un tribunal permanente podría manejar mejor las complejidades derivadas de existir tres jurisdicciones diferentes, tres idiomas diferentes y tres sistemas jurídicos diferentes.²⁰² También es cierto que un tribunal tripartito permanente dotado de plena independencia prevendría posibles decisiones contradictorias de paneles *ad hoc*.²⁰³

²⁰² Graham, William. "Dispute Resolution in the Canada/U.S. Free Trade Agreement: One Part of a Complex Relationship", (mimeógrafo) conferencia presentada en la Convención de la Unión Internacional de Abogados, Julio 1991, p. 52.

²⁰³ Cfr. Treviño, Julio C. "El arbitraje en el contexto del Tratado de Libre Comercio", Panorama...op. cit. nota 1, p. 60. Ver supra pp. 84 y 103.

Lo anterior es posible, sin embargo en un tratado de libre comercio no hay el grado de integración suficiente para que necesariamente se presenten dichos problemas. Por otro lado, un tribunal permanente representa un gasto económico muy alto para todos los países parte y puede sobrecargarse de trabajo, burocratizarse y perder su habilidad de resolver expeditamente las controversias que se le presenten. Además se pierden otras ventajas del arbitraje u otros procedimientos *ad hoc*, como es la posibilidad integrar un el Órgano de decisión ideal para cada controversia, posiblemente con expertos técnicos especialistas en la materia objeto de la controversia.²⁰⁴

4.9. LA LEY SOBRE LA CELEBRACION DE TRATADOS²⁰⁵

La posición de México en la negociación del TNLC y especialmente del tema de solución de controversias se ha fortalecido con esta recién promulgada ley. Ahora México no tiene impedimento para aceptar arbitrajes obligatorios, independientemente de que participen en ellos personas físicas o morales, privadas o públicas o la Federación misma. Esto permitirá a México exigir con mayor fuerza el arbitraje obligatorio.

Además se elimina cualquier duda sobre los alcances de la Cláusula Calvo consagrada en el Artículo 27, fracción I

²⁰⁴ Cfr. Díaz...op.cit. nota 47, pp. 13 y 14.

²⁰⁵ D.O. 02/1/92.

de la Constitución. La propia Cámara de Diputados en su dictamen sobre la Ley estableció que de ninguna manera puede pensarse que la sumisión a un mecanismo internacional para la solución de controversias legales es invocar la protección de un gobierno extranjero.²⁰⁶

4.10. CONSIDERACION FINAL

El mecanismo de solución de controversias del TNLC contribuirá a materializar un objetivo primordial para México, alcanzar el equilibrio en la relación trilateral norteamericana. El reto es que el triángulo sea equilátero.

²⁰⁶ Ley de Tratados, SRE, primera edición, 1992, p. 75.

C O N C L U S I O N

Se puede ver el mundo actual como uno en el que día a día las fronteras entre Estados pierden importancia, al erigirse otras más amplias, alrededor de bloques de naciones.

También puede verse como un mundo en secesión en el que las fronteras se multiplican, dando lugar a una insospechada infinidad de naciones.

En cualquiera de las dos perspectivas, el comercio internacional juega un rol central. Si el comercio es el hilo conductor de las relaciones internacionales, entonces los mecanismos para la solución de controversias en tratados comerciales son trascendentales.

En la primera perspectiva del mundo, dichos mecanismos juegan un doble papel. Por una parte, permiten la plena interacción entre los integrantes de cada bloque comercial. Por la otra, fomentan la cordialidad entre los diversos bloques.

En la segunda perspectiva, será necesario que cientos de naciones entablen relaciones comerciales sensatas para mantener niveles de vida decentes. Ante tal pluralidad de sujetos comercialmente activos, los mecanismos aludidos,

contribuirán a mantener la fluidez y estabilidad que el comercio necesita.

Ambas perspectivas enclavan en sus parámetros reales de funcionalidad a los mecanismos para la solución de controversias comerciales. Estos no garantizan la equidad y justicia entre las naciones, tan sólo son una herramienta que permite a las relaciones comerciales funcionar mejor dentro de sus propios contextos de existencia.

F U E N T E S P R I M A R I A S**TRATADOS**

Convención para el Arreglo Pacifico de Conflictos Internacionales: Adoptada en La Haya el 18/X/07, en vigor el 23/I/10.

Acta General para el Arreglo Pacifico de Diferencias Internacionales: Adoptada en Ginebra el 25/IX/28; Resolución sobre la Restitución de su Eficacia Inicial: Resolución 268 A (III) de la Asamblea General de la ONU de 28/IV/49.

Carta de la Organización de las Naciones Unidas (Carta ONU), firmada en San Francisco el 26/VI/45, ratificada el 7/XI/45, en vigor general 24/X/45 y en México el 7/XI/45, D.O. 17/X/45.

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT): Adoptado el 1/I/48.

Carta de la Organización Internacional de Comercio (Carta de la Habana): Adoptada el 24/III/48.

Tratado sobre la Solución Pacifica de Controversias (Pacto de Bogotá): Adoptado en Bogotá el 30/IV/48, ratificado por México 23/XI/48, en vigor 6/V/49.

Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del Hombre: Adoptada en Roma el 4/XI/50, en vigor el 3/IX/53.

Convención de la Asociación Europea de Libre Comercio: Adoptada el 20/XI/59, en vigor el 03/V/60.

Tratado que Establece una Zona de Libre Comercio e Instituye la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (Tratado de Montevideo): Adoptado en Montevideo el 18/II/60.

Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Nacionales de un Estado y Otros Estados: Adoptado el 18/III/65, en vigor el 14/X/66.

(GATT) Decisión que Establece un Procedimiento Especial para las Consultas Conformes al Artículo XXIII entre Partes Contratantes Desarrolladas y otras Menos Desarrolladas (1966).

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Adoptada en Viena el 23/V/69, ratificada por México el 25/IX/74, en vigor el 27/I/80, D.O. 14/II/75.

Acuerdo de Integración Subregional (Acuerdo de Cartagena): Adoptado en Bogotá el 26/V/69.

Convención Americana sobre Derechos Humanos: Adoptada en San José el 22/XI/69, en vigor 18/VII/78.

Reglamento de la Corte Internacional de Justicia: Adoptado 14/IV/78, en vigor 01/VII/78.

(GATT) Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT (Código Antidumping): Adoptado en Ginebra el 12/IV/79, D.O. 21/VI/88.

(GATT) Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación: Adoptado en Ginebra el 12/IV/79, D.O. 21/IV/88.

(GATT) Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio: Adoptado en Ginebra el 12/IV/79, D.O. 21/IV/88.

(GATT) Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT (Código de Valoración Aduanera): Adoptado en Ginebra el 12/IV/79, D.O. 25/IV/88.

(GATT) Acuerdo Relativo a la Interpretación y Aplicación de los Artículos VI, XVI y XXIII del GATT (Código de Subvenciones y Derechos Compensatorios): Adoptado en Ginebra el 12/IV/79.

(GATT) Tratado que Crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena: Adoptado en Cartagena el 28/V/79.

(GATT) Entendimiento Relativo a las Notificaciones, las Consultas, la Solución de Diferencias y la Vigilancia: Adoptado el 28/XI/79, Doc. No. L/4907.

Tratado de Montevideo de 1980 que Instituye la Asociación Latinoamericana de Integración: Adoptado en Montevideo el 12/VIII/80.

Acuerdos de Argelia: Firmados 19/I/81.

Convenio que Establece la Organización de Estados del Caribe Oriental: Adoptado en Basseterre, St. Kitts/Nevis el 18/VI/81.

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: Adoptada en Montego Bay el 10/XII/82, ratificada por México 18/III/83, no ha entrado en vigor, D.O. 1/VI/83.

Entendimiento entre México y los Estados Unidos de América en Materia de Subsidios e Impuestos Compensatorios: D.O. 15/V/85.

Protocolo de Adhesión de México al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio: Firmado en Ginebra, Suiza el 17/VII/86 y ratificado el 9/X/86.

Acuerdo de Libre Comercio entre EUA e Israel: 24 ILM 653 (1985).

Convención de Viena para la Protección del Ozono: Adoptada en Viena el 22/III/85, ratificada por México el 14/IX/87, en vigor 22/IX/88, D.O. 22/XII/87.

(GATT) Acuerdos de Media Ronda: Celebrados en Montreal en diciembre de 1988, adoptados en Ginebra en abril 1989.

Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y EUA: Adoptado el 2/I/88, en vigor 1/I/89.

"Code of Conduct for Procedures Under Chapters 18 and 19 (article 1910)": Publicado en "Canada Gazette (Part I, January 14, 1989, p. 96)".

"Rules of Procedure for Article 1904 Binational Panel Reviews": Publicadas en "Canada Gazette (Part I, January 14, 1989, p. 103; as amended by Canada Gazette Part I, December 23, 1989, p. 5398)".

Acuerdo de Complementación Económica entre México y Chile: Adoptado en Santiago el 22/IX/91, D.O. 23/XII/91.

[(GATT) Reporte Dunkell: Documento número MTN.TNC/W/FA, 20/XII/91 (proyecto que no ha sido adoptado por las PARTES CONTRATANTES).]

Acuerdos de Nueva York: Firmados el 31/XII/91.

LEYES MEXICANAS

Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Comercio Exterior (Ley de Comercio Exterior): D.O. 13/I/86.

Ley sobre la Celebración de Tratados: D.O. 02/I/92.

BIBLIOGRAFIALIBROS

Akehurst, Michael. A Modern Introduction to International Law, fifth edition (London, 1985).

Díaz, Luis M. Arbitraje: Privatización de la Justicia, primera edición (México: Editorial Themis, 1990).

Díaz, Luis M. Responsabilidad del Estado y Contaminación, primera edición (México: Editorial Porrúa, 1982).

Figueroa, Luis. Derecho Internacional, primera edición (México: Editorial Jus, 1991).

Hernández, César. Páneos para la Resolución de disputas Comerciales: Una Propuesta para el Acuerdo de Libre Comercio México-Estados Unidos (Tesis profesional, UNAM), 1991.

Patiño, Ruperto y Wither, Jorge. La Defensa Jurídica contra las Prácticas desleales de Comercio Internacional, primera edición (México: Editorial Porrúa, 1988).

Sears Vázquez, Modesto. Tratado General de la Organización Internacional, segunda edición (primera reimpresión) (México: Fondo de cultura Económica, 1985).

Sepúlveda, César. Derecho Internacional, décimo sexta edición (México: Editorial Porrúa, 1991).

Sepúlveda, César. El Sistema Interamericano, segunda edición (México: Editorial Porrúa, 1974).

Simmonds, Kenneth R. and Hill, Brian N.W. Law and Practice under the GATT, Oceana Publications (looseleaf), January 1988.

Székely, Alberto. Instrumentos Fundamentales de Derecho Internacional Público, segunda edición (México: UNAM, 1990).

Wither, Jorge. Códigos de Conducta Internacional del GATT Suscritos por México, primera edición (México, UNAM, 1988).

Zasora Stephen y Brand, R. Basic Documents of International Economic Law, CCH International, Chicago, 1990.

Zorrilla, Luis G. Los Casos de México en el Arbitraje Internacional, segunda edición (México: Editorial Porrúa, 1981).

Colección de Tratados Ratificados y Convenios Ejecutivos Celebrados por México, primera edición (México: SRE y H. Senado de la República).

Free Trade Law Reports, CCH International, Canadá, 1990, pp. 29,101 y 29,102.

Ley de Tratados, primera edición (México, SRE, 1992).

México: Relación de Tratados en Vigor, primera edición (México: Editorial Themis y SRE, 1991).

"Manual sobre el Arreglo Pacifico de las Controversias entre Estados", Anexo al Informe del Comité Especial de la Carta de las Naciones Unidas y del Fortalecimiento del Papel de la Organización (Doc. A/46/33).

Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio, primera edición (México: Universidad Iberoamericana, 1992).

Proyecto de Manual sobre el Arreglo Pacifico de las Controversias entre Estados, documento distribuido por la ONU bajo el número A/AC.182/L.68, p.29.

Understanding the Free Trade Agreement, first edition (Ottawa: Institute for Research in Public Policy, 1988).

ARTICULOS

Baker, S. y Battram, S. "The Canada-United States Free Trade Agreement", *The International Lawyer*, V. 23, No. 1.

Bello, Judith. Basic Documents of International Economic Law, (Introducción al texto del FTA). CCH International, Chicago, 1990, p. 353.

Bello, J. and Holmer, Alan F. "Settling Disputes in the GATT: The Past, Present and Future", *The International Lawyer*, Summer 1990, V. 24, No. 2.

Bello, Judith and Rowine M. "Introductory Note", 30 *International Legal Materials (ILM)* 1151 (1991).

Bello, Holmer, and Kelly D. "Midterm Report on Binational Dispute Settlement Under the United States-Canada Free-Trade Agreement", *The International Lawyer*, Summer 1991, V. 25, No. 2.

Brower, Charles and Davis, Mark. "The Iran-United States Claims Tribunal After Seven Years: A Retrospective View from the Inside", *The Arbitration Journal*, December 1988, Vol. 43, No. 4.

Caron, David. "The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution", *American Journal of International Law*, 1990, V. 84.

Dearden, Richard. "Antidumping and Countervailing Duty Provisions: Judicial Review by Binational Panels", Understanding the Free Trade Agreement, Institute for Research in Public Policy, 1988.

García Moreno, V. y Hernández, C. Hacia un Acuerdo de Libre Comercio México-Estados Unidos: Implicaciones Legales. (Ponencia presentada por el Dr. García M. en el Seminario de Análisis sobre los Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio México-Canadá-EUA en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM del 25/II/90 al 1/III/91.)

Graham, William. "Dispute Resolution in the Canada/U.S. Free Trade Agreement: One Part of a Complex Relationship", (mimeógrafo de la conferencia presentada en la Convención de la Unión Internacional de Abogados, Julio 1991).

Horlick, G. y Valentine, D. "Improvements on Trade Remedy Law and Procedures under the Canada-United States Free Trade Agreement", Understanding the Free Trade Agreement, Institute for Research in Public Policy, 1988.

Hudec, Robert E. "The FTA Provisions on Dispute Settlement: The Lessons of the GATT Experience", Understanding the Free Trade Agreement, Institute for Research in Public Policy, 1988.

Ingersoll, Shaun A. "Current Efficacy of the GATT Dispute Settlement Process", Texas International Law Journal, 1986, V. 22.

Legault, L.H. "Institutions and Dispute Settlement Procedures under the Canada-U.S. Free Trade Agreement", Understanding the Free Trade Agreement, Institute for Research in Public Policy, 1988.

Schwebel, Stephen. "Arbitration and the Exhaustion of Local Remedies Revisited", The International Lawyer, Winter 1989, V. 23, No. 4.

Siqueiros, José L. "La resolución de controversias en el Tratado Trilateral de Libre Comercio entre México, Estados Unidos de América y Canadá", Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio, Universidad Iberoamericana, 1992.

Steger, Debra P. "The Dispute Settlement Mechanism of the Canada-U.S. Free Trade Agreement: Comparison with the Existing System", Understanding the Free Trade Agreement, Institute for Research in Public Policy, 1988.

Steger, Debra P. "Canada-U.S. Free Trade Agreement: Breaking New Ground" (proyecto), 1990. (Documento repartido para la ponencia de la autora durante el Seminario de Análisis sobre los Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio México-Canadá-EUA en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM del 25/II/90 al 1/III/91.)

Traviño, Julio C. "El arbitraje en el contexto del Tratado de Libre Comercio", Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio, Universidad Iberoamericana, 1992.

"The Settlement of Disputes under the 1989 Canada- United States Free Trade Agreement," American Journal of International Law, January 1989, V. 83, No. 1.

27. "Mr. Behind-the-Scenes", TIME International, 6/XII/91, No. 50, p.

13. "Giving Peace a Chance", TIME International, 13/I/92, No. 2, p.