



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**“ANALISIS COMPARATIVO DEL CAPITULO XX DEL
TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL
NORTE Y EL ORGANO DE SOLUCION DE
CONTROVERSIAS DE LA ORGANIZACION MUNDIAL
DEL COMERCIO”**

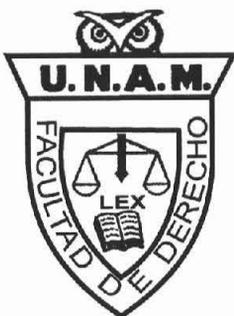
TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

MARIA ITZEL AHEDO GONZALEZ

ASESOR: DR. RUPERTO PATIÑO MANFFER



MEXICO, D. F.

2005

m344476



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE ESTUDIOS SOBRE
EL COMERCIO EXTERIOR**

OFICIO APROBATORIO No. L. 06/2005.

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIÉRREZ
Director General de Administración
Escolar de la UNAM
PRESENTE

Distinguido señor Director:

Me permito informarle que la tesis para optar por el título de licenciatura, elaborada por la pasante en Derecho **MARÍA ITZEL AHEDO GONZÁLEZ** con el número de cuenta **094188136** en este Seminario, bajo la dirección del **DR. RUPERTO PATIÑO MANFFER** denominada "**ANÁLISIS COMPARATIVO DEL CAPÍTULO XX DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE Y EL ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO**" satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con fundamento en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado de esta Universidad.

La interesada deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, D.F., a 22 de abril de 2005.


MTRO. ALFONSO MUÑOZ DE COTE GÓTERO

Director del Seminario


**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
ESTUDIOS SOBRE EL
COMERCIO EXTERIOR**

Agradecimientos

A Dios, gracias Señor por permitir que hoy concluya uno de los más grandes retos de mi vida. Gracias por brindarme la bendición de compartir éste momento con las personas que más amo.

A mi madre, Carmen, gracias a tu apoyo, perseverancia, esfuerzo, amor y confianza, por cada momento que has estado a mi lado brindándome un buen consejo y tu incondicional apoyo. Por apoyarme en todos mis sueños, que día a día intento alcanzar.

A mi esposo, David, por estar siempre a mi lado, por ser mi gran compañero en el largo y difícil camino de la vida. Por alentarme en los momentos de felicidad y por consolarme y aconsejarme en los momentos de tristeza.

A mis hermanos, Nydia, Fernando y Ana por todo su apoyo y comprensión, creo que al compartir y superar las pruebas que nos ha puesto Dios, nos hemos unido más como familia.

A mi asesor, Dr. Ruperto Patiño Manffer, por la oportunidad que me ofreció de llevar a cabo este proyecto de tesis, así como por la motivación y generosidad que me proporcionó a lo largo de este tiempo.

A mi Alma Mater, la Universidad Nacional Autónoma de México y a cada uno de los catedráticos estudiosos del Derecho que dedican gran parte de su vida a la trascendental tarea de formar abogados comprometidos con su país.

A todas las personas que contribuyeron directa e indirectamente en la realización de éste trabajo.

A todos ustedes, mi cariño y gratitud.

**ANÁLISIS COMPARATIVO DEL CAPÍTULO XX DEL TRATADO DE
LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE Y EL ÓRGANO DE SOLUCIÓN
DE CONTROVERSIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO**

INTRODUCCIÓN	5
CAPITULO I. FORMAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	11
1.1 Formas de solución de controversias	11
1.1.1 Concepto de controversia o litigio	11
1.1.2 Autotutela.....	12
1.1.3 Autocomposición	13
1.1.4 Heterocomposición	13
1.2 Justicia impartida por el Estado	14
1.2.1 Concepto de Jurisdicción	15
1.2.2 Problemática e Ineficiencia del Estado para Resolver en la Actualidad cierto tipo de Controversias	16
1.3 Medios alternativos de solución de controversias	19
1.3.1 Concepto de Medios Alternativos de Solución de Controversias.....	19
1.4 Algunos medios alternativos de resolución de controversias.	22
1.4.1 Mediación	22
1.4.2 Conciliación	25
1.4.3 Transacción.....	27
CAPITULO II. SOLUCIÓN PACIFICA DE CONTROVERSIAS INTERNACIONALES	29
2.1 Evolución histórica de los medios pacíficos de solución de controversias internacionales	29
2.2 Principio de Solución Pacífica de Controversias. La Organización de las Naciones Unidas	31
2.3 La Organización de los Estados Americanos.....	34

2.4 Distintos métodos para la solución pacífica de controversias internacionales	36
2.4.1 Negociación y Consultas.....	39
2.4.2 Investigación	42
2.4.3 Buenos Oficios.....	44
2.4.4 Mediación	45
2.4.5 Conciliación	46
2.4.6 Arbitraje	48
2.4.7 El Arreglo Judicial	54

CAPITULO III. CAPÍTULO XX DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE..... 61

3.1 Antecedentes	61
3.2 Algunos aspectos generales del Tratado de Libre Comercio de América del Norte	64
3.3 Aspectos generales de la solución de controversias del Tratado de Libre Comercio de América del Norte	68
3.3.1 Método de remisión a otros acuerdos	69
3.3.2 Método de Consultas.....	69
3.3.3 Procedimientos de impugnación internos	70
3.3.4 Mecanismos específicos para la solución de controversias	71
3.4 Análisis del Capítulo XX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte:	
Disposiciones Institucionales y Procedimientos para la Solución de Controversias	78
3.4.1 Instituciones	79
3.4.2 Solución de Controversias	81
1. Consultas entre las Partes.....	84
2. Buenos oficios, conciliación y mediación de la Comisión	84
3. Principio de Unicidad de las Controversias y Participación de las Partes	86
4. Inicio del procedimiento ante los paneles	87
5. Integración de los paneles por selección cruzada	88
6. Las reglas modelo de procedimiento y acta de misión	89
7. Expertos y comités de revisión científica	90

8. El informe preliminar del panel	91
9. La determinación final del panel.....	91
10. Ejecución de la determinación final.....	92
11. Incumplimiento y suspensión de beneficios	92
3.4.3 Procedimientos Internos y Solución de Controversias Comerciales Privadas.	93
3.5 Casos prácticos.....	94

CAPITULO IV. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC) Y SU ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS 116

4.1 La evolución del sistema de solución de controversias desde el GATT de 1947.	116
4.1.1 El GATT 1947	118
4.1.2 La evolución del sistema de solución de diferencias bajo el GATT 1947.....	121
4.2 Estructura y funciones de la Organización Mundial del Comercio	126
4.2.1. Funciones de la Organización Mundial del Comercio.....	130
4.2.2 Estructura, toma de decisiones, adhesión y denuncia en la OMC	131
4.3 Procedimiento de solución de controversias de acuerdo al Entendimiento sobre la Solución de Diferencias	136
4.3.1. Métodos diplomáticos para la solución de diferencias	142
A) Consultas entre los Miembros	142
B) Buenos oficios, conciliación y mediación del Director General.....	145
4.3.2 Grupos Especiales del Entendimiento sobre la Solución de Diferencias	146
A) Establecimiento de Grupos Especiales	146
B) Mandato de los Grupos Especiales	147
C) Composición de los Grupos Especiales	148
D) Procedimiento aplicable en caso de pluralidad de partes reclamantes	150
E) Terceros	151
F) Función de los Grupos Especiales.....	151
G) Procedimiento de los Grupos Especiales.....	152
H) Derecho a recabar información y confidencialidad	154
I) Etapa intermedia de reexamen	155
J) Adopción de los informes de los Grupos Especiales	156

4.3.3 El Órgano Permanente de Apelación y la apelación de los informes	158
A) Órgano Permanente de Apelación	158
B) Procedimiento del examen en apelación.....	160
C) Adopción de los informes del Órgano de Apelación.....	161
D) Comunicaciones con el Grupo Especial o el Órgano de Apelación	162
E) Recomendaciones de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación.....	162
F) Marco temporal de las decisiones del OSD.....	163
4.3.4 Vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resolución	163
4.3.5 Compensación y suspensión de concesiones	165
4.3.6 Arbitraje	168
4.4 Casos prácticos.....	169
CONCLUSIONES.....	174
BIBLIOGRAFÍA.....	183

INTRODUCCIÓN

La globalización del comercio y en general, de todo el sistema económico mundial y los avances tecnológicos en materia de telecomunicaciones, han provocado un cambio cualitativo en las relaciones entre Estados. Asimismo, el fin de la Guerra Fría significó que las relaciones internacionales dejaran de ser regidas por el poderío nuclear para dar paso al poderío económico. Lo anterior se ha manifestado con la creación de alianzas económicas regionales que han evolucionado en zonas de libre comercio o en mercados comunes. En ésta época la fuerza económica dicta el balance de poder y tiene gran influencia en las relaciones entre los Estados. Al mismo tiempo, las relaciones entre los países se han tornado mucho más delicadas, toda vez que una controversia comercial entre dos Estados puede afectar el equilibrio del sistema de comercio internacional y, por lo tanto, las economías de diversos Estados alrededor del mundo. Ante esta realidad, ha sido necesario idear, dentro del Derecho Internacional, sistemas de solución pacífica de controversias que brinden seguridad jurídica a todos los Estados en base a una serie de principios conexos como son la igualdad soberana de los Estados y por ende, la libre elección de los medios para dirimir sus diferencias; la abstención de los Estados a recurrir a la fuerza o a la amenaza de su uso; la no intervención y el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas por los Estados, entre otros.

La comunidad internacional ya posee todos los mecanismos para la solución pacífica de controversias que pueda necesitar. El problema no está en encontrar nuevos métodos para resolver disputas entre Estados, el verdadero problema se encuentra en la falta de voluntad política para hacer uso de ellos. Tradicionalmente se ha pensado que un país pierde soberanía al someter una controversia de la que es parte a un tribunal internacional. Sin embargo, es precisamente al aceptar pertenecer a un tratado o acuerdo internacional cuando un país hace uso de su soberanía y confirma su convicción de formar parte de

un sistema jurídico internacional basado en normas y procedimientos claramente definidos. Cualquier temor del pasado pierde su fundamento ante la existencia de acuerdos y procedimientos internacionales que ofrecen claridad y transparencia, así como certeza y seguridad jurídica.

Por lo tanto, si bien es cierto que no es necesario explorar nuevos mecanismos, si debemos mejorar el funcionamiento de los ya existentes. Dicha mejora puede adoptarse de dos maneras. La primera es reevaluar la posición de los Estados en relación con la necesidad de que las partes den su consentimiento como condición para recurrir a un procedimiento internacional para la solución de controversias. Esta propuesta no es nueva; desde la época en que se estableció la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1920 y, de nuevo, en 1945 cuando se elaboró el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, se propuso un sistema de jurisdicción obligatoria. Sin embargo, esta propuesta nunca se discutió con mucha seriedad y fue rechazada ya que, hasta ese momento, todos los conflictos internacionales en cuya solución hubiese participado una tercera persona, habían sido sometidos por las partes con su consentimiento específico para ese caso en especial.

La necesidad del consentimiento de un Estado para someterse a un procedimiento internacional tiene su razón de ser en la renuencia de los Estados a someter una controversia ante una tercera persona para su solución. Desde el siglo XVIII se ha sostenido que existen ciertas controversias internacionales que por su importancia no son susceptibles de arreglo jurídico ni pueden ser sometidas a la decisión de terceras partes. Esta idea evolucionó hasta finales del siglo XIX, cuando surgieron los primeros mecanismos para la solución pacífica de controversias y entonces se desarrolló la teoría, aún sostenida, por algunos académicos y estadistas, que existen controversias políticas que no pueden resolverse por medios legales. Por lo tanto, cuando surgieron los primeros pactos de arbitraje, los Estados excluían de éste método un gran número de controversias sobre la base que la resolución podría afectar sus "intereses

vitales", "honor nacional", "independencia" o "jurisdicción doméstica". De esta manera, los Estados se negaban a arreglar una controversia, aún cuando eran parte de tratados y conferencias específicas para la solución pacífica de controversias internacionales, alegando que una disputa determinada era política, es decir, relacionada con intereses y no con derecho.

La distinción entre una controversia "política" y una "legal" resulta difícil de sostener en la práctica, toda vez que en el ámbito internacional los factores de una situación y las influencias de los Estados son tan complicadas que la mayoría de las controversias tienen elementos políticos y legales. En la actualidad, es generalmente aceptado que toda controversia entre Estados puede ser resuelta en base al Derecho Internacional, ya sea por medio de convenciones o tratados internacionales, de la costumbre internacional o de principios generales del derecho. Por lo tanto, si una controversia tiene tintes prominentemente políticos, ésta se podrá resolver a través de una negociación, buenos oficios, mediación o conciliación o podrá ser sometida al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, a la Corte Internacional de Justicia o a otras cortes regionales o tribunales especializados. De la misma manera, si la controversia surge como consecuencia de la aplicación de un tratado internacional, ésta puede ser sometida a un arreglo en base al procedimiento establecido en el mismo tratado para la solución de controversias o si no existe dicho procedimiento, al arbitraje o a un procedimiento judicial ante los tribunales antes mencionados.

De ésta suerte, la diferencia entre una controversia legal y una controversia política no radica en su propia naturaleza. Radica, más bien, en el procedimiento que se utilice para resolverla. Así, de someterse la disputa, por ejemplo, a la Corte Internacional de Justicia, se estará en presencia de una controversia jurídica. Si, por el contrario, las partes acuerdan someterla al Consejo de Seguridad, el asunto será de índole política.

Como se puede observar, los tiempos han cambiado y la situación es otra. A pesar de que los Estados siguen postulando la necesidad de consentimiento para someter una controversia a la decisión de una tercera persona, en estricto sentido el concepto de consentimiento como se entendía a principios de ese siglo se ha ido "relajando". Si bien es cierto que aún es necesario el consentimiento de las partes para someter controversias ante la Corte Internacional de Justicia en cada caso en específico también es cierto que, con la llamada cláusula opcional, los Estados se comprometen a aceptar la jurisdicción de la Corte, o a través de una declaración reconociendo *ipso facto* su competencia. En años recientes ha habido una proliferación de organismos e instituciones alternas para la solución pacífica de controversias. Como consecuencia de lo anterior, durante las últimas dos décadas los Estados partes en tratados comerciales han acordado el sometimiento obligatorio de controversias derivadas de dichos tratados a mecanismos para la solución pacífica de controversias como lo son la negociación, conciliación, buenos oficios, mediación y arbitraje.

Es en ésta área donde existe una segunda opción para mejorar los mecanismos de solución de controversias. Entre las razones para el surgimiento de dichas alternativas encontramos la opción del arbitraje como método institucional, la necesidad de tener tribunales especializados por materia y la desconfianza de algunos Estados a someter controversias a un tribunal en el cual no está directamente representado.

Cualquiera que sea la razón, lo cierto es que al llegar al fin del siglo XX, la globalización de las relaciones internacionales es cada vez más obvia y lo mismo sucede con la interdependencia de los países. Reconociendo el hecho que una crisis entre dos Estados puede perturbar la armonía mundial, los Estados son cada vez más partidarios de la existencia de y el sometimiento a métodos para la solución pacífica de controversias que ofrezcan certidumbre, legitimidad y eficacia. Si tomamos como base esta nueva actitud de los Estados

frente a dichos métodos y nos abocamos a promover una mejoría en la manera en que los Estados tienen acceso a los tribunales internacionales, en la composición de éstos, en la posibilidad de desarrollar un procedimiento de apelación internacional y en la inclusión del principio de equidad en la adjudicación judicial, obtendremos sistemas para la solución pacífica de controversias realmente efectivos y vinculatorios, brindando así mayor seguridad jurídica en el Derecho Internacional.

En un momento histórico donde la globalización es innegable e irreversible, un país que se niegue a participar en dicha globalización quedará en unos cuantos años alienado de la economía mundial y las pérdidas probablemente serán irreparables. Por supuesto, queda claro que lo anterior significa pertenecer a tratados y acuerdos comerciales internacionales y someterse sin aprehensión a sus procedimientos de solución de controversias. Si la negociación bilateral, siendo el método más útil para resolver las diferencias tanto entre personas como entre Estados, no concluye en la solución del problema, entonces parece lógico recurrir a una tercera persona, sea ésta un tribunal, un organismo especializado, otro Estado o un individuo de reconocida solvencia moral, para encontrar la solución.

Lo anterior se ilustra con la inclusión de mecanismos exhaustivos para la solución de controversias en dos principales acuerdos comerciales, uno a nivel mundial y otro a nivel regional, a saber: el Acuerdo sobre la OMC, firmado en abril de 1994 y en vigor a partir de enero de 1995, por el que se crea la Organización Mundial de Comercio y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, vigente desde 1994. Estos dos mecanismos serán objeto de análisis en el presente trabajo, toda vez que presentan, en mi opinión, las opciones mejor elaboradas y son claros ejemplos de la voluntad de todos los países para resolver pacíficamente sus diferencias comerciales, obligándose *a priori* a someter cualquier problema en un procedimiento determinado y a cumplir con la

resolución derivada del mismo. Caso contrario, el Estado que incumpla dejará de ser acreedor a los beneficios de cualquiera de los dos acuerdos comerciales.

Por último, con el ánimo de establecer un contraste histórico notable, quisiera referirme muy brevemente a la experiencia mexicana en la solución de controversias internacionales.

Como ya se ha expuesto, las condiciones han cambiado y los mecanismos para la resolución de controversias han sido mejorados y continúan siendo mejorados. El Derecho Internacional ha evolucionado de una manera sorprendente y ahora ofrece mayor seguridad jurídica a todos los miembros de la comunidad internacional. La existencia de la Organización de las Naciones Unidas y de otros organismos regionales, así como de múltiples tribunales generales, regionales y especializados para la solución de controversias internacionales hace pensar que los intereses mexicanos se encuentran protegidos y que cualquier conflicto en que México se vea involucrado será resuelto de manera equitativa.

De la misma manera, se ha hecho evidente que el comercio mundial rige las relaciones entre los países y que vivimos en un mundo interrelacionado donde es cada vez más importante pertenecer a alguno de los principales bloques económicos. México de ninguna manera se ha quedado atrás en la globalización del comercio, siendo miembro fundador de la Organización Mundial de Comercio y parte del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Ambos organismos prevén mecanismos muy detallados para la solución de controversias y dan amplia seguridad jurídica para la solución de un conflicto comercial, protegiendo en todo momento los intereses de nuestro país, al menos formalmente y bajo el supuesto de que las partes involucradas cumplen con las obligaciones contraídas en los tratados correspondientes.

CAPITULO I. FORMAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

1.1 Formas de solución de controversias

Cuando el hombre comienza a vivir en sociedad, aparece ante él la idea de conflicto, ya que un mismo bien, deseado por él con exclusividad, servirá a su vez para compartir los intereses de otro u otros, que de igual forma lo quieren excluyentemente. En virtud de ello, esta persona buscará someter su propia voluntad a las demás voluntades. En términos de Carneluti estaremos hablando de pretensiones, es decir "...la exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio".¹

Los métodos empleados para conseguir esa subordinación van desde la utilización de la violencia, hasta la solución pacífica del choque de intereses a través de distintos caminos. A continuación precisaremos y estableceremos cuáles son esas distintas formas que para la resolución de controversias se presentan.

1.1.1 Concepto de controversia o litigio

Para Carneluti, el litigio, es el conflicto de intereses calificados por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro. Por su parte Alcalá Zamora y Castillo, define al litigio como el conflicto jurídicamente trascendente, que constituya el punto de partida o causa determinante de un proceso, de una autocomposición o de una autodefensa.

¹ GOMEZ LARA; Cipriano. Teoría General del Proceso. Editorial Harla. Octava Edición. México, 1990. P. 6

Por controversia se entiende un debate, una discusión, una disputa o bien una contienda.²

Así, se tiene que para lograr la satisfacción de nuestras pretensiones, sobre las ajenas que son contrarias, se tienen diferentes caminos, que sin embargo, desembocan todos ellos en el mismo punto: la resolución de la controversia planteada.

Uno de estos caminos es el proceso seguido ante los órganos jurisdiccionales del Estado, que no excluye en lo absoluto (en materias que no tengan que ver con el orden público) a otras instancias, tales como la mediación, la conciliación o el arbitraje.

Para enmarcar en una clasificación general las instancias resolutorias mencionadas en el párrafo anterior, fijar la importancia de la intervención o no de un tercero en la solución de la contienda, así como facilitar nuestro estudio, nos serviremos de las formulaciones realizadas por Alcalá y Zamora en su obra "Proceso, autocomposición y autodefensa"³, que explicaremos a continuación:

1.1.2 Autotutela

La autotutela o autodefensa es la forma más antigua de resolución de controversias, se presenta en los orígenes de las sociedades y se caracteriza por los métodos primitivos y egoístas que predominan para lograr la satisfacción de los intereses propios sobre los ajenos. En ella, más que salir la verdad o la justicia a relucir, lo que predomina es la ley del más fuerte, la habilidad del más inteligente o bien la destreza o astucia de alguna de las partes para terminar imponiendo su solución.

² GARCIA PELAYO y GROSS, Ramón. Pequeño Larousse Ilustrado. Ediciones Larousse. 1991. P. 271

³ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO; Niceto. Proceso, autocomposición y autodefensa. UNAM. Segunda Edición. México, 1970. Pp. 17 y 18

Se puede decir que nos encontramos ante una fórmula que actualmente el Derecho Mexicano todavía la reconoce y permite, en ciertos casos extremos y contados. Así pues, es un medio de defensa legítimo, dado que está debidamente regulado en la ley. Como ejemplos, tenemos la legítima defensa regulada por el artículo 15 fracciones III y IV del Código Penal, también la defensa del honor, reconocida por el mismo ordenamiento en sus artículos 310 y 311, o bien el corte de ramas y raíces provenientes del predio contiguo, que señala el Código Civil en su artículo 848.

Estos son tan sólo algunos de los ejemplos en los que subsiste esta figura, pero en las cuales es evidente las condiciones que dan lugar a una tolerancia por parte del legislador.

1.1.3 Autocomposición

La autocomposición es, sin duda alguna, una forma más civilizada de resolver las controversias y que se presenta con la evolución misma del hombre hacia un estadio más avanzado de cultura. Aquí serán las propias partes en conflicto quienes den solución a éste, de una manera más racional, ya sea en forma bilateral pactando (transacción), o en forma unilateral, renunciando a las pretensiones (desistimiento) o bien reconociendo las pretensiones de la contraria (allanamiento).

1.1.4 Heterocomposición

La heterocomposición es definitivamente la forma más evolucionada para dar solución a las constantes controversias presentadas entre los miembros de la sociedad. Su nota característica es que se tendrá la participación de un tercero, ajeno e imparcial al conflicto, que puede ser denominado de diversas maneras.

Por lo tanto, en primer término podemos mencionar la presencia de un tercero al que recurren las partes para oír su opinión y que de forma amigable éste, buscará avenirlos. A esta figura se le ha denominado como amigable componedor, y para algunos viene a ser actualmente la figura del conciliador o del mediador. Su opinión no es vinculatoria para las partes, pero lo que le da fuerza a su parecer es la propia voluntad de las partes para acatarla. Aquí el tercero no impone su solución, sino simplemente coadyuva a que las partes encuentren la misma, por ello se les ha clasificado también como métodos de autocomposición indirecta.

Con el paso del tiempo, surge el pacto anticipado de las partes, para acatar la resolución emitida por un tercero que dirige la controversia. Esta figura se conoce actualmente como arbitraje, y se refiere a la solución de un litigio mediante un procedimiento seguido ante un juzgador no estatal, sino de carácter privado, llamado "árbitro", que pondrá fin al conflicto mediante el laudo, o lo que es lo mismo, del fallo final emitido por éste.

La última forma, que surge con carácter ya institucional, fue el proceso jurisdiccional. Este permitirá la resolución del conflicto con carácter vinculatorio, por el órgano encargado para tal efecto por el Estado y contará con facultades coactivas para imponer su resolución a la parte condenada. Sus características se mencionarán en el siguiente apartado.

1.2 Justicia impartida por el Estado

Una de las principales consecuencias del surgimiento del Estado moderno, y de los nacionalismos, fue que la función jurisdiccional se monopolizó en favor del Estado. Con ello se fueron terminando las fórmulas autocompositivas y heterocompositivas sin carácter institucional, de resolución de controversias, que en la época feudal tanta importancia tuvieran.

En el plano internacional se llevó al extremo el concepto de soberanía, por lo que el Estado no permitía la intromisión de opinión alguna que no fuera la justicia por él mismo impartida. Con ello, la importancia de los consulados, del *ius mercatorum* y del derecho de los comerciantes de arreglar sus conflictos de acuerdo a las prácticas comerciales, se vieron seriamente lesionados.

1.2.1 Concepto de Jurisdicción

El término jurisdicción proviene de dos palabras latinas, a saber: *jus*, que significa derecho y *dicere*, que significa decir, o sea "decir el derecho".⁴ Existen diferentes acepciones respecto de él; por lo que partimos de dos definiciones distintas, para englobar todos sus aspectos.

La primera de ellas la ofrece el maestro Gómez Lara: "jurisdicción es la función soberana del Estado realizada a través de una serie de actos que están proyectados o encaminados a la solución de un litigio o controversia, mediante la aplicación de una ley general a ese caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo".⁵

La segunda de ellas, es la propuesta por José Becerra Bautista: "jurisdicción es la facultad de decidir, con fuerza vinculativa para las partes una determinada situación jurídica controvertida".⁶

De las definiciones anteriores podemos concluir que la jurisdicción se concreta a tres funciones básicas:

- a) El conocimiento de la controversia (*notio*).
- b) La facultad de decidirlo (*juditium*).
- c) La potestad para ejecutar lo sentenciado (*executio*).

⁴ BECERRA BAUTISTA, José. El proceso civil en México. Editorial Porrúa. México, 1992. P. 5

⁵ GOMEZ LARA, Cipriano. Op. Cit. P. 121

⁶ BECERRA BAUTISTA, José. Op. Cit. P. 5

La facultad de decidir una situación controvertida corresponde al Estado, por cuyo imperium, se resuelve la contienda. Los efectos de la sentencia dictada por él (a través de los jueces) vinculan a las partes, de tal suerte que si no se cumple con ella, se aplicará la coacción para poder restablecer la vigencia de la norma abstracta, violada o desconocida por alguna de las partes. El uso de la palabra partes, alude a la existencia de sujetos “capaces”, titulares de derechos y obligaciones que están contravirtiendo alguna pretensión.

Se hace evidente que el proceso jurisdiccional es insustituible en la actualidad para ciertas materias en las cuales el Estado o la sociedad tienen un interés especial. Tal es el uso del proceso penal, de controversias del orden familiar, cuestiones del estado civil de las personas, o bien en materia de divorcio por citar algunas de ellas, sin que por ello se hagan obsoletos los medios alternativos propuestos.

1.2.2 Problemática e Ineficiencia del Estado para Resolver en la Actualidad cierto tipo de Controversias

A continuación se enumera la exposición de algunos de los problemas que presenta el Estado en la actualidad para resolver algunas controversias:

- 1) La legislación en muchas ocasiones se presenta en la actualidad como fuera de época, en tanto que los avances tecnológicos, de las ciencias y del comercio mismo, siempre están presentando nuevas tónicas. Es innegable que se aprecia un serio atraso en los conocimientos adquiridos por los integrantes del poder jurisdiccional, en cuanto hace a estos avances tan vertiginosos e importantes, lo que trae como consecuencia, un serio desfase entre los avances y los conocimientos adquiridos por ellos.

- 2) La formación exegética y conservadora de muchos de los jueces los ha llevado por senderos de fórmulas jurídicas (formulismos) y a actuaciones mecánicas. Son jueces que atienden más a la ley y a la voluntad del legislador, que a los intereses de las partes involucradas en el litigio. Además, se presentan en muchos casos de gran envergadura, problemas de índole político, pues los jueces no deciden en base a la litis, sino que al no poder desprenderse de su carácter de funcionarios del Estado deciden en favor de éste.

- 3) Uno de los mayores problemas es la burocratización que sufren los tribunales judiciales, e íntimamente relacionado con ello, está la carencia impresionante de automatización de procesos básicos; reflejadas en situaciones tales como el control de archivos, de expedientes registrados, de las etapas en que éstos se encuentran, por citar algunos ejemplos, con lo cual, trabajo que pudiera ser desarrollado rápidamente, tiene que salir por etapas sumamente lentas debido a estos viejos métodos. El excesivo y complicado papeleo, hace que el plazo normal de un proceso se cuente por años, lo cual es contrario a los principios regidores del proceso.

- 4) Al amparo de la norma, según la cual el proceso jurisdiccional estatal debe ser público y carente de confidencialidad, se ha llegado al extremo de la publicación de las actuaciones, con profusa difusión del acontecer judicial, lo que pone en peligro secretos industriales que son confiados a las autoridades jurisdiccionales, así como el nombre de las empresas con problemas meramente transitorios.

- 5) Por otro lado, a nivel externo, inmersos como estamos en los procesos de globalización y con una economía cada vez más internacionalizada,

se hace necesaria una legislación más uniforme entre los diversos países, sobretodo en aquellos que tienen un gran intercambio de productos y servicios. Además, cuando se está en este terreno de los contratos celebrados por partes de distintos países, recurrir a los tradicionales tribunales judiciales de los Estados, muchas veces no resulta operante dada la desconfianza de las partes por litigar en el tribunal del país del contrario, o bien, porque muchas veces son varias las partes, con lo que se entreteje una verdadera telaraña de nacionalidades y, por consiguiente, de órganos jurisdiccionales. Por ello, y a pesar de existir reglas de Derecho Internacional, pensar en un tribunal internacional, trae dos problemas fundamentalmente. El primero es de índole política toda vez que, existe una falsa concepción de "soberanía vulnerada", y el segundo es de carácter "psicológico o anímico", pues las partes de un contrato desconfían de los actos que se realizan en otro Estado para resolver sus propias pretensiones litigiosas.

Así vemos que son varios los factores que hacen que el Poder Judicial en la actualidad no sea muchas veces el mejor método al cual acudir para la resolución de cierto tipo de conflictos, que por su naturaleza requieren celeridad y confidencialidad en su resolución.

Es un hecho que hay que buscar soluciones eficaces a la conflictiva comercial. Por ello, adoptar medidas paralelas y alternativas al proceso jurisdiccional hará, que en largo plazo, todos resulten beneficiados. La judicatura lo hará, porque podrá ver disminuido su absurdo volumen laboral (con lo cual podrían enriquecer su desempeño al hacerlo más eficiente); las partes, porque su conflicto será resuelto de acuerdo a sus necesidades y con la prontitud requerida, con lo cual se podría vencer aquella frase que reza: "justicia retardada, justicia denegada", y la sociedad en general, al hacer que la estabilidad y la armonía impere en ella.

No queremos tampoco caer en simplismos con una afirmación de esta naturaleza, pero estamos convencidos de que para ciertos negocios, principalmente aquellos que se ventilen en el ámbito internacional, la mediación, la conciliación, el proceso arbitral, y en sí, cualquier medio alternativo de resolución de controversias, logran minimizar estos problemas.

1.3 Medios alternativos de solución de controversias

1.3.1 Concepto de Medios Alternativos de Solución de Controversias

En el transcurso del presente capítulo se han expuesto las deficiencias en que se encuentra inmersa la función jurisdiccional desempeñada por el Estado, además de no ser en muchas ocasiones la fórmula más adecuada para dirimir controversias, ya que en el proceso jurisdiccional estatal no existe flexibilidad en las reglas procedimentales, con lo que las partes se presentan una a la otra como verdaderos rivales sin la menor intención de avenirse.

Ciertas actividades no pueden permitir que las partes se conviertan en enemigos totales, como lo es el caso de la actividad comercial, en especial en el campo internacional, donde debe estarse preocupado por la armonía entre las partes, sobre todo en contratos de tracto sucesivo.

A nuestro entender, es patente la influencia que en los últimos años ha sufrido el derecho mexicano por parte del sistema de "common law", operante en nuestro vecino país, los Estados Unidos de Norteamérica. Todo ello, como producto del creciente volumen, diversidad y complejidad de las relaciones sostenidas entre ambos países, principalmente de índole comercial.

Es una realidad, que en Estados Unidos de Norteamérica, sobre todo a partir de la década de los setentas, cuando se comenzó la búsqueda de mejores

soluciones a los negocios cada vez más complejos, la importancia adquirida por los medios alternativos de resolución de controversias causó impacto. Se creó todo un movimiento conocido con el nombre de “ADR”, siglas que significan: “Alternative Dispute Resolutions”.

Se les ha definido, como un conjunto de prácticas y técnicas que apuntan hacia la resolución de controversias legales fuera de las cortes, en beneficio de todos los contendientes, para reducir los costos del litigio convencional, así como los retrasos a los cuales ordinariamente está sujeto o para prevenir que futuras disputas sean llevadas también a las Cortes”.⁷

Para Jorge Alberto Silva⁸, las características comunes a los medios alternativos de resolución de controversias, son los siguientes:

“1) Carecen de carácter político estatal, o si acaso lo tienen no se les vincula con ese carácter.

2) El principio de la autoridad o de la omnipotencia del Estado inexistente.

3) La resolución va en busca de una satisfacción del interés de los particulares o comprometentes.

4) El proceder y resolución final no está marcado por los formulismos o lo mecánico, sino por el dinamismo y la flexibilidad.

5) Resaltan también la confidencialidad, la mayor especialidad, la moralidad, probidad y la verdad.”

⁷ LIEBERMAN & HENRY. Lessons from the Alternative Dispute Resolutions Movement. P. 530. Chi. L. Rev. 424 citado por MC LAUGHLIN, Joseph T. y BEEVER, Vanessa en Alternativa Dispute Resolution. International Dispute Resolution Conference, 1995. P. 2

⁸ SILVA, Jorge Alberto. Arbitraje Comercial Internacional en México. Editorial Pereznieto Editores. México, 1994. P. 9

Otra característica sumamente importante de los medios alternativos de resolución de controversias es que realmente, toman en consideración a las partes, dándoles la posibilidad de crear verdaderas soluciones, a diferencia de lo que últimamente ocurre en el proceso jurisdiccional estatal, donde las aportaciones hechas por ellas, el juez ha venido desvalorizándolas.

Existe una gran variedad de ellos, de entre los más importantes podemos mencionar:

- El *pequeño juicio o mini trial*. Procedimiento informal mediante el cual las partes acuden a reuniones que son simulacros de juicios, organizados por sus abogados, con el objeto de exponer y debatir hechos, pruebas y argumentos, para obtener una visión de sus respectivas posiciones antes de emprender una acción judicial o un arbitraje formal.
- El *esclarecimiento de cuestiones de hecho o fact finding*. Se utiliza principalmente en casos en los que el conflicto se refiere a cuestiones sumamente técnicas y donde las partes acuerdan que la opinión del experto o perito sea o no obligatoria.
- *Juicio privado o rent a judge*. Opera en la legislación del Estado de California, E.U.A. y la misma faculta a las partes para que de común acuerdo, seleccionen un abogado o un juez retirado, que conduzca el procedimiento y dicte la sentencia respectiva, la cual será obligatoria a las partes y podrá ser apelada.

Si bien es cierto que conllevan beneficios como son la celeridad, reducción de costos y tiempo, también es necesario precisar que sólo algunos de ellos son posibles de adecuar a nuestra realidad social, económica y jurídica, motivo por el cual se analizarán sin pretensión de agotarlos en toda su extensión.

1.4 Algunos medios alternativos de resolución de controversias.

1.4.1 Mediación

La mediación es un mecanismo resolutor de controversias, donde gracias a la intervención de un tercero imparcial, se logra establecer una comunicación entre las partes en conflicto, que las acerca y les permite poner por ellas mismas fin a la disputa.

La función que desempeña el mediador es fundamental para el éxito de esta figura, él debe establecer las condiciones óptimas para que las partes solucionen por sí mismas el conflicto. Es por ello, que debe ser una persona experimentada en su actividad, conocedora de los hechos controvertidos y de las circunstancias relacionadas con los mismos, ya que él no podrá imponer una solución a las partes. Su labor consiste principalmente en conducir un procedimiento que conlleve a una solución del conflicto en condiciones aceptables para ambas partes.

Dentro de las actividades y características del mediador se encuentran las siguientes:

- 1.- Reduce la fuerte "rivalidad" existente entre las partes.
- 2.- Dirige la discusión de manera neutral y asegura que las partes tengan amplia oportunidad para poder hablar.
- 3.- Induce a las partes a identificar los puntos de controversia.
- 4.- Gana la confianza de las partes, para que ellas puedan compartir información confidencial acerca de intereses y alternativas.
- 5.- Comunica la información, traduciéndola del lenguaje negativo a uno positivo.
- 6.- Sirve como agente realista, es decir, auxilia a las partes a ser más realistas respecto a sus alternativas.

7.- Procura que las negociaciones se hagan cuando las partes están listas para ello.

8.- Trabaja con las partes para la elaboración de soluciones propias a sus necesidades.

9.- Ayuda a tener una visión del conflicto productiva para ambas partes.

10.- Es un oyente activo, modelador de ideas que ayuda a lograr los acuerdos convenientes. Sin embargo, no puede expresar opinión sobre el resultado del pleito, pues perdería su imparcialidad perjudicando todo el procedimiento. Su actuación no puede ser la de un juez ni un árbitro.

La intervención del mediador puede provenir de un acuerdo (por ejemplo, cláusula contractual), o de una designación, en los sistemas jurídicos que así lo contemplen. Si se llega a tener éxito en el proceso de mediación, el mediador deberá de formalizar lo acordado por las partes a través de la elaboración de un convenio.

Hecho el convenio, deberá ser revisado y firmado por las partes. Si se trata de una mediación derivada de un procedimiento judicial deberá ser enviado al Tribunal que conozca de la causa, a efecto de que quede constancia del mismo en autos. Si se trata, por otro lado, de una mediación extrajudicial o preprocesal sería prudente celebrarlo ante un fedatario público.

En México, esta figura es realmente poco utilizada y la legislación es *casí* omisa al respecto, encontrándosele más bien en tratados internacionales.

Sin embargo, de lo anteriormente expuesto, quedan manifiestas las ventajas que ofrece. Entre ellas podemos mencionar su rapidez para solucionar el conflicto, la confidencialidad del proceso y sus resultados, su economía en tiempo y dinero, ser una resolución justa en la medida que se adapta a las necesidades comunes de las partes, sobre todo, en controversias en donde la

relación futura de las partes es elemental y en donde no existe entre las partes desequilibrio de poder.

Es por ello quizá, que haya tenido tanto éxito en el derecho de familia estadounidense (en donde sí se permite la utilización de esta figura para esta materia), relaciones de negocios en tracto sucesivo y a largo plazo, propiedad industrial, claro está, de cuestiones que en cada caso se permita sean negociables por la legislación.

Después de todo, nada tienen que perder las partes para establecer la mediación, pues si ésta resulta un intento frustrado, mantienen todos sus derechos y oportunidades de proseguir con otro medio de resolución de controversias.

Por último, también cabe hacer mención que existen algunos casos en donde la mediación no se presenta como el método idóneo a seguir, así tenemos:

- 1.- Cuando surjan cuestiones de orden público, o bien se trate de una materia considerada como de única competencia para los Tribunales Estatales.
- 2.- Cuando una de las partes no tiene interés en llegar a un acuerdo, o bien ninguna de las partes está en condiciones de considerar la posibilidad de una avenencia.
- 3.- Cuando la lentitud del proceso judicial favoreciera por mucho a una de las partes.
- 4.- Cuando el actor desee obtener sumas colosales o desproporcionadas.

Por consiguiente, será obligación del propio mediador determinar, oportunamente, del análisis del caso, si se está ante un asunto en el cual sería mejor optar por otra alternativa de método resolutor o bien, si la mediación es el método a seguir.

1.4.2 Conciliación

“El verbo conciliar proviene del latín “conciliare”, que significa reunir, componer, ajustar los ánimos en diferencia, o conformar dos o más proposiciones contrarias, en definitiva, avenir dos voluntades o poner a los contendientes en paz.”⁹

A través de la conciliación, un tercero imparcial, independiente y ajeno a la controversia asume un papel de conexión entre las partes y propone alternativas concretas a ellas para que resuelvan de común acuerdo sus diferencias.

Es decir, es este medio de resolución de controversias, la función del conciliador no se limita a *mediar* entre las partes, sino que debe sugerirles fórmulas concretas para que puedan llegar a un acuerdo. Se sujetará a la voluntad de las partes el incrementar las propuestas de solución planteadas.

Al igual que en la mediación, si la conciliación fracasa, las partes que rechazaron la solución sugerida pueden recurrir al proceso, sea judicial o bien arbitral.

La conciliación puede presentarse en distintos escenarios. Puede ser extraprocésal o intraprocésal, ya sea en relación a un procedimiento arbitral o judicial. Si bien es cierto que se le considera por lo general como una antesala a los últimos dos procedimientos mencionados, ésta como queda dicho, puede darse en cualquier etapa del conflicto. La conciliación intraprocésal es común que se plasme en forma de convenio mediante el cual las partes detallan los términos del arreglo. La conciliación preprocésal puede derivar de un acuerdo entre las partes o bien de una obligación legal de agotar esa fase conciliatoria.

⁹ HIGHTON, Elena y ALVAREZ, Gladis S. Mediación para resolver conflictos. Editorial Ad-Hoc. Pp. 101 y 102.

En sí, cuando a través de la conciliación se llega a alguna solución del conflicto, ésta por sí misma no es obligatoria entre las partes. Para ello, la misma debe hacerse constar, vía convenio o transacción, para en determinado caso, poder hacer exigible el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los mismos.

Para Ovalle Favela¹⁰ el conciliador deber ser una persona distinta del juzgador pues con ello se garantiza la imparcialidad de éste último, ya que el conciliador debe hacer proposiciones concretas, lo que no puede hacer el juzgador hasta en tanto no resuelva la controversia. Esto en virtud de que, si en ciertos momentos el juez tuviera que ponerse en papel de conciliador dando posibles soluciones al conflicto y luego tuviera que regresar a su papel de decisor conforme a derecho, pudiera caerse en una situación de prejujuamiento e imparcialidad, lo que no es deseable en absoluto.

Lamentablemente, los índices de conciliación son más bajos de lo deseable. Ello quizás se deba a que en la práctica la conciliación se ha convertido en un ritual más en la administración de justicia, constituyendo un paso que no se considera como principal. A esto se aúna la falta de preparación, en técnicas de negociación o mediación, en muchos casos, de los funcionarios encargados de llevarla a cabo; a la falta de tiempo para la misma, debido al excesivo cúmulo de trabajo o bien a la reticencia de las partes.

Sin embargo, las bases de ella están correctamente positivadas, por lo que lo único que falta es darse cuenta de todas las ventajas que esta figura ofrece, para que se procure su debida implementación.

¹⁰ OVALLE FABELA, José. Teoría General del Proceso. Editorial Harla. Quinta Edición. México, 1992. p. 23.

1.4.3 Transacción

La transacción se define como un contrato mediante el cual, las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una controversia futura.

Es una forma autocompositiva de resolución de controversias, dado que son las mismas partes las que dan solución al conflicto y es también, por lo general, éste el instrumento jurídico aplicable a los diversos medios de resolución de controversias referidos, en los casos en que las partes logran llegar a un acuerdo como resultado de la intervención del conciliador o mediador. Es así que las partes dan forma a los términos y condiciones del acuerdo alcanzado, otorgándoles certeza y seguridad jurídica respecto al cumplimiento de lo pactado.

A este respecto es muy importante determinar cuales son las controversias o relaciones jurídicas inciertas, que pueden ser materia de la transacción. Para que ello sea posible, resulta indispensable que los derechos involucrados estén en el comercio y que sean susceptibles de enajenarse o renunciarse. Debido a esta razón, es que no pueden ser objeto de transacción las controversias en materia sucesoria que versen sobre una sucesión testamentaria antes de conocer el testamento; tampoco podrán versar sobre el delito, dolo o culpa futuros; ni sobre el estado civil de las personas (a excepción de los derechos pecuniarios que de la declaración de estado civil pudieran deducirse en favor de una persona), ni sobre la validez del matrimonio, ni sobre el derecho de recibir alimentos (excepto sobre las pensiones caídas).

Por otro lado, son nulas las transacciones que versen sobre negocios decididos por sentencia judicial irrevocable y que las partes hayan ignorado, es

decir, *a contrario sensu*, si conocían de la misma, será completamente válido el contrato. También será nula la transacción que se base en documentos que después resulten falsos por sentencia judicial.

En cuanto hace a la exigibilidad de su cumplimiento vía judicial, existen discrepancias en qué vía ejercitar, toda vez que el artículo 2953 del Código Civil establece que la transacción tiene, respecto de las partes la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada. No hay problema respecto de ese equiparamiento, por cuanto hace a la transacción intraprocesal, es decir, cuando se produce durante un procedimiento judicial, en donde claramente puede ser equiparado dicho contrato a una sentencia firme, elevada a la categoría de cosa juzgada.

Las opiniones encontradas surgen cuando el contrato se realizó en escritura privada o en escritura pública. Si se realizó en forma de contrato privado, podría llegar a tener todos los problemas que traen aparejados los mismos para hacerlos efectivos. Es decir, se necesitaría la tramitación de un juicio ordinario por incumplimiento en términos de lo estipulado. Y si la transacción se realiza mediante escritura pública, toda vez que es un documento que trae aparejada ejecución, pudiera seguirse un juicio ejecutivo hasta la obtención de una sentencia firme, no obstante el carácter de cosa juzgada establecida por el Código Civil.

CAPITULO II. SOLUCIÓN PACIFICA DE CONTROVERSIAS INTERNACIONALES

2.1 Evolución histórica de los medios pacíficos de solución de controversias internacionales

A partir de finales del siglo XIX los Estados se han esforzado por idear maneras de eliminar el recurso de guerra y de la fuerza armada como opciones para la solución de controversias entre los Estados y ofrecer mecanismos alternativos que brinden soluciones pacíficas y satisfactorias para ambas partes. La evolución de estos mecanismos ha sido lenta y en general, si bien las grandes potencias accedían a hacer uso de ellos, también hacían valer su poder económico y militar para obtener resultados favorables.

La Convención de La Haya para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales, celebrada el 29 de julio de 1899, y la Segunda Conferencia de Paz de La Haya, celebrada el 18 de octubre de 1907 (conjuntamente Las Conferencias de La Haya), no lograron prohibir el recurso de la guerra, pero sí ofrecieron métodos pacíficos para la solución de controversias internacionales. En un principio, cuando los Estados decidían utilizar dichos medios, el arbitraje era visto como la mejor opción; sin embargo, el sometimiento de las controversias al arbitraje era decisión de cada Estado. En general, ningún procedimiento obligatorio era considerado como una opción viable.¹¹

Con esto, las Conferencias de La Haya fueron los primeros intentos por establecer mecanismos para la solución pacífica de controversias

¹¹ Cfr.: VALLAT, Francis, en el prólogo para *International Disputes: The Legal Aspects. Report of a Study Group of the David Davies Memorial Institute of International Studies*. Londres, Inglaterra, 1972. Europa Publications. P. VII

internacionales a través de disposiciones referentes a buenos oficios, mediación, comisiones internacionales de investigación y arbitraje.¹²

Es en estas convenciones donde los juristas y líderes de las principales potencias mundiales fijaron las bases para la evolución de los medios para la solución de controversias durante el siglo XX. Un claro ejemplo es la creación en 1899 de la Corte Permanente de Arbitraje, el primer órgano internacional diseñado específicamente para la solución de controversias entre Estados, el cual sigue existiendo aún si ninguna controversia ha sido sometida ante dicho tribunal desde 1970.

Desde 1907 se ha progresado mucho hacia la prohibición del uso de la fuerza y el desarrollo de medios pacíficos para la solución de controversias internacionales. La Sociedad de Naciones fue creada en 1919 al finalizar la Primera Guerra Mundial con la esperanza de evitar que se volviese a dar un conflicto armado de esas magnitudes. Bajo su auspicio se firmó en 1928 el Acta General para la Solución Pacífica de Diferencias Internacionales con disposiciones referentes a la conciliación y a las soluciones judiciales, incluyendo el arbitraje. Es a partir de este documento que la comunidad internacional inició la proscripción del uso de la fuerza como método para la solución de controversias y como instrumento de política de Estado, haciendo obligatoria la búsqueda de una solución pacífica, obligación que fue retomada en todos los instrumentos internacionales elaborados posteriormente sobre este tema.

Asimismo, en 1919 se creó un Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) con el fin de resolver judicialmente las cuestiones legales que le sometieran los Estados miembros de la Sociedad de Naciones. A pesar de haber tenido serias limitaciones y sufrido gran desconfianza entre los Estados

¹² Cfr.: SOHN, Louis B. Peaceful Settlement of Disputes en Encyclopedia of Public International Law. Amsterdam, Holanda, 1981. North-Holland Publishing Company. Pp. 154-156.

en los diez primeros años de su creación, el TPJI tuvo excelentes resultados y comprobó la importancia de un tribunal internacional.

2.2 Principio de Solución Pacífica de Controversias. La Organización de las Naciones Unidas

No obstante el fracaso de la Sociedad de Naciones, la idea de crear una organización internacional mejor estructurada donde se agrupara a todos los Estados y sirviera como foro para la solución pacífica de controversias que surgieran entre éstos continuó en las mentes de los estadistas e internacionalistas. Fue en los momentos más críticos de la Segunda Guerra Mundial cuando los líderes de las potencias aliadas sentaron las bases para esta nueva organización.

Los antecedentes de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se encuentran en la Carta del Atlántico de 1941, la Carta de las Naciones Unidas de 1942, la Declaración de Moscú de 1943, las Propuestas de Dumbarton Oaks en 1944 y la Conferencia de Yalta en 1945.¹³ En todas estas reuniones, donde participaron solamente los líderes de las principales potencias mundiales, se discutió la creación de “una organización internacional general basada en la igualdad soberana de todos los Estados amantes de la paz”¹⁴, así como la manera en que este nuevo organismo debía estar conformado. Fue en Dumbarton Oaks donde se logró un proyecto terminado de la organización y en la Conferencia de Yalta, con la participación exclusiva de Estados Unidos, URSS y Gran Bretaña, donde se definió el procedimiento de votación en el Consejo de Seguridad. Una vez concluida la Segunda Guerra Mundial, se reunieron en San Francisco más de 50 naciones del 25 de abril al 26 de junio de 1945 en lo que se denominó la Conferencia de San Francisco. De dicha Conferencia se obtuvo

¹³ SEARA VÁZQUEZ, Modesto. Derecho Internacional Público. Editorial Porrúa. Decimocuarta edición. México, 1993. p. 142.

¹⁴ Declaración de Moscú firmada el 1 de noviembre de 1943 por Estados Unidos, URSS, Gran Bretaña y China. Cit. por SEARA VÁZQUEZ, Modesto. Idem. P. 142.

como resultado la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁵, creando así el principal organismo internacional que jamás ha existido.

Los propósitos de la ONU son mantener la paz y la seguridad internacionales a través de la adopción de medidas colectivas para prevenir y eliminar amenazas a la paz y lograr, por medios pacíficos y de conformidad con los principios de la justicia y del Derecho Internacional, el ajuste o arreglo de controversias internacionales.¹⁶ Asimismo, el principio que establece que las controversias entre Estados deben ser resueltas a través de medios pacíficos está indiscutiblemente aceptado en el Derecho Internacional. De esta manera, los Estados miembros, en base al principio de igualdad soberana, deben arreglar sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no pongan en peligro ni la paz ni la seguridad internacionales ni la justicia.¹⁷ Por otra parte, los miembros de la ONU, en sus relaciones internacionales, se deben abstener de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado.¹⁸ En relación con lo anterior, el Capítulo VI de la Carta de la ONU referente al Arreglo Pacífico de Controversias, bajo el Artículo 33, establece lo siguiente:

1. Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.

¹⁵ Carta de la Organización de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, firmado en San Francisco, California el 26 de junio de 1945, ratificado por el Senado de la República el 7 de noviembre de 1945, entró en vigor

¹⁶ Carta de la Organización de las Naciones Unidas. Artículo 1 (1). Op. cit. Nota 6.

¹⁷ Ibid. Artículo 2 (1) y (3).

¹⁸ Ibid. Artículo 2 (4).

2. El Consejo de Seguridad, si lo estimase necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios.

Estas disposiciones conforman el marco general que establece la obligación de los Estados miembros a no recurrir al uso de la fuerza y resolver de buena fe cualquier controversia haciendo uso, a su elección, de los medios pacíficos propuestos. En apoyo a este marco general y con fundamento en varias resoluciones de la ONU, la 68a. Sesión Plenaria de la ONU aprobó el 15 de noviembre de 1982 la Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales (Declaración de Manila).¹⁹ Con estos instrumentos y teniendo a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) como principal órgano judicial, la ONU confirma su vocación de guardián de la paz mundial.

Sin embargo, se ha criticado el sistema propuesto por la ONU porque establece la obligación de resolver controversias internacionales por medios pacíficos pero deja al arbitrio de las partes la elección de dichos medios. Esto crea un problema ya que, a menos que las partes en un conflicto realmente deseen resolverlo, no existe ninguna obligación de llegar a una solución dentro de un tiempo razonablemente corto, ni un procedimiento establecido a seguir. Por lo tanto, muchas de las controversias entre Estados quedan sin solución por largos períodos. Si bien es cierto que el Consejo de Seguridad puede intervenir e instar a las partes a que arreglen sus conflictos²⁰ o recomendar los procedimientos o métodos de ajuste que sean apropiados²¹, es claro que, por la forma en que está conformado, sus recomendaciones tienen un alto contenido político y esto hace que no sea un órgano idóneo para la solución de controversias. En la práctica, el Consejo de Seguridad se ha visto plagado de obstáculos en la toma de decisiones, obstáculos creados por los miembros

¹⁹ Resolución 34/102 de fecha 14 de diciembre de 1981 y la Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales contenidas en SZÉKELY, Alberto. Instrumentos Fundamentales de Derecho Internacional Público. Tomo IV. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1990. Pp. 2589-2595.

²⁰ Carta de la Organización de las Naciones Unidas. Artículo 33 (2). Op. Cit. Nota 6.

²¹ Ibid. Artículo 36 (1).

permanentes en una constante pugna por el poder. No pretendo restar importancia a la ONU ni a la CIJ, órganos que durante la última mitad de este siglo han resultado invaluable en la evolución de las relaciones pacíficas entre las naciones. Lo cierto es que la ONU se ha politizado de tal manera y el poder de las principales potencias se ha hecho tan presente en la toma de sus decisiones que muchas veces resulta lenta en involucrarse en la solución pacífica de controversias internacionales.

El desarrollo del Derecho Internacional en ésta área ha sido tal que ahora existen medios mucho más eficaces para la solución de controversias internacionales, ya que ofrecen:

- Un procedimiento claramente definido
- Un límite de tiempo para emitir una resolución y
- La posibilidad de sancionar en caso de incumplimiento de la resolución

La principal evolución de estos mecanismos se ha dado en tratados internacionales dentro del ámbito comercial toda vez que, a medida que las relaciones internacionales se globalizan, la interdependencia comercial es mayor y resulta más poderosa una sanción económica que una amenaza de la comunidad internacional emitida a través de la ONU.

2.3 La Organización de los Estados Americanos

Además de la ONU, han surgido importantes organismos regionales como lo es el caso específico de la Organización de Estados Americanos (OEA) en el continente americano. A lo largo de todo el siglo XX, los Estados americanos han negociado un gran número de tratados y convenciones referentes a la obligación de resolver controversias por medios pacíficos, así como la regulación de los procedimientos para hacer uso de ellos. De esta manera podemos

mencionar al Tratado Gondra suscrito en Santiago de Chile en 1923 y el Pacto Saavedra Lamas suscrito en Río de Janeiro en 1933, entre otros. Sin embargo, ninguno de estos instrumentos ha tenido mucho éxito en la práctica, debido a la falta de ratificación por parte de los Estados americanos o por falta de observancia general de sus disposiciones.

No es sino hasta 1947, con la celebración del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) y en 1948 con la creación de la OEA, que nuestro continente tuvo un organismo regional que vigilara las relaciones entre los Estados miembros. La Carta de la OEA contiene la regla general que todas las controversias internacionales que surjan entre los Estados miembros serán sometidas a los procedimientos señalados en la Carta, antes de ser llevadas al Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas.²² Los procedimientos pacíficos previstos en el Artículo 24 de la Carta son:

- La negociación directa
- Los buenos oficios
- La mediación
- La investigación y la conciliación
- El procedimiento judicial
- El arbitraje
- Los que especialmente acuerden las partes

Al amparo de la OEA se suscribió en 1948 el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá)²³, un instrumento que refleja la tradición y permanente inquietud de los Estados americanos por la solución pacífica de

²² Carta de la Organización de Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967. Artículos 2, 3 y 23. Texto en *Tratados Celebrados por México*. Tomo X. p. 715. op. Cit. Nota 6. El Protocolo de Buenos Aires se encuentra en el Tomo XVIII. P. 835 de la obra antes citada.

²³ Fue suscrito por veintiún países miembros de la OEA el 30 de abril de 1948 y ratificado por México el 23 de noviembre de 1948, pero entró en vigor el 6 de mayo de 1949 sólo para catorce Estados: Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay. Fue denunciado en 1973 por El Salvador, encontrándose por lo tanto en vigencia a nivel de trece países. Texto en: *Tratados Celebrados por México*. Tomo X. P. 741. op. Ot. Nota 6.

controversias. Bajo el Pacto de Bogotá los Estados parte se comprometen a “abstenerse de la amenaza o del uso de la fuerza o de cualquier otro medio de coacción para el arreglo de sus controversias y recurrir en todo tiempo a los procedimientos pacíficos”²⁴ previstos en dicho documento. Este momento representa “el pináculo de la evolución panamericana, la realización, en el papel, de una perfecta organización regional.”²⁵

Sin embargo, después de Bogotá el sistema latinoamericano perdió fuerza y no ha sido sino hasta fechas recientes en que ha recobrado nuevo vigor como órgano donde los Estados americanos pueden resolver sus controversias. México siempre ha sido un importante protagonista en favor de los métodos pacíficos de solución de controversias y ha impulsado muchos de los intentos realizados en los siglos XIX y XX para formular instrumentos que previeran dichos métodos.²⁶ Como ejemplos el “Tratado de Arbitraje Obligatorio” y el “Protocolo de Adhesión de las Convenciones de La Haya de 1899” ambos suscritos en la Segunda Conferencia Internacional Americana en México en 1902. Estos instrumentos establecen disposiciones para someter al arbitraje a todas las controversias no solucionadas por negociaciones diplomáticas, con excepción de las que afectasen la independencia o el honor nacional de las partes, incluyendo normas sobre mediación, buenos oficios y comisiones de investigación.

2.4 Distintos métodos para la solución pacífica de controversias internacionales

De la breve síntesis presentada en el punto anterior, acerca del desarrollo histórico de los mecanismos institucionales para la solución pacífica de

²⁴ Pacto de Bogotá. Artículo 1. op. Cit. Nota 15.

²⁵ Sepúlveda, César. Derecho Internacional. Decimosexta edición. Editorial Porrúa. México, D.F., 1991. p. 356.

²⁶ Cfr.: Puceiro Ripio, Roberto. Régimen de Solución Pacífica de Controversias en el Sistema Interamericano, en Jiménez de Aréchaga, Eduardo. Derecho Internacional Público. Tomo IV. Fundación de Cultura Universitaria. Segunda Edición. Montevideo, 1991. pp. 238-271.

controversias se desprende la intención de proporcionar al lector los antecedentes necesarios para comprender la importancia del surgimiento de nuevos mecanismos cuyo fin es la solución de controversias específicas de una manera eficaz y legítima brindando a las partes involucradas certeza y seguridad jurídica. Como hemos mencionado anteriormente, los tratados e instituciones internacionales en materia comercial han tomado la delantera en éste rubro, al incluir disposiciones específicas para resolver las controversias relacionadas con los mismos e imponer la obligación a los Estados parte de someter cualquier disputa que se genere a tales mecanismos y aceptar y cumplir con las resoluciones emitidas por los órganos establecidos para tal efecto.

El presente trabajo pretende analizar dos de tales nuevos mecanismos, por ser considerados como los ejemplos mejor logrados de la tendencia que han tomado los Estados en la solución de diferencias comerciales internacionales. Dichos mecanismos están contenidos en el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo sobre la OMC)²⁷ y en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).²⁸

Es conveniente primero definir el término “controversia”. En sentido general, puede entenderse como un desacuerdo sobre una cuestión de derecho o de hecho, una oposición de puntos de vista legales o de interés entre dos o más Estados. En sentido estricto, por otro lado, puede decirse que existe una controversia internacional cuando un Estado reclama a otro que lleve a cabo

²⁷ Acta Final de la Ronda Uruguay de Negociaciones Económicas Multilaterales y el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. Abierto a la firma en la ciudad de Marrakech, Marruecos el 15 de abril de 1994, firmado por los Estados Unidos Mexicanos el 15 de abril de 1994, aprobado por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el 13 de julio de 1994, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 4 de agosto de 1994; el depósito del Instrumento de Ratificación se efectuó el 31 de agosto de 1994; el texto se publicó en el DOF el 30 de diciembre de 1994 y entró en vigor internacional el 1 de enero de 1995. Texto en *Tratados Celebrados por México*. Tomo XLIV. P. 21. op. Cit. Nota 6.

²⁸ Tratado de Libre Comercio para América del Norte, firmado en las Ciudades de México, Ottawa y Washington, D.C., el 17 de diciembre de 1992, aprobado por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el 22 de noviembre de 1993 según Decreto publicado en el DOF el día 8 de diciembre de 1993; el texto se publicó el día 20 de diciembre de 1993 en el DOF y entró en vigor para los tres países el día 1 de enero de 1994. Texto publicado en *Tratados Celebrados por México*. Tomos XXXV y XXXVI. Op. Cit. Nota 6.

determinadas conductas o acciones y éste último rechaza la reclamación del primero.

Para efectos de este análisis no es necesario adentrarnos a cuestiones técnicas sobre el significado de la palabra, pero si es prudente señalar que toda controversia internacional debe tener los siguientes elementos:

- 1) Que surja entre Estados.
- 2) Que el Estado o Estados afectados hayan adoptado alguna acción en relación con la acción o la omisión del otro Estado; y
- 3) Que la controversia haya surgido en relación a un asunto determinado.²⁹

Los procedimientos para la solución de controversias dentro del Derecho Internacional contemporáneo pueden ser calificados en tres distintas clases, a saber:

- 1) Procedimientos diplomáticos;
- 2) Procedimientos adjudicativos; y
- 3) Procedimientos dentro del marco de las instituciones internacionales.³⁰

Los *procedimientos diplomáticos* básicamente buscan asegurar una solución por medio de un acuerdo entre las partes. Entre ellos se encuentran: la negociación, los buenos oficios, la mediación, la investigación y la conciliación.

Los *procedimientos adjudicativos* consisten en la solución a través de un tercero, que determina las cuestiones de hecho y de derecho relacionadas con la controversia. El arbitraje y la solución judicial están comprendidos en esta

²⁹ Las partes en una controversia podrán no estar de acuerdo en cuanto al alcance de la controversia, sin embargo, el asunto controvertido deberá estar claramente identificado.

³⁰ Sorensen, Max, et al. *Manual de Derecho Internacional Público*. Fondo de Cultura Económica. México, D.F., 1973. p. 628.

categoría. Los organismos y tratados internacionales contemporáneos prevén en su estructura o en tratados internacionales derivados de ellos, procedimientos adjudicativos, principalmente arbitrales, con características propias de su ámbito.

Los procedimientos dentro del marco de las instituciones internacionales buscan resolver aquellas controversias que dentro de las relaciones generadas por dichas instituciones pudieran presentarse.

Ahora bien, antes de entrar al análisis de los mecanismos regulados por la OMC y por el TLCAN y establecer a su vez un análisis comparativo de los casos específicos resueltos en el marco de tales mecanismos y que en el presente trabajo se expondrán en capítulos posteriores, se presenta a continuación una breve relación y descripción de los distintos métodos existentes para la solución de controversias internacionales, con el fin de establecer el uso que a cada uno de ellos deberá darse y determinar su utilidad en la solución de controversias internacionales que se suscitan en nuestros días.

2.4.1 Negociación y Consultas

En relación con la negociación, la Corte Internacional de Justicia ha declarado que, a diferencia de los otros medios para la solución pacífica de las controversias, la negociación conduce a la solución directa y amistosa de las controversias entre los Estados. Esto se debe a que es el método más sencillo, ya que solamente participan en la negociación las partes directamente involucradas en la controversia. Es decir, es un procedimiento inicial que permite a las partes comprobar la existencia de una controversia y contemplar y explorar las primeras posibilidades de solución de la misma.³¹ La Declaración de Manila distingue a la negociación por su flexibilidad y por su efectividad.³² Es así que la negociación puede utilizarse en todo tipo de controversias de carácter legal,

³¹ Jiménez de Aréchaga, Eduardo, et al. Derecho Internacional Público. Tomo IV. Fundación de Cultura Universitaria. Segunda Edición. Montevideo, 1991. p. 188.

³² Cfr.: Declaración de Manila. Op. Cit. Nota 10. Sección I. Párrafo 10.

político o técnico y siempre estar bajo el constante monitoreo de las partes. Sin embargo, para lograr una solución, las partes deben adoptar una posición conciliatoria y actuar de buena fe.

Por otra parte, aún cuando no se encuentra previsto en la Carta de la ONU, un medio para la solución pacífica de controversias que ha sido incluido con gran éxito en los tratados internacionales en materia comercial es el de consultas. Su finalidad es tratar de llegar a una solución satisfactoria de la cuestión antes de recurrir a otras medidas preventivas previstas en dichos tratados (i.e. negociación, buenos oficios, conciliación, mediación y arbitraje).³³

El proceso de negociación comienza cuando un Estado percibe una controversia con otro Estado y le notifica su deseo de entablar negociaciones. El comienzo de las negociaciones depende necesariamente de la aceptación de la parte notificada. Es posible que la parte notificada no crea que exista una controversia pero condicione el comienzo de una negociación a ciertos requisitos que resultan inaceptables para el primer Estado. Es por esta razón que muchos tratados internacionales establecen la obligación de que las partes entablen consultas o negociaciones al surgir una controversia entre ellas. Asimismo, debe mencionarse que el proceso de negociación también puede ponerse en marcha al amparo de una organización internacional tal como la ONU, a través de su Consejo de Seguridad, la Organización de Estados Americanos, el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC o la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, quienes pueden recomendar a las partes que entablen negociaciones y pueden proporcionarles el lugar y los medios para tal efecto. Otra opción podría ser, la obligación de entablar una negociación, derivada de un fallo judicial.

³³ Cfr.: Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias. Anexo 2 del Acuerdo sobre la OMC. Art- 4 Texto en Tratados Celebrados por México. Tomo XLIV. P. 21. op. Cit. Nota 6. En el TLCAN existen diversas referencias al uso de consultas y como ejemplos tenemos el Art. 316, 707, 722, 913, 1309, 1412, 1907 y 2006.

Las negociaciones bilaterales en general se llevan a cabo directamente entre representantes de los Estados o por escrito. En muchos casos, los propios tratados internacionales establecen reglas para la conducción de las negociaciones entre los Estados en controversia y en ocasiones incluso se establecen instituciones tales como las comisiones mixtas; algunos tratados multilaterales incluso prevén la posibilidad de negociaciones colectivas, cuando participan en la controversia dos o más Estados. Generalmente éste tipo de negociaciones se realizan en el marco de una organización internacional. La existencia de instituciones creadas en los tratados mismos para la administración, implementación y resolución de controversias es aún más relevante en tratados multilaterales tales como el Acuerdo de Marrakech y el TLCAN.

El período de tiempo establecido para la realización de consultas y negociaciones es distinto, según el caso de que se trate. Sin embargo, recientemente se han incluido en la mayoría de los mecanismos para la solución de controversias de tratados internacionales límites de tiempo para celebrar consultas, negociar o someter la controversia a un panel arbitral. Como los ejemplos más claros de dichas disposiciones encontramos los Capítulos XI, XIX y XX del TLCAN y el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias de la OMC (Entendimiento para la Solución de Diferencias).

Con anterioridad se ha señalado que es de crucial importancia la posición que tomen las partes en el proceso de negociación. Los tratados antes mencionados obligan expresamente a las partes a adoptar una actitud positiva al celebrar consultas encaminadas a resolver controversias derivadas de la interpretación o aplicación del tratado. A este respecto, la Corte Internacional de Justicia estableció que lo que importa no es tanto la forma de la negociación, sino la actitud y la posición que tomen las partes sobre los puntos de fondo de la cuestión de que se trata; asimismo, la Corte Internacional de Justicia declaró que

las partes están obligadas a conducirse de manera que las negociaciones sean significativas, situación que no sería posible si cualquiera de ellas insiste en su propia posición sin contemplar ninguna modificación de la misma; por otra parte, menciona que infracción de las reglas de la buena fe 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, etc., representan serios problemas para el desarrollo satisfactorio de las negociaciones encaminadas a la solución de una controversia entre Estados.

En el caso de que el resultado de las consultas o negociaciones sea positivo, las partes comúnmente emiten un documento en el que se señalan los puntos de acuerdo y los términos pactados para la solución de la controversia. En caso contrario, cuando la controversia no es resuelta a través de consultas o negociaciones, puede optarse por la utilización de otros medios. A éste respecto, la Declaración de Manila establece que en el caso de que los Estados no obtengan una solución a su controversia por medio de cualquiera de los mecanismos creados para la solución de controversias, las partes continuarán en busca de una solución pacífica.³⁴

2.4.2 Investigación

La investigación es un procedimiento que surgió en las Conferencias de La Haya. Su fin es determinar de manera imparcial los hechos relevantes en una controversia internacional y sugerir los medios apropiados para resolverla. Este mecanismo surge como un procedimiento paralelo al arbitraje, de tal manera que los Estados que no quisieran someter sus diferencias al arbitraje pudieran, por lo menos, acudir a este procedimiento.³⁵

³⁴ Cfr.: Declaración de Manila. Op. Cit. Nota 10. Sección I Párrafo 7.

³⁵ Sorensen. Op. Cit. Nota 25. p. 633.

La investigación se caracteriza por ser un procedimiento aplicable y útil únicamente cuando la disputa proviene de diferencias de apreciación de los hechos controvertidos, además de no tener fuerza obligatoria.³⁶ Por ser un procedimiento imparcial, este procedimiento puede contribuir para reducir la tensión de las partes en un conflicto y prevenir que este se agrave, dando a notar claramente los puntos controvertidos, con la finalidad de que las partes estén en posibilidad de resolverlos.

La competencia conferida a una comisión creada para la solución de la controversia puede variar, según el tema de que trate la investigación y por lo general se encuentra definida en el tratado correspondiente y el mandato de la propia comisión. Dicha competencia puede consistir en la audiencia de las partes, visitas sobre el terreno, el examen de testigos o documentos u otras acciones dirigidas a determinar los hechos.

Puede recurrirse a la investigación por consentimiento mutuo, al amparo de un tratado celebrado entre los Estados partes y que se encuentre en vigor, y el cual contenga una cláusula general que obligue a los mismos a resolver disputas mediante mecanismos de solución pacífica de controversias. 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.

Como resultado de la investigación, se emite un informe cuyo valor puede variar en relación directa con las funciones y competencias conferidas a la comisión de investigación que se haya formado para el caso concreto. Tal es el

³⁶ Jiménez de Aréchaga. Op. Cit. nota 28. p. 193.

caso del Artículo 35 de la Convención de La Haya de 1907, que considera el resultado de la investigación como no obligatorio.³⁷

Es así que la investigación combina las ventajas de la diplomacia y de las técnicas jurídicas para ofrecer a las partes un informe imparcial, que representa una gran utilidad para delimitar el objeto de la controversia y como consecuencia, facilitar el establecimiento de cualquier otro método existente para la solución de controversias o sugerir la solución de la contienda.

2.4.3 Buenos Oficios

Cuando los Estados partes en una controversia no pueden llegar a un acuerdo para resolverla directamente entre ellos, un tercero puede ofrecer sus buenos oficios como medio de evitar que se agrave la misma. Esta intervención se presenta como un método para persuadir a los Estados involucrados en la controversia a aceptar un medio para darle una solución pacífica, sin que ello implique la participación activa del tercero en la discusión substantiva.

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. Es de vital importancia señalar que dicho tercero deberá ser aceptable en todo momento para todas las partes implicadas en la controversia. Éste tercero trata de invitar a las partes en la controversia a reanudar negociaciones o a adoptar otros procedimientos útiles para el mismo fin. En ocasiones se le permite al tercero tomar parte activa en el proceso para su arreglo, proponiendo soluciones y celebrando reuniones para examinar las propuestas presentadas, de tal manera que no sólo aporta buenos oficios, sino que también puede funcionar como mediador.

³⁷ Adoptada en La Haya el 18 de octubre de 1907, en vigor el 23 de enero de 1910. Texto en: Székely... op. Cit. nota 10, V. II. P. 543.

Puede darse inicio a los buenos oficios ya sea por iniciativa de un tercero o por invitación de las partes y puede acudirse a ellos de conformidad con las disposiciones de un tratado aplicable, como lo es el caso del TLCAN y del Entendimiento para la Solución de Diferencias, o de una manera puramente *ad hoc*. Por lo general, como resultado de los buenos oficios se entablan negociaciones o las partes proceden a utilizar otros procedimientos, ya sean diplomáticos o adjudicativos. Así lo establece el Artículo X del Pacto de Bogotá, donde los buenos oficios son una base claramente definida del procedimiento global de solución de controversias.³⁸

2.4.4 Mediación

En el caso de la mediación, un tercero ajeno a la controversia interviene para conciliar las reclamaciones de las partes en conflicto y presentar sus propias propuestas encaminadas a una solución de transacción mutuamente aceptable. Es por ello que la mediación es más que un procedimiento adjunto a las negociaciones, en virtud de que el mediador tiene una parte activa en la solución de la controversia y su función principal es acercar a las partes y promover la adopción de una solución pacífica.

El procedimiento de mediación es sencillo y directo, sin formalismos pero con carácter confidencial. Dicho procedimiento puede adoptarse por iniciativa de un tercero, ya sea un individuo u organismo internacional, a manera de ejemplo, por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC o por la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, o bien, a solicitud de las partes; sin embargo, ambas partes deberán acordar someter el conflicto a mediación. En caso de que la mediación sea llevada a cabo sin éxito, se debe dar paso a otros procedimientos pacíficos para la solución de la controversia, siempre que sean aceptados por las partes en conflicto. De ser necesario, todas las cuestiones de procedimiento, incluyendo medidas tales como la transición de la mediación a negociaciones

³⁸ Cfr.: Jiménez de Aréchaga. Op. Cit. nota 28.

directas o cualquier otro procedimiento, pueden acordarse de una manera informal y simplificada. Las propuestas presentadas no tienen carácter de obligatorias, por lo que pueden ser incorporadas en instrumentos tales como declaraciones, acuerdos, comunicados, protocolos o certificados firmados por el mediador.

2.4.5 Conciliación

Las partes en una controversia internacional pueden acordar someterla a un mecanismo de solución pacífica que les permita, por una parte, tener un mejor conocimiento de las exigencias de la contraparte a través de investigaciones y evaluaciones objetivas de todos los aspectos de la controversia y, por la otra, tener un mecanismo de negociación a través de terceros y una valoración extrajudicial de los reclamos de cada una de las partes, incluyendo la oportunidad de definir los términos de una solución que pudiera ser aceptada por las partes. Éste mecanismo es un procedimiento de conciliación, que constituye el método más avanzado para el arreglo de una disputa.

Como podemos observar, la conciliación como mecanismo para la solución pacífica de controversias, combina 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, pueden ser formuladas nuevas propuestas. En cambio, el conciliador, si bien es cierto que consulta con cada parte en privado para tratar de encontrar puntos de común acuerdo antes de entregar su reporte, generalmente entrega un solo reporte y en con ésta entrega se da término a sus funciones.

Podemos atribuirle a la conciliación dos funciones principales. La primera es la investigación y aclaración de los hechos objeto de la controversia, y la segunda, el llegar a un acuerdo entre las partes, mediante la propuesta de soluciones que resulten mutuamente aceptables para las partes. 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.

Las comisiones de conciliación por lo general se integran conforme a 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 de 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.³⁹

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados señala que en caso de no lograrse acuerdo para la designación del órgano conciliador dentro de un plazo de sesenta días, será el Secretario de la ONU quien lo nombre.⁴⁰ Este texto concuerda 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 bien, 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 puede iniciar unilateralmente.

³⁹ Artículos IV y XXXIV del Acta General para el Arreglo Pacífico de Diferencias Internacionales (en adelante Acta General), adoptada en Ginebra el 25 de Septiembre de 1928 y la Resolución sobre la Restitución de su Eficacia Inicial (Resolución 268 a (III) de la Asamblea General de la ONU de 28 de abril de 1949. Texto en: Székely... op. Cit. nota 10. tomo II. P. 565-578.

⁴⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969, ratificada por México el 25 de septiembre de 1974, en vigor el 27 de enero de 1980. DOF de 14 de febrero de 1975. Texto en: Székely... op. Cit. nota 10. tomo I. P. 177.

Tradicionalmente el órgano de conciliación es quien determina y crea su reglamento. El método de trabajo para dicho órgano generalmente combina ciertas técnicas para la recopilación y evaluación de los hechos que producen la controversia. Es por ello que se faculta a los componedores para escuchar a las partes, examinar reclamaciones y objeciones y formular propuestas para una solución amistosa. Algunos tratados señalan plazos específicos dentro de los cuales el órgano de conciliación debe concluir su labor; como ejemplo, podemos señalar que el Acta General establece un plazo de seis meses.⁴¹

Ahora bien, por lo que se refiere a la naturaleza de los resultados del proceso, se presenta en una forma de recomendaciones no vinculantes para las partes; sin embargo, en algunos tratados la conciliación tiende a evolucionar: es más obligatorio, que facultativo.⁴² En otros tratados se introducen variaciones o le dan carácter vinculatorio.

2.4.6 Arbitraje

De acuerdo al concepto proporcionado por el maestro Sepúlveda, “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 ha de ser aceptada por los contendientes como arreglo final.”⁴³ Así tenemos que una de las características fundamentales del arbitraje es que se trata de un procedimiento que trae como consecuencia decisiones vinculantes para las partes en la controversia. Esta misma característica se presenta en el método de solución judicial. Sin embargo, ambos mecanismos son estructuralmente diferentes, en virtud de que el arbitraje está

⁴¹ Art. XV. Op. cit. nota 49.

⁴² Anexo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Op. Cit. nota 49 y Convención del Mar. Op. Cit. nota 41.

⁴³ Sepúlveda. Op. Cit. nota 17. pp. 395 y 396.

constituido por el consentimiento de los Estados partes en una controversia concreta cuando estas partes conservan un control considerable sobre el proceso, atribuido a la facultad de nombrar a los 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.

La doctrina distingue entre varias clases de arbitraje, según su carácter más o menos vinculatorio. La primera clase es el *arbitraje facultativo*. En este caso, cuando surge una controversia entre Estados, no existe obligación para los Estados en conflicto de recurrir al arbitraje, pero las partes, de común acuerdo, deciden recurrir a él. El arbitraje se lleva a cabo en base a dicho acuerdo, mismo que surge después de haberse generado el conflicto. El segundo caso es el *arbitraje obligatorio*, donde los Estados se comprometen previamente a someter cualquier controversia presente o futura al arbitraje. Dicha obligación puede surgir de una cláusula compromisoria (o cláusula arbitral) o bien, de un tratado general de arbitraje donde se estipule que todas las controversias, (o tal vez solo ciertos tipos de controversias), que surjan entre los Estados parte serán sometidos al arbitraje.⁴⁴

Los mecanismos del arbitraje han cambiado significativamente desde su formalización en las Convenciones de La Haya y en épocas recientes este método ha sido incluido en la mayoría de los tratados internacionales que prevén cláusulas para la solución de controversias. Así, el arbitraje ha surgido como uno de los medios más populares y comunes para la solución pacífica de controversias internacionales, tanto en controversias particulares entre dos Estados como aquellas derivadas de tratados bilaterales y multilaterales.

⁴⁴ Jiménez de Aréchaga. Op. Cit. nota 28. p. 196.

A) 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, dependiendo de la voluntad de las partes.

Una forma frecuente en que se contraen los acuerdos arbitrales es la inclusión de una cláusula compromisoria en los tratados correspondientes, según la cual las partes acuerdan en someter al arbitraje todas o algunas de las controversias originadas dentro de su propia aplicación. Otra forma se presenta cuando las partes convienen en recurrir al arbitraje mediante algún acuerdo especial o un compromiso después de que se produzca una controversia. Por último, vale la pena mencionar que algunos tratados disponen el sometimiento obligatorio a la solución arbitral de cierto tipo de controversias cuando exista un acuerdo especial.⁴⁵

En general, las cláusulas compromisorias carecen de concreción en cuanto a las normas para el establecimiento y el funcionamiento del tribunal, por lo cual las partes tienen que negociar 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.

⁴⁵ El artículo 1806 del ALC permite someter, cuando exista común acuerdo de las Partes, casi todas las controversias al arbitraje, pero el artículo 1103 remite al arbitraje obligatorio, sin necesidad de acuerdo especial, las controversias sobre salvaguardias. Cfr.: op. Cit. nota 32. En el TLCAN, los Capítulos XI, XIX y XX prevén la creación de paneles para la solución de controversias y en el Entendimiento para la Solución de Diferencias los artículos 6 a 16 prevén el establecimiento de grupos especiales.

B) La composición del Tribunal Arbitral

El tribunal arbitral puede quedar compuesto por un árbitro o por una comisión.⁴⁶ 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. Asimismo, no existe un límite en el número de árbitros; sin embargo, tradicionalmente los paneles arbitrales se han conformado por tres o cinco miembros.⁴⁷ El presidente del tribunal arbitral normalmente será seleccionado por los árbitros designados por las dos partes.

Los tratados como el TLCAN y el Entendimiento para la Solución de Diferencias presentan una lista de abogados y de expertos técnicos de donde cada parte en la controversia puede escoger a los árbitros que le corresponden.⁴⁸

C) Reglamento del Tribunal Arbitral

El reglamento de arbitraje es el conjunto de reglas procedimentales del tribunal arbitral. El reglamento 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 más conveniente para su controversia en específico. 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

⁴⁶ Cfr.: Art. XII del Acta General. En el famoso Caso Clipperton en que México perdió la isla así llamada, el árbitro único fue el Rey de Italia Víctor Manuel III. Cfr.: Zorrilla, Luis G. Los Casos de México en el Arbitraje Internacional. Editorial Porrúa. México, D.F., 1981. Segunda Edición. P. 153

⁴⁷ Cfr.: Arts. 2008 y 2011 del TLCAN y Arts. 6, 8 y 10 del Entendimiento para la Solución de Diferencias.

⁴⁸ Cfr.: Anexo VII, Art. 2 y Anexo VIII, Art. 2 de la Convención del Mar, Arts. 6, 7 y 8 del Entendimiento para la Solución de Diferencias y Arts. 1124, Anexo 1901.2, 2009 y 2010 del TLCAN.

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

D) 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 o, en su caso, la equidad. 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 concretado 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*.⁴⁹

E) 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

⁴⁹ Acta General. Op. Cit. nota 49. El Artículo 38 del Estatuto de la CIJ establece que la CIJ deberá aplicar en la solución de controversias internacionales que le sean sometidas (i) las convenciones internacionales que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes, (ii) la costumbre internacional, (iii) los principios generales del derecho, y (iv) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones.

emitirse por escrito y están fechadas y firmadas. La aprobación de la sentencia se rige conforme al 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, pueden ser objeto de corrección o revisión en relación con errores evidentes. El fallo también puede ser objeto de interpretación. Las Convenciones de La Haya, así como la gran mayoría de los tratados internacionales que contienen cláusulas arbitrales, disponen que el tribunal arbitral que ha dictado la sentencia tiene una competencia general para interpretarla.⁵⁰

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.⁵¹ Sin embargo, conforme a la costumbre internacional, cualquiera de las partes puede declarar la nulidad de un laudo cuando éste no cumple con ciertos tipos de 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" puede no ser suficiente. Un ejemplo de renuncia a este derecho consuetudinario se encuentra en el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas Inversiones Entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio que crea la CIADI), que funciona bajo los auspicios del Banco Mundial. En el

⁵⁰ Art. 82. Convención de La Haya de 1907. op. Cit. nota 40.

⁵¹ Art. 33 del Acuerdo de Complementación Económica entre México y Chile, publicado en el DOF el 23 de diciembre de 1991.

Artículo 52 se establece un mecanismo para que un segundo tribunal 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.⁵²

No obstante lo anterior, el Entendimiento para la Solución de Diferencias y el TLCAN establecen la obligación expresa de las partes de dar cumplimiento a las resoluciones de los grupos especiales o paneles arbitrales, respectivamente. En caso de no cumplir con las resoluciones, la parte que incumple podrá ser sancionada al ser suspendidos la aplicación de beneficios derivados del tratado o acuerdo comercial.⁵³

En relación con la apelación de los laudos arbitrales, el Entendimiento para la Solución de Diferencias establece la creación de un órgano permanente de apelaciones el cual “entenderá en los recursos de apelación interpretados contra las decisiones de los grupos especiales”.⁵⁴ La creación de dicho órgano refleja el mecanismo mejor logrado en materia de solución de controversias internacionales permitiendo a las partes no solo resolver sus controversias de manera clara y expedita, sino también les brinda seguridad jurídica al ofrecer la posibilidad de apelar la decisión. Los procedimientos establecidos en el Entendimiento para la Solución de Diferencias será examinado a profundidad en el Capítulo Cuarto del presente trabajo.

2.4.7 El Arreglo Judicial

Es el método de solución en que se somete la controversia a una corte o tribunal internacional constituido con anterioridad, integrado por jueces o

⁵² Díaz, Luis Miguel. Arbitraje: Privatización de la Justicia. Editorial Themis. Primera Edición. México, D.F., 1990. p. 281.

⁵³ Cfr.: Art. 22 del Entendimiento para la Solución de Diferencias y los Artículos 2018 y 2019 del TLCAN.

⁵⁴ Cfr.: Art. 17 del Entendimiento para la Solución de Diferencias.

magistrados independientes cuya tarea consiste en solucionar las reclamaciones conforme al Derecho Internacional y dictar decisiones vinculantes para las partes.

Algunos tratados regionales han creado tribunales permanentes para temas específicos. Existe 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 1969.⁵⁶

A) 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.⁵⁷ 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 arbitrales especiales, cuya constitución lleva más tiempo. Asimismo, por su característica de permanencia los tribunales judiciales son considerados 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.⁵⁸ Ningún precedente judicial es obligatorio para la CIJ, su fuerza es persuasiva. En todo

⁵⁵ Adoptada el 4 de noviembre de 1950 en Roma, entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Texto en: Székely... op. Cit. nota 10, tomo I, P. 298.

⁵⁶ Cfr.: Artículos 60 y 61 del Estatuto de la CIJ. Op. Cit. nota 6.

⁵⁷ Cfr.: Artículos 60 y 61 del Estatuto de la CIJ. Op. Cit. Nota 6.

⁵⁸ *Ibid.* Art. 59.

caso, los efectos de un precedente pueden ser anulados por un tratado o por nuevo derecho consuetudinario. Por otra parte, existen varias decisiones arbitrales que se han convertido en piedras angulares del Derecho Internacional.

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 tribunales administrativos establecidos dentro del sistema de la ONU.

B) 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 mediante un acuerdo especial (*compromis*). Este párrafo extiende la competencia a todos los asuntos especialmente previstos en los tratados y convenciones vigentes.⁵⁹

Otro medio de conferir jurisdicción a la CIJ es mediante una declaración por la cual se acepta, de antemano, su jurisdicción obligatoria. Esta es la llamada cláusula opcional que, una vez suscrita, representa un reconocimiento expreso de la competencia de la Corte. En efecto, el artículo 36 del Estatuto de la CIJ señala en la parte relevante:

...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

⁵⁹ Ibid. Artículo 36, párrafo I.

hecho que, si fuere establecido, constituiría una violación de una obligación; d) la naturaleza o la extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.⁶⁰

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 no aceptar esa jurisdicción en aquellas controversias que en opinión del gobierno de México sean de jurisdicción interna de los Estados Unidos Mexicanos.⁶¹

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 internacionales 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.

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

⁶⁰ Ibid. Artículo 36, párrafo 2.

⁶¹ Para un análisis interesante sobre el reconocimiento de la jurisdicción de la CIJ véase Bernal, Carlos. Hacia un mayor fortalecimiento de la Corte Internacional de Justicia en Revista Mexicana de Política Exterior. Número 47. Verano 1995. Instituto Matías Romero de Estudios Diplomáticos. México, D.F.

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.⁶² La primera vez que se usó este recurso fue en 1981 y desde entonces tres de los ocho casos contenciosos que han llegado a la CIJ, han sido remitidos a salas especiales.⁶³

También existen disposiciones para el establecimiento de salas especiales en la Convención del Mar, como son la Sala de Controversias de los Fondos Marinos o las Salas Especiales del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.⁶⁴

C) Opiniones Consultivas

Ciertos tribunales internacionales pueden emitir, si les es solicitada, una opinión consultiva sobre una cuestión jurídica relacionada con una controversia internacional. En el caso de la ONU, sus principales órganos están facultados para solicitar una opinión consultiva a la CIJ. 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 hizo 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.⁶⁵ Conforme al artículo 96 de la Carta de la ONU, sólo la Asamblea General o el Consejo de Seguridad pueden solicitar opiniones consultivas a la CIJ y los otros órganos de

⁶² Cfr.: Art. 26, párrafo 2. op. Cit. Nota 6.

⁶³ En noviembre de 1981 se remitió a una sala especial la controversia entre EUA y Canadá sobre la delimitación

⁶⁴ Cfr.: Arts. 187 y 188 de la Convención del Mar. Op. Cit. Nota 41.

⁶⁵ Documento ONU A/46/1, cir. El 6 de septiembre de 1991.

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, es un funcionario administrativo que cumple instrucciones de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad.

D) Acceso e Intervención de Terceros

Un Estado que no sea parte en un instrumento jurídico por el que se establece un tribunal internacional normalmente 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 del asunto. Disposiciones relativas a este procedimiento figuran en los reglamentos respectivos de los tribunales o cortes internacionales, como la CIJ⁶⁶, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar⁶⁷ y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.⁶⁸

E) Normas de Procedimiento

La parte al momento de incoar un procedimiento debe indicar los nombres del agente que será su representante y coagentes, 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 dúplica, siempre con la documentación de apoyo adjunta.

⁶⁶ Arts. 81-86 del Reglamento de la CIJ, adoptado el 14 de enero de 1978, en vigor el 1º de julio de 1978. Texto en: Székely... op. Cit. nota 10. tomo IV. P. 1983.

⁶⁷ Anexo VI. Arts. 31 y 32 de la Convención del Mar. Op. Cit. Nota 41.

⁶⁸ Cfr.: Art. 93 del reglamento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 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 en el fallo, puede escribir una opinión disidente.

F) 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 con 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 obligatorias para las partes.

CAPITULO III. CAPÍTULO XX DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

3.1 Antecedentes

La semilla del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN)⁶⁹ fue concebida en primera instancia por el entonces presidente de los Estados Unidos de América, Ronald Reagan, quien en varias instancias durante su gestión expresó su apoyo por un acuerdo para América del Norte. Los primeros acuerdos de libre comercio celebrados por Estados Unidos durante los dos períodos del presidente Reagan, con Israel en 1984-85 y con Canadá en 1987-88 germinaron esta idea. El acuerdo con Israel refleja la especial relación política con Estados Unidos; el ALC, por la otra parte, refleja la relación económica entre Estados Unidos, el mercado más grande para Canadá, y Canadá, el socio comercial más grande de los Estados Unidos. No obstante, las relaciones económicas y políticas entre México y los Estados Unidos y Canadá no fueron propicias durante este período para permitir que se entablaran negociaciones serias rumbo a un acuerdo de libre comercio entre los tres países.

Fue hasta la administración del presidente George Bush cuando se volvió a plantear la idea de un acuerdo general que estableciera un área de libre comercio "del Yukón al Yucatán". El presidente Salinas fue el principal promotor de dicho acuerdo, mientras promovía cambios internos en la economía de nuestro país para adaptarse a las condiciones existentes del comercio internacional.⁷⁰ En junio de 1990, el presidente Bush se unió al presidente Salinas para patrocinar el comienzo de las negociaciones de un tratado

⁶⁹ Cfr.: op. Cit. Nota 20.

⁷⁰ Tras la entrada de México al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (en lo sucesivo GATT de 1947) en 1986 y la estabilización de la economía mexicana a finales de los años ochenta, el gobierno mexicano promovió la celebración de acuerdos específicos sobre diversos temas de comercio e impuestos, tanto con los Estados Unidos, como con otros países de Latinoamérica, Europa y Asia. Asimismo, México fue admitido como miembro de la OCDE en 1994.

comercial entre Estados Unidos y México, basándose esencialmente en el ALC. En febrero de 1991, ambos presidentes, junto con el primer ministro canadiense Mulroney, anunciaron su intención de negociar un acuerdo trilateral de libre comercio.

En caso de Estados Unidos, las negociaciones representaron una oportunidad para lograr sus objetivos económicos, tales como ampliar las posibilidades de sus empresas para exportar a México, aprovechar las recientes iniciativas mexicanas hacia una apertura comercial y mejorar sus condiciones de competitividad a nivel internacional al permitir a sus empresas colocar bases de operación donde tuviesen mejores condiciones de ingreso sin sufrir las distorsiones causadas por barreras comerciales o de inversión. Asimismo, en cuanto a su política exterior, se esperaba que el TLCAN, en primer lugar ayudara a lograr una reconciliación histórica con México, en segundo lugar que mejorara la posibilidad de los Estados Unidos de afrontar distintos asuntos como la inmigración ilegal, el narcotráfico, la protección al ambiente y la posición frente a Centroamérica y por último, enviar un mensaje alentador al continente americano sobre el compromiso de los Estados Unidos de establecer y promover áreas de libre comercio.⁷¹

Por otra parte, el negociar el TLCAN para México representó un cambio radical en su política frente a los Estados Unidos. El hecho de negociar un acuerdo comercial significó que México le diera la espalda a muchos años caracterizados por el nacionalismo y el control económico, sentando de ésta manera su objetivo de abrir sus mercados al mundo.

La entrada de Canadá a la mesa de negociaciones del TLCAN fue interpretada por muchos como una maniobra defensiva con la finalidad de lograr de alguna manera que no se diluyeran los beneficios obtenidos del ALC. Si Canadá permanecía fuera de las negociaciones y México y los Estados Unidos

⁷¹ Bello, Judith H. y Homer, Alan F., *op. cit.*, nota 84.

firmaban un acuerdo de libre comercio, éste último sería el único país en Norteamérica con una doble vía de acceso a los mercados vecinos bajo un régimen de libre comercio. Es así que Canadá decidió unirse al TLCAN y con ello obtener entrada al mercado mexicano y manteniendo su posición de principal socio comercial con los Estados Unidos.

Una vez que el Congreso americano autorizó al presidente Bush, tras difíciles negociaciones, la extensión por dos años del procedimiento de fast track en las negociaciones del TLCAN, el 12 de julio de 1991 los responsables del comercio de los tres países: Carl A. Hills por Estados Unidos, Jaime Serra Puche por parte de México y Michael Wilson por Canadá se reunieron en Toronto para comenzar formalmente las negociaciones. La primera sesión plenaria de los representantes⁷² que negociaron el TLCAN y sus respectivas delegaciones tuvo lugar en Washington, D.C., los días 8 y 9 de julio de 1991.

Los principios y aspiraciones, así como los fines perseguidos por México, Estados Unidos y Canadá (en lo sucesivo, las partes) al negociar y firmar el TLCAN quedaron expuestos en el preámbulo del mismo y constituyen el fundamento del TLCAN. Las partes confirman su compromiso de promover el empleo y el crecimiento económico mediante la expansión del comercio y de las oportunidades de inversión en la zona de libre comercio. También ratifican su convicción de que el TLCAN permitirá aumentar la competitividad internacional de las empresas mexicanas, canadienses y estadounidenses en forma congruente con la protección al ambiente. De igual manera, en el preámbulo se reitera el compromiso de las partes de promover el desarrollo sostenible y proteger, ampliar y hacer efectivos los derechos laborales, así como mejorar las condiciones de trabajo en los tres países.

⁷² Los representantes eran: Julius L. Katz de los Estados Unidos, Herminio Blanco de México y John Wekes de Canadá.

Las negociaciones fueron largas y difíciles, con los representantes de las partes tratando de identificar y afrontar los problemas políticos y económicos de cada país. Tras meses de arduas negociaciones, el 12 de agosto de 1992 los secretarios de comercio de los tres países anunciaron el fin de las mismas y los funcionarios de las tres delegaciones recibieron el encargo al concluir el texto del TLCAN lo antes posible. En ésta fecha se anunció que el TLCAN esperaba crear una enorme área de libre comercio con más de 360 millones de consumidores con un intercambio comercial de más de 6 mil millones de dólares anualmente. Finalmente, el TLCAN fue firmado el 17 de diciembre de 1992 por los presidentes de México, Estados Unidos y el Primer Ministro de Canadá. La entrada en vigor del TLCAN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Artículo 2203 del TLCAN, fue el 1° de enero de 1994, una vez que se cubrieron los requisitos internos de formalización de cada país y se agregaron dos acuerdos paralelos sobre cuestiones laborales y protección del medio ambiente.

3.2 Algunos aspectos generales del Tratado de Libre Comercio de América del Norte

El TLCAN consta de un preámbulo y 22 capítulos distribuidos en ocho partes. El TLCAN cuenta, además, con diversos anexos integrados a lo largo de su capitulo, así como de notas, el anexo 401 y siete numerados del I al VII que van al final del texto. Los artículos están numerados en función de los capítulos del cual forman parte y diversos artículos están desarrollados en detalle en sus anexos, los cuales están numerados con el mismo número del artículo correspondiente. Para facilitar la comprensión de las disposiciones, los términos más importantes se encuentran definidos. En este sentido, las definiciones aplicables a lo largo de todo el documento se encuentran en el Capítulo II y las definiciones específicas de cada capítulo se encuentran al final del mismo. Por último, también forman parte del TLCAN dos acuerdos paralelos que, aunque son instrumentos jurídicos formalmente autónomos del tratado, son materia complementaria del mismo: el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América

del Norte y el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (en lo sucesivo Acuerdos Complementarios).

En el Capítulo I del TLCAN las Partes declaran el establecimiento de una zona de libre comercio, se describen los objetivos generales del mismo, se fijan las relaciones del TLCAN con otros tratados internacionales y se confirma la extensión de las obligaciones contraídas por México, Estados Unidos y Canadá al suscribir el TLCAN. En efecto, provee los principios que han de guiar la interpretación del tratado, a saber, de no discriminación, transparencia, cooperación y debido proceso. Asimismo, se estipula que por medio del TLCAN se establece una zona de libre comercio de conformidad con lo dispuesto por el Artículo XXIV del GATT 1947, que dicta el marco y los criterios para los acuerdos de libre comercio entre países miembros del GATT 1947.⁷³

Al mismo tiempo, se fijan seis objetivos particulares sobre la base de tres grandes principios básicos en cualquier acuerdo internacional de libre comercio:

- La cláusula de Nación más Favorecida, de conformidad con la cual las ventajas arancelarias que se otorguen a un país serán extensivas a las demás partes
- La cláusula de Trato Nacional, según la cual los productos importados de las Partes en el acuerdo tendrán un trato igual que los productos nacionales
- El Principio de Transparencia, que indica que todas las regulaciones, medidas y obligaciones de las Partes deben llevarse a cabo con plena información y comunicación a través de los grupos de trabajo, comités y comisiones que, en cada área del comercio, establece el TLCAN.

Los objetivos del tratado son:

⁷³ Op. Cit. nota 20. TLCAN. Artículo 101.

- Eliminar barreras al comercio
- Promover condiciones para una competencia justa
- Incrementar las oportunidades de inversión
- Proporcionar protección adecuada a los derechos de propiedad intelectual
- Establecer procedimientos efectivos para la aplicación del tratado y la solución de controversias
- Fomentar la cooperación trilateral, regional y multilateral⁷⁴

El párrafo 2 del Artículo 102 afirma una disposición básica del Derecho Internacional consuetudinario atinente a la interpretación de los tratados internacionales conforme a lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁷⁵ Las Partes interpretarán y aplicarán las disposiciones del TLCAN a la luz de sus objetivos y de conformidad con las normas aplicables del Derecho Internacional.

Por otra parte, se define la relación del TLCAN con otros tratados internacionales de los que sean parte los países del TLCAN.⁷⁶ Confirma los derechos y obligaciones existentes en virtud de tratados bilaterales y multilaterales, incluido el GATT 1947, y estipula que en caso de incompatibilidad entre tales acuerdos y el TLCAN, éste prevalecerá en la medida de la incompatibilidad, salvo que en él se disponga otra cosa. A la entrada en vigor del TLCAN, Canadá y Estados Unidos acuerdan suspender la vigencia del ALC mientras formen parte del TLCAN y se proponen suscribir un convenio que establezca dispositivos de transición para ciertos aspectos de dicho tratado bilateral, incluidos los atinentes al Capítulo XIX (Revisión y Solución de Controversias en Materia de Cuotas Antidumping y Compensatorias) y con el

⁷⁴ Op. Cit. nota 20. Artículo 102.

⁷⁵ Op. Cit. nota 50.

⁷⁶ Op. Cit. nota 20. Artículo 103.

objeto de mantener en vigencia otras disposiciones del ALC que no guardan relación con el TLCAN.

El Artículo 104 rectifica la norma general del Artículo 103 en lo que atañe a determinados convenios internacionales relacionados con el medio ambiente. Estipula que, en la medida que un gobierno actúe en el plano comercial ciñéndose a un convenio internacional especificado y opte por la medida comercial que presente menor grado de incompatibilidad con las demás disposiciones del TLCAN, dicha medida prevalecerá sobre las obligaciones de ese gobierno por efecto del tratado. Por consiguiente, en el caso de cualquier incompatibilidad entre el TLCAN o los convenios bilaterales entre Canadá y Estados Unidos y entre Estados Unidos y México sobre el movimiento transfronterizo de desechos (mencionados en el Anexo 104.1), prevalecerán éstos.

El Artículo 104 se aplica solamente a los tratados internacionales incluidos específicamente en su alcance. No provee cobertura para las restricciones comerciales contra las exportaciones, salvo que la convención pertinente así lo prevea y el país importador haya elegido la medida comercial menos restrictiva a su disposición.

El Artículo 105 compromete a las Partes a respetar sus obligaciones conforme al TLCAN en todo su territorio, incluyendo en tal compromiso a los gobiernos estatales y municipales. El artículo se basa en el Artículo XXIV:12 del GATT 1947. estipula que los tres gobiernos federales aseguran la adopción de todas las medidas necesarias para dar eficacia a las disposiciones del tratado, en particular, para su observancia por los gobiernos estatales y municipales, salvo que en el TLCAN se disponga otra cosa. La forma de cumplimiento de las obligaciones contraídas en el ámbito del tratado es cuestión exclusiva de cada Parte.

3.3 Aspectos generales de la solución de controversias del Tratado de Libre Comercio de América del Norte

Se eligió el Capítulo XX del TLCAN como objeto de análisis de este trabajo porque en él se encuentra contenido el mecanismo general para la solución de controversias que deberá ser utilizado en las disputas que surjan como consecuencia de la interpretación y aplicación del TLCAN. Hasta la fecha se han realizado muchos esfuerzos para analizar y explicar los mecanismos específicos contenidos en el tratado, sobre todo los relacionados con controversias sobre competencia desleal (dumping y cuotas compensatorias), que se resuelven conforme al Capítulo XIX, y las relativas a inversión, en cuanto se planteen como controversias entre el inversionista y el Estado receptor, en cuyo caso se resuelven de conformidad con el Capítulo XI. En virtud de lo anterior, resulta importante conocer el procedimiento general previsto en el Capítulo XX ya que trata de una materia muy amplia que cubre cualquier controversia entre las Partes que no tenga un mecanismo especial. Sin embargo, antes de entrar al análisis del Capítulo XX: "Disposiciones Institucionales Procedimientos para la Solución de Controversias", creo importante hacer una breve relación de los distintos procedimientos para dirimir controversias que se incluyen en el TLCAN. Lo anterior con el fin de brindar un marco de referencia para la interpretación y utilización del procedimiento objeto del presente Capítulo.

El TLCAN contiene dos capítulos especiales sobre la solución de controversias, el Capítulo XIX y el Capítulo XX. Pero no son las disposiciones de estos capítulos las únicas que se refieren a las controversias que pueden surgir por la aplicación del tratado. Si se revisa el texto del TLCAN a lo largo de sus ocho partes, encontramos que en seis de ellas existen distintas disposiciones para la solución de diferencias. Solo la primera parte y la última carecen de artículos sobre el particular. Además, deben considerarse los procedimientos previstos en los Acuerdos Complementarios que, dada su

autonomía formal, deben interpretarse por sí mismos. Para facilitar el desarrollo de esta sección, considero útil primero exponer los distintos métodos previstos en el TLCAN y después explicar brevemente los procedimientos de solución de controversias en materia de inversión, de antidumping y cuotas compensatorias, así como de controversias ambientales y de controversias laborales, para posteriormente entrar al análisis del Capítulo XX.

3.3.1 Método de remisión a otros acuerdos

Se trata de un método indirecto en la medida en que el TLCAN no establece de forma directa cuál debe ser el mecanismo de solución de una controversia, sino que remite a diversos acuerdos internacionales con su propio sistema de solución. En primer lugar se encuentra la remisión al GATT 1947. En el Artículo 103.1 del TLCAN se establece que las Partes ratifican los derechos y obligaciones vigentes entre ellas conforme al GATT 1947, lo cual implica que queda vigente el derecho de las Partes a recurrir al sistema previsto en los Artículos XXII y XXIII del GATT 1947 y, ahora con la creación de la OMC, al sistema previsto en el Entendimiento para la Solución de Diferencias que forma parte del Acuerdo sobre la OMC. Este criterio está confirmado en el Anexo 703.2, Sección B.6, en materia agropecuaria; en el Artículo 802 para el caso de medidas globales cuando se apliquen medidas de emergencia; y en el Artículo 2102 en materia ambiental y de conservación de recursos no renovables. En el Artículo 104 también se encuentra una referencia a la CITES y al Convenio de Basilea.⁷⁷

3.3.2 Método de Consultas

⁷⁷ La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, en su Artículo XVIII, dispone un procedimiento de conciliación y, si éste fracasa, recomienda a las partes se sometan al arbitraje, en especial el de la CIJ. En el caso del Convenio de Basilea su Artículo 20 establece primero un procedimiento de conciliación y, en caso de no prosperar, recomienda someter la cuestión a la CIJ o al procedimiento de arbitraje previsto en su Anexo VI.

Es el método más frecuentemente utilizado en el TLCAN y comporta diferentes modalidades.⁷⁸ La modalidad más importante es la de consultas a través de comités que se reúnen a petición de una de las Partes o de comités que se reúnen periódicamente o bien, un método mixto. En dichos comités se plantearán desacuerdos y controversias que surjan en torno a un producto o servicio determinado con el fin de buscar las soluciones más convenientes de común acuerdo entre los representantes de las Partes. Dentro del método de consultas existen modalidades como es el caso del Grupo de Trabajo previsto por el Anexo 703.2.25 entre México y Estados Unidos, que tiene facultades resolutorias sobre normas técnicas y de comercialización agropecuaria. Igualmente, el procedimiento entre Partes importadoras y exportadoras para el logro de acuerdos en medidas sanitarias y fitosanitarias previsto por el Artículo 716.6, así como el procedimiento de consultas previas sobre la misma materia previsto por el Artículo 718. La ventaja de este método es que actúa directamente sobre los desacuerdos que surjan en una materia o área determinada en donde los comités están integrados por especialistas que, en general, tienen a su cargo el área de operación respectiva.

3.3.3 Procedimientos de impugnación internos

El TLCAN prevé la necesidad de que las partes cuenten con procedimientos de impugnación de medidas⁷⁹ que afecten a las transacciones reguladas en el tratado. Este es el caso del Artículo 501, para la revisión e impugnación de las resoluciones en materia de determinación de origen y de dictámenes anticipados en materia aduanal; del Anexo 803.3 en medidas de emergencia; del Artículo 1017 en materia de compras del sector público y del Artículo 1715 en materia de propiedad intelectual. Cabe mencionar también que

⁷⁸ Op. Cit. nota 20. Se puede mencionar en orden progresivo las siguientes disposiciones contenidas en el TLCAN que remiten al uso de consultas como primer paso en la solución de una controversia: Artículos 316, 414, 510, 513, 706, 707, 722, 723, 803, 804, 913, 914, 1005, 1017, 1023, 1115-1138, 1211, 1412, 1414, 1415, 1501, 1601, 1606, 1714-1718, 1805, 1902-1905, 1907, 2003-2022.

⁷⁹ El Artículo 201 "Definiciones de Aplicación General", establece que el término "medida" incluye cualquier ley, reglamento u otras disposiciones jurídicas, así como cualquier procedimiento, requisito o práctica.

en el caso del Capítulo XI y, en especial, del Artículo 2022, el TLCAN apoya y promueve el recurso de los particulares al arbitraje comercial internacional y el que los laudos arbitrales cuenten con los procedimientos internos adecuados para su reconocimiento y ejecución en el territorio de cada una de las Partes. Dicho artículo contempla, además, en el párrafo 4, el establecimiento de un comité consultivo para la solución de controversias comerciales privadas que presentará informes y recomendaciones sobre cuestiones generales relativas a la existencia, uso y eficacia del arbitraje y otros procedimientos para la solución de controversias comerciales.⁸⁰

3.3.4 Mecanismos específicos para la solución de controversias

En esta sección se dará una breve relación de los mecanismos previstos en el TLCAN para la solución de controversias en materia de inversión, antidumping y cuotas compensatorias, cuestiones ambientales y cuestiones laborales.

1) El Capítulo XI del TLCAN titulado "Inversión" se divide en dos secciones. La Sección A referida a la inversión misma, su ámbito de aplicación y condiciones mínimas en el tratamiento legal de los inversionistas y la Sección B concerniente a la solución de las controversias que puedan surgir entre la Parte receptora de la inversión y el inversionista de la otra Parte. Los principios que rigen al Capítulo XI son básicamente los mismos que regulan todo el TLCAN: trato nacional, trato de nación más favorecida, reciprocidad internacional, transparencia y debido proceso legal ante un tribunal imparcial, principios que

⁸⁰ En cumplimiento de lo establecido por el Artículo 2022, se conformó el mencionado comité consultivo, mismo que emitió su primer informe en noviembre de 1996, el cual tiene una relación de los distintos procedimientos existentes de cada Parte para la solución de controversias comerciales privadas, principalmente el arbitraje, la mediación y la conciliación. Asimismo, la Cámara de Comercio de la Ciudad de México, la American Arbitration Association, el British Columbia International Commercial Arbitration Center y el Québec National and International Commercial Arbitration Center crearon el center el Centro de Mediación y de Arbitraje Comercial de las Américas (CAMCA) y publicaron las Reglas de Mediación y de Arbitraje del CAMCA que entraron en vigor a partir del día 15 de marzo de 1996. el texto de las reglas y la lista de los mediadores y árbitros de los tres países fue publicado en 35 ILM 1541 (1996) y puede ser obtenido a través de la Cámara de Comercio de la Ciudad de México.

pretenden garantizar las inversiones de extranjeros en el territorio de cualquiera de las Partes.⁸¹

En el procedimiento previsto en la Sección B se trata de un mecanismo arbitral, alternativo a los sistemas judiciales de cada Parte. Es decir, queda a elección del inversionista someter su demanda ante los tribunales nacionales del país en el que invierte o seguir los procedimientos previstos en este mecanismo. Para someter una reclamación conforme a este mecanismo, será necesario que el inversionista haya sufrido daños o pérdidas a consecuencia de la violación que se reclama y que no hayan transcurrido más de tres años desde que los hechos que motivan la reclamación tuvieron lugar o desde que el inversionista debió darse cuenta de los daños o pérdidas.⁸² Los inversionistas de una Parte que podrán someter una reclamación por violaciones de otra Parte pueden actuar por cuenta propia o en representación de una empresa.⁸³ Los inversionistas en servicios financieros también tienen acceso a este mecanismo con ciertas características propias.⁸⁴

Sólo podrá iniciarse el arbitraje después de que los involucrados en la controversia hayan intentado resolver la controversia mediante negociaciones y consultas.⁸⁵ Después de seis meses de que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la reclamación y si la controversia no se resolvió durante las consultas,

⁸¹ Desde que se negoció el TLCAN se ha discutido mucho sobre la constitucionalidad de los mecanismos para la solución de controversias contenidos en los Capítulos XI, XIX y XX del tratado. Las diferencias de opiniones versan sobre si dichos mecanismos ofrecen mayores garantías y beneficios a inversionistas extranjeros que a los mexicanos. Sobre el particular, referirse a los siguientes artículos que expresan las diversas opiniones existentes sobre el tema: Sepúlveda Amor, Bernardo. Orden Jurídico y Soberanía Nacional, en *Este País*, número 68, noviembre, 1996. México. Pp. 41-46; Hernández Gómez, Fernando. Consideraciones sobre la Inconstitucionalidad de los Mecanismos para la Solución de Controversias contenidos en los Capítulos XIX y XX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en *Revista de Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, número 14, México, 1994. Pp. 103-123; Luis Miguel Díaz y Antonio Garza. Los Mecanismos para la Solución de Controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, México, 1993. pp. 71-94.

⁸² Op. Cit. nota 20. TLCAN. Artículo 1116.

⁸³ Op. Cit. nota 20. TLCAN. Artículo 1117.

⁸⁴ Op. Cit. nota 20. TLCAN. Capítulo XIV "Servicios Financieros". Artículos 1410, 1414 y 1415.

⁸⁵ Op. Cit. nota 20. TLCAN. Artículo 1118.

podrá darse inicio al arbitraje.⁸⁶ Aún cuando las consultas no fructifiquen en una solución, las negociaciones son útiles porque pueden preparar el arbitraje. Para evitar que se presenten reclamaciones paralelas por la misma supuesta violación, se establece la acumulación de procedimientos cuando un inversionista que no tiene el control de la empresa reclame en nombre propio y que el que controla la empresa reclame en representación de ésta.⁸⁷

El Artículo 1120 “Sometimiento de la Reclamación al Arbitraje” establece que el inversionista reclamante puede escoger uno de los siguientes tres reglamentos de arbitraje:

- el del Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI),
- el Mecanismo Complementario del CIADI, o
- las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).⁸⁸

El reglamento que se elija será aplicado en todo lo no reglamentado en la propia Sección B del Capítulo XI del tratado. El inversionista reclamante debe consentir por escrito a someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos del TLCAN. Además, debe renunciar a su derecho de iniciar o

⁸⁶ Op. Cit. nota 20. TLCAN. Artículo 1120.

⁸⁷ Op. Cit. nota 20. TLCAN. Artículos 1117.3 y 1126.

⁸⁸ México y Canadá aún no son miembros del CIADI, por lo que las controversias que se susciten entre inversionistas de México y Canadá con respecto a medidas que adopte cualquiera de las Partes sólo podrán ser dirimidas a través de las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL. En mi opinión, es urgente que México negocie su entrada al CIADI, un centro abocado específicamente a la solución de controversias internacionales en materia de inversión con una larga trayectoria. La urgencia no deriva únicamente de las obligaciones asumidas por nuestro país en el TLCAN, donde un inversionista de Estados Unidos puede elegir el Reglamento del CIADI o su mecanismo complementario para dirimir una controversia con México, sin que un inversionista mexicano pueda presentar una demanda contra Estados Unidos ante el mismo foro. La urgencia deriva del hecho de que México ha asumido obligaciones idénticas frente a España y Suiza en acuerdo celebrados con dichos países para la promoción y protección recíproca de inversiones. Parece absurdo que México continúe asumiendo obligaciones internacionales para la solución de controversias y reconociendo al CIADI como el foro idóneo en materia de inversiones sin que nuestro país sea miembro del mismo. En todo caso, se puede argumentar que dicha incongruencia es contraria a las disposiciones de igualdad de trato contenidas en el Artículo 8 de la Ley sobre Celebración de Tratados, publicada en el D.O.F. el día 2 de enero de 1992

continuar cualquier procedimiento ante los tribunales judiciales o administrativos de la Parte contra la que se reclama.⁸⁹ En cuanto al consentimiento de la Parte contra la que se reclama para someterse al arbitraje, este se ha dado en el Artículo 1122, de manera que al surgir una determinada controversia y darse las circunstancias exigidas, la Parte tendrá que someterse al arbitraje.

Los tribunales arbitrales se integran con tres miembros.⁹⁰ El reclamante deberá nombrar uno, la Parte contra la que se reclama deberá nombrar otro y el tercero, que será el presidente del tribunal, deberá ser nombrado de común acuerdo. El presidente del tribunal será nombrado de entre las personas que integran una lista de 45 árbitros acordada por las Partes y en ningún caso podrá ser nacional de la Parte contra la que se interpuso el arbitraje.⁹¹ El derecho aplicable para decidir las controversias sometidas a este mecanismo será el Derecho Internacional y las disposiciones del TLCAN, según lo dispuesto en el Artículo 1131. El tribunal podrá ordenar una medida preventiva de protección para preservar los derechos de la Parte contendiente.⁹²

El laudo arbitral será obligatorio y sus efectos serán únicamente respecto al caso concreto. Cuando un laudo sea desfavorable para la Parte, el tribunal sólo podrá ordenar la restitución de la propiedad o en lugar de ésta, el pago de daños pecuniarios y el interés que proceda y se prohíbe expresamente el pago de daños punitivos.⁹³ Las Partes están obligadas a hacer cumplir los laudos en su territorio. En caso de que no se cumpla un laudo, la Parte de la cual el inversionista reclamante es nacional, tiene derecho a iniciar procedimientos conforme al Capítulo XX.⁹⁴

⁸⁹ Op. Cit. nota 20. TLCAN. Artículo 1121.

⁹⁰ Op. Cit. nota 20. TLCAN. Artículo 1123.

⁹¹ Op. Cit. nota 20. TLCAN. Artículos 1124 y 1125.

⁹² Op. Cit. nota 20. TLCAN. Artículo 1134.

⁹³ Op. Cit. nota 20. TLCAN. Artículo 1135.

⁹⁴ Op. Cit. nota 20. TLCAN. Artículo 1136.

2) Al Capítulo XIX "Revisión y solución de controversias en materia de antidumping y cuotas compensatorias" prevé tres procedimientos principales: el de revisión de las reformas legislativas, el de revisión de resoluciones definitivas sobre antidumping y cuotas compensatorias y el procedimiento de impugnación extraordinaria. Para los dos primeros procedimientos se integrará un panel binacional de conformidad con los Artículos 1903 y 1904 y el Anexo 1901.2, que consiste en lo siguiente: de una lista de 75 panelistas previamente elaborada por las Partes, se integrará un panel de cinco miembros, dos nombrados por cada Parte y el quinto se nombrará de común acuerdo y, de no llegar a un acuerdo de su selección, se elegirá por sorteo. Los panelistas designarán a su presidente y todos deberán firmar compromisos de confidencialidad, a partir de lo cual se considera formalmente establecido el panel. Para el tercer procedimiento, el de impugnación extraordinaria, el panel se formará por tres miembros de una lista de 15 miembros, diferente a lo anterior, también previamente integrada por las Partes.⁹⁵

El procedimiento de revisión de las formas legislativas tiene por objeto dirimir controversias que surjan cuando una de las Partes aplique una reforma legislativa en materia de antidumping y cuotas compensatorias y otra Parte en el TLCAN considere que se violan principios establecidos en el GATT 1947 o en el Código Antidumping o el Código de Subsidios que deriven del mismo, o bien que se afecten principios de previsión y justicia para la liberación progresiva del comercio, tal y como se establecen en el TLCAN o, también, cuando la reforma legislativa tenga como fin revocar una resolución previa de un panel y que no reúne los principios de previsión y justicia antes expresados.⁹⁶

La Parte que inicie el procedimiento deberá solicitarlo por escrito y el panel, conforme a las reglas del procedimiento que establezcan las Partes, garantizará que cada Parte presente comunicaciones escritas y réplicas, y que,

⁹⁵ Op. Cit. nota 20. TLCAN. Artículo 1904 y Anexo 1904.13.

⁹⁶ Op. Cit. nota 20. TLCAN. Artículo 1903, párrafo 1, (a) y (b).

al menos, haya una audiencia. Noventa días después del nombramiento del presidente del panel, este último presentará a las Partes una opinión declarativa preliminar por escrito. La Parte que no estuviese de acuerdo con la opinión contará con un plazo de 14 días para presentar sus objeciones “debidamente razonadas y motivadas”. Treinta días después, el panel dictará su resolución definitiva.⁹⁷

Esta resolución tendrá carácter de “opinión declarativa” y dará la oportunidad para que, dentro de un plazo de 90 días, las Partes realicen consultas y procuren llegar a “una solución mutuamente satisfactoria”. Si la solución es una corrección a la legislación motivo de controversia y ésta no se lleva a efecto o no se logra cualquier otro arreglo motivo de la resolución del panel, dentro de los siguientes nueve meses, la Parte afectada tiene derecho a adoptar medidas legislativas o administrativas equiparables o a denunciar el Tratado respecto de la otra Parte en la controversia.⁹⁸

El procedimiento de revisión de resoluciones definitivas sobre antidumping y cuotas compensatorias es más complejo. De conformidad con el Artículo 1904.1, se trata de un procedimiento que sustituye a la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas que se dicten en la materia, en la medida que dicho panel debe decidir si la autoridad investigadora de la Parte importadora dictó su resolución de acuerdo al Derecho de esa Parte. El plazo para solicitar la integración del panel es de 30 días a partir de la fecha en que se publique la resolución definitiva o que se reciba la notificación correspondiente. La solicitud puede ser hecha a iniciativa propia de la Parte o bien, de ésta pero a solicitud de un particular que se considere afectado.⁹⁹ Según el Artículo 1904, la

⁹⁷ Op. Cit. nota 20. TLCAN. Artículo 1903.2.

⁹⁸ Op. Cit. nota 20. TLCAN. Artículo 1903.3.

⁹⁹ Op. Cit. nota 20. TLCAN. Artículo 1904.4 y 5.

autoridad investigadora que haya dictado la resolución definitiva tendrá derecho a comparecer ante el panel.¹⁰⁰

El panel podrá confirmar o rechazar la resolución definitiva. El rechazo significa la devolución por el panel a la autoridad investigadora de su resolución definitiva con la indicación de las medidas a adoptarse. Si se requiere revisar la medida adoptada en cumplimiento de la devolución, la revisión se llevará a cabo ante el mismo panel, el que emitirá un fallo dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que la medida haya sido puesta a su consideración. De conformidad con el Artículo 1904.9 y 11, el fallo del panel es obligatorio y no estará sujeto a ningún procedimiento de revisión judicial de la Parte importadora. En este sentido, dicho artículo prevé que ninguna de las Partes establecerá en su legislación interna la posibilidad de impugnar ante sus tribunales nacionales una resolución de un panel.

Finalmente, el tercer procedimiento, el de impugnación extraordinaria, tiene lugar cuando, dictada la resolución por panel y dentro de "un plazo razonable", alguna de las Partes vinculadas recusa a un miembro del panel, o sostiene que el panel se ha apartado, de manera grave, de una norma fundamental del procedimiento o bien, que el panel se ha excedido ostensiblemente de sus facultades, autoridad o jurisdicción.¹⁰¹ El panel deberá quedar integrado dentro de los 15 días siguientes a la solución de su integración, y su fallo se dictará dentro de los 90 días siguientes. Este fallo podrá anular la decisión definitiva del panel binacional, en cuyo caso procederá a formar un nuevo panel binacional para que conozca del asunto en las condiciones y términos ya descritos anteriormente.¹⁰²

¹⁰⁰ Las autoridades investigadoras competentes son: en México, la Secretaría de Economía; en Canadá, el *Canadian International Trade Tribunal* y el *Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*; y en Estados Unidos la *International Administration of the Department of Commerce* o la *United States International Trade Commission*.

¹⁰¹ Op. Cit. nota 20. TLCAN. Artículo 1904.13.

¹⁰² Op. Cit. nota 20. TLCAN. Anexo 1904.13.

3) El Acuerdo de Cooperación Ambiental para América del Norte establece, en su Quinta Parte, Artículos 22 a 27, un procedimiento para solución de controversias en materia ambiental. La controversia se refiere a si uno de los países ha tenido “una pauta persistente de omisiones” en la aplicación de su propia legislación ambiental. Primero se intenta resolverla mediante consultas recíprocas entre los países parte; si no logran ponerse de acuerdo, puede iniciarse un procedimiento, solicitando la reunión del Consejo de la Comisión para la Cooperación Ambiental (ver Anexo I del presente trabajo) para que actúe como mediador.¹⁰³ El Artículo 24 del Acuerdo establece que si tampoco así se alcanza una solución, el mismo Consejo pedirá la integración de un panel arbitral que concluirá emitiendo un informe final que determine si el gobierno demandado ha incurrido o no en una “pauta persistente de omisiones” en el cumplimiento de su legislación ambiental.¹⁰⁴

4) Por su parte, el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte tiene disposiciones muy semejantes para la solución de controversias al acuerdo en materia ambiental. Estas también contemplan, por su parte, las controversias que versan sobre si un gobierno ha incurrido en “una pauta persistente de omisiones” pero respecto del cumplimiento de su ley laboral, que procuran resolverse, primero, mediante consultas entre las partes y luego con la mediación del Consejo de la Comisión para la Cooperación Laboral (ver Anexo I del presente trabajo) y, finalmente y a falta de acuerdo, por medio de un panel arbitral que concluye presentando un informe final sobre la existencia o no de esa pauta de comportamiento negligente.

3.4 Análisis del Capítulo XX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte: Disposiciones Institucionales y Procedimientos para la Solución de Controversias

¹⁰³ Op. Cit. nota 20. Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte. Artículo 23.

¹⁰⁴ Op. Cit. nota 20. Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte. Artículo 32.

El Capítulo XX del TLCAN está integrado por los Artículos 2001 a 2022 y por los Anexos 2001.2, 2002.2 y 2004. El articulado está distribuido en tres secciones. La Sección A “Instituciones” que se ocupa de las instituciones que administran y aplican el tratado, la Sección B “Solución de Controversias”, que se refiere al procedimiento para resolver controversias entre las Partes y la Sección C “Procedimientos Internos y Solución de Controversias Comerciales Privadas”, que incluye reglas sobre la interpretación del TLCAN en tribunales internos y otras disposiciones que fomentan el uso del arbitraje comercial para la solución de controversias entre particulares nacionales de las Partes.

3.4.1 Instituciones

La Sección A prevé la creación de dos instituciones: la Comisión de Libre Comercio (la Comisión), que es el órgano de mayor jerarquía en el TLCAN, y el Secretariado.

De conformidad con el Artículo 2001, la Comisión está integrada por representantes de cada Parte a nivel de Secretaría de Estado o por las personas a quien éstos designen. Asimismo, se dispone que la Comisión deberá reunirse por lo menos una vez al año en sesión ordinaria, la cual será presidida sucesivamente por cada una de las Partes. Tanto la Comisión como el Secretariado son instituciones político-administrativas y no órganos supranacionales; su voluntad depende de las Partes y no pueden funcionar autónomamente. Son las Partes las que aplicarán el TLCAN en sus territorios, las que consultarán en la Comisión cuando menos una vez al año y las que podrán convocar reuniones de la Comisión. La Comisión, sin la voluntad de las Partes, no puede actuar porque, salvo que ésta decida otra cosa, todas las decisiones de la Comisión se tomarán por consenso.

De conformidad con el Artículo 2001, las funciones de la Comisión con respecto al tratado son las de:

- 1) supervisar su puesta en práctica,
- 2) vigilar su desarrollo,
- 3) resolver las controversias que pudiesen surgir respecto a su interpretación o aplicación,
- 4) supervisar la labor de todos los comités y grupos de trabajo establecidos conforme al tratado, y
- 5) conocer de cualquier otro asunto que pudiese afectar el funcionamiento del TLCAN.

Al mismo tiempo, la Comisión tiene facultades para:

- 1) Establecer y delegar responsabilidades en comités *ad hoc* o permanentes, grupos de trabajo y de expertos.
- 2) Solicitar la asesoría de personas o de grupos sin vinculación gubernamental, y
- 3) Adoptar cualquier otra acción para el ejercicio de sus funciones, según lo acuerden las Partes.

El funcionamiento del Secretariado está regido por el Artículo 2002 del TLCAN. Dicho artículo dispone que el Secretariado será establecido por la comisión y está integrado por Secciones nacionales que cada Parte debe establecer. Cada Parte debe encargarse de la operación y costos de su Sección, de la remuneración y los gastos que deban pagarse a los panelistas y miembros de los comités y de la designación del Secretariado de su Sección. La función del Secretariado consiste en proporcionar asistencia a la Comisión, así como brindar apoyo administrativo a los paneles y comités instituidos conforme al Capítulo XIX y a los paneles creados de conformidad con el Capítulo XX. Por instrucciones de la Comisión, el Secretariado debe, además, apoyar la labor de los demás comités y grupos de trabajo establecidos conforme al tratado y, en general, facilitar el funcionamiento del TLCAN.

3.4.2 Solución de Controversias

El procedimiento para la solución de controversias previsto en la Sección B del Capítulo XX del TLCAN fue creado con el objeto de prevenir o asegurar la expedita resolución de las disputas que surjan como consecuencia de la interpretación y aplicación del tratado mediante la integración de los distintos mecanismos tradicionales para la solución de controversias. Dicho procedimiento no representa un cambio radical de los procedimientos existentes en otros instrumentos. Más bien, su fundamento se encuentra en los tratados comerciales previos como el GATT 1947 y el ALC, por lo que el procedimiento del TLCAN pertenece a la tercera generación de tratados de esta especie. Las mejoras consisten en que se establecen mecanismos más sólidos, se incluyen procedimientos para controversias con más de dos partes e introduce plazos y términos mucho más estrictos. Asimismo, el TLCAN extiende las fronteras de la resolución de controversias al incluir disputas derivadas de diversos temas que tradicionalmente quedaban excluidos como lo son propiedad intelectual, medidas sanitarias, fitosanitarias y ambientales y servicios.

La esencia para la solución de controversias en el TLCAN es la obligación de las Partes de cooperar entre sí y consultarse para alcanzar acuerdos sobre la interpretación y aplicación del mismo y de procurar “en todo momento” llegar a soluciones mutuamente satisfactorias de cualquier asunto que pudiese afectar su funcionamiento.¹⁰⁵ Las disposiciones para la solución de controversias del Capítulo XX se aplican a la prevención o a la solución de todas las controversias entre las Partes relativas a la aplicación o a la interpretación del TLCAN o en toda circunstancia en que una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte es o podrá ser incompatible con las obligaciones del tratado o pudiera causar anulación o menoscabo según el sentido del Anexo 2004.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículo 2003

¹⁰⁶ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículo 2004.

El Artículo 2004 prevé que las disposiciones para la solución de controversias se aplicarán a la prevención o a la solución de todas las controversias relativas a la aplicación o a la interpretación del tratado o en toda circunstancia en que una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte, es o podría ser incompatible con las obligaciones del tratado o pudiera causar anulación o menoscabo de los beneficios que razonablemente pudieron haber esperado recibir de la aplicación de las disposiciones relativas al comercio transfronterizo de servicios o a la propiedad intelectual.

Como se ve, se trata de una materia muy amplia que en principio cubre cualquier controversia entre las Partes que no tenga un mecanismo específico de solución. Alguno de los campos específicos en que puede utilizarse el procedimiento del Capítulo XX son, entre otros:

- a) Cobro de aranceles
- b) Conflictos relacionados con la aplicación de reglas de origen y con los procedimientos aduaneros relativos a la certificación de origen
- c) Comercio de bienes agropecuarios
- d) Establecimiento de medidas fitosanitarias
- e) Adopción de medidas de emergencia por alguna Parte
- f) Adopción o aplicación de normas de calidad
- g) Denegación de beneficios a un inversionista extranjero
- h) Controversias relativas a servicios financieros
- i) Suspensión de beneficios por una Parte

Sin embargo, cabe aclarar que si bien el mecanismo del Capítulo XX es de carácter general, se excluyen específicamente de su ámbito de aplicación determinadas materias porque se establecieron mecanismos *ad hoc*. Como se explicó anteriormente, quedan fuera del ámbito del Capítulo XX las controversias

relativas a inversión,¹⁰⁷ antidumping y cuotas compensatorias,¹⁰⁸ medidas de emergencia,¹⁰⁹ las decisiones de Canadá y de la Comisión de Inversiones Extranjeras de México en materia de adquisiciones,¹¹⁰ la entrada temporal en casos particulares¹¹¹ y las medidas que adopte o mantenga cada Parte respecto de competencia, monopolios y empresas del Estado.¹¹²

El TLCAN establece que cuando una controversia bilateral surja tanto del TLCAN como del GATT 1947, en los convenios negociados de conformidad con el mismo o en cualquier otro acuerdo sucesor (*i.e.* el Acuerdo sobre la OMC y el GATT 1994), la Parte demandante podrá escoger uno u otro foro; sin embargo, si la controversia es trilateral, las Partes demandantes se consultarán con el fin de convenir en un foro único. Si no llegan a un acuerdo, el procedimiento normalmente se iniciará de conformidad con el TLCAN. Una vez seleccionado un foro, el otro queda excluido a fin de evitar duplicidad de procedimientos y resoluciones contradictorias.¹¹³

Asimismo, el Artículo 2005 establece algunas excepciones a las reglas anteriores. Ellas versan sobre materias relacionadas con acuerdos en materia ambiental y de conservación, sector agropecuario, medidas sanitarias y fitosanitarias o relativas a la normalización. En estos casos, la Parte demandada puede oponerse a que la controversia se dirime en el seno del GATT (o de la OMC y el Órgano de Solución de Diferencias a partir del 1° de enero de 1995), solicitando a la Comisión que recurra a los procedimientos de solución de controversias previstos en el procedimiento, ya sea conforme a los procedimientos del GATT (ahora OMC) o del TLCAN, el foro seleccionado será excluyente del otro.

¹⁰⁷ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículos 1138.1 y 2101.

¹⁰⁸ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Capítulo XIX.

¹⁰⁹ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículo 804.

¹¹⁰ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículo 1138.2 y Anexo 1138.2.

¹¹¹ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículo 1606.

¹¹² Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículo 1501.

¹¹³ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículo 2005.

1. Consultas entre las Partes

El mecanismo previsto en el Capítulo XX exige que las controversias primero se ventilen a nivel de consultas entre las Partes interesadas. Las Partes consultantes están obligadas a hacer lo posible por resolver la diferencia.¹¹⁴ A este respecto, se dispone que cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito a las otras, la realización de consultas respecto de cualquier medida adoptada o en proyecto, o de cualquier otro asunto que considere pudiese afectar el funcionamiento del tratado. Para ello, la Parte solicitante entregará su solicitud a su sección del Secretariado y a las otras Partes. A menos que la Comisión disponga otra cosa, la tercera Parte que considere tener un interés sustancial en el asunto, estará legitimada para participar en las consultas, mediante la entrega de notificación escrita a su sección del Secretariado y a las otras Partes. Los asuntos relativos a bienes agropecuarios perecederos, se iniciarán dentro de los 15 días a partir de la fecha de entrega de la solicitud.

Mediante las consultas, las Partes harán lo posible por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de cualquier asunto. Para ello, aportarán la información suficiente que permitan un examen completo de la manera en que la medida adoptada, o en proyecto, o cualquier otro asunto, podría afectar el funcionamiento del tratado; darán a la información confidencial o reservada que se intercambie el mismo trato que la daría la Parte que la proporcione; y procurarán evitar cualquier solución que afecte desfavorablemente los intereses de cualquier otra Parte. El propósito de la consulta es hacer todo lo posible por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria en cualquier asunto y existe como una fase previa que debe agotarse antes de iniciar los procedimientos.

2. Buenos oficios, conciliación y mediación de la Comisión

¹¹⁴ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículo 2006.

El Artículo 2007 dispone que cualquiera de las Partes consultantes podrá solicitar, por escrito, que se reúna la Comisión si no se logró resolver un asunto conforme a las consultas antes analizadas, dentro de un plazo de 30 días posteriores a la entrega de la solicitud para las mismas; de 45 días después de dicha entrega, cuando cualquiera de las Partes haya solicitado consulta subsecuente o participado en las relativas al mismo asunto; de 15 días después de la entrega de una solicitud de consultas del asunto relativo a bienes agropecuarios perecederos; o de otro plazo que se acuerde.

Las Partes también podrán solicitar por escrito que se reúna la Comisión cuando hayan iniciado procedimientos de solución de controversias conforme al GATT 1947, respecto a cualquier informe relativo al Artículo 2005 (acuerdos en materia ambiental y de conservación, sector agropecuario, medidas sanitarias y fitosanitarias o relativas a la normalización), y hayan recibido una solicitud para recurrir al procedimiento arbitral ante los paneles dispuesto en el Capítulo XX; y cuando se hayan realizado consultas conforme al Artículo 513 (Procedimientos Aduanales, Grupo de Trabajo y Subgrupo de Aduanas) y al Artículo 723 (Medidas de Normalización, Consultas Técnicas). Para esto, la Parte solicitante mencionará la medida u otro asunto que sea objeto de la reclamación, las disposiciones del tratado que considere aplicables y entregará la solicitud a su sección del Secretariado y a las otras Partes.¹¹⁵

Salvo que la Comisión decida otra cosa, se reunirá dentro de los diez días siguientes y se abocará, sin demora, a la solución de la controversia. Reunida la Comisión, ésta apoyará a las Partes consultantes para lograr una solución mutuamente satisfactoria de la controversia, a cuyo efecto podrá: convocar asesores técnicos o crear grupos de trabajo o de expertos que considere necesarios; recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o a otros procedimientos de solución de controversias; o formular recomendaciones.¹¹⁶ El

¹¹⁵ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículos 2007.1 – 2007.3.

¹¹⁶ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículos 2007.4 y 2007.5.

propósito del artículo es promover la facultad de la Comisión como conciliadora, pues antes de establecer un panel arbitral a solicitud de una de las Partes, se deberán agotar las etapas no contenciosas antes mencionadas con el legítimo objetivo de lograr una solución satisfactoria para todas las Partes involucradas.

3. Principio de Unicidad de las Controversias y Participación de las Partes

El carácter tripartita del TLCAN implica la posibilidad de que surjan controversias multilaterales. Sin embargo, no todas las controversias posibles tendrán ese carácter. La experiencia en el GATT 1947 enseña que la multilateralización de controversias jurídicas puede dificultar su solución. Por otro lado, no es conveniente que se presenten varias controversias de carácter bilateral sobre el mismo asunto, porque podrían ser resueltas de manera diferente e incluso contradictoriamente. En virtud de lo anterior, la Comisión podrá determinar, por sí misma o a solicitud de alguna de las Partes, que se acumulen dos o más procedimientos por considerar conveniente examinarlos conjuntamente.

El mecanismo previsto por el Capítulo XX fomenta la unicidad de procedimientos sobre el mismo asunto. De esta forma, si una tercera Parte considera tener interés sustancial en un asunto, tendrá derecho a participar como reclamante. Si decide no adherirse al procedimiento, deberá normalmente abstenerse de iniciar o continuar un procedimiento conforme al TLCAN o en el GATT 1947 (o en la OMC), respecto al mismo asunto. Sólo en el caso de que surja un cambio significativo en las circunstancias económicas o comerciales podrá la tercera Parte, iniciar otro procedimiento. No obstante, las Partes sí tendrán en todo momento derecho a asistir a todas las audiencias, presentar comunicaciones escritas u orales y recibirlas.¹¹⁷

¹¹⁷ ¹¹⁷ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículos 2008 y 2013.

Antes de entrar al análisis del procedimiento ante un panel arbitral, considero conveniente establecer el carácter del procedimiento arbitral previsto por el Capítulo XX del TLCAN. Al negociar el mecanismo del Capítulo XX, las delegaciones se basaron en el Capítulo 18 del ALC, en el cual se prevén dos tipos de arbitraje: uno obligatorio o vinculante y el otro no obligatorio cuya tarea concluye con la emisión de un informe final que emiten los panelistas y que la Comisión del ALC examinaría para instrumentarlo. En base a la experiencia en el ALC, las Partes determinaron incluir en el TLCAN solamente el llamado arbitraje no obligatorio. Cuando una de las Partes solicita la integración de un panel arbitral, la misión de dicho panel es examinar el asunto sometido y emitir las conclusiones, determinaciones y recomendaciones que estime conducentes para la solución de la controversia. Como veremos a continuación, serán las Partes las que mutuamente acuerden la instrumentación de las resoluciones del panel correspondiente.

4. Inicio del procedimiento ante los paneles

Si en un plazo de treinta días posteriores a la última reunión de la Comisión no se ha resuelto la controversia, cualquiera de las Partes podrá solicitar el establecimiento de un panel arbitral mediante la entrega de la solicitud a su sección del Secretariado y a las otras Partes. La Comisión estará obligada a integrar dicho panel, de manera que ninguna Parte podrá bloquear la continuación del procedimiento arbitral.¹¹⁸

Esta es una de las características más trascendentales del mecanismo, ya que en otros foros que funcionan por consenso, como era el caso de GATT 1947, un solo miembro puede bloquear la adopción de resoluciones para iniciar procedimientos negando sistemáticamente su consentimiento.

¹¹⁸ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículo 2007.

5. Integración de los paneles por selección cruzada

Las Partes deberán integrar una lista de treinta individuos que podrán ser árbitros en los paneles, quienes se designarán por consenso y su nombramiento durará tres años, con opción a ser reelectos. Los árbitros deberán tener conocimientos o experiencia en Derecho, en Comercio Internacional o en la solución de controversias derivadas de acuerdos comerciales. También deberán distinguirse por su objetividad, confiabilidad y buen juicio, así como ser independientes y estar libres de toda vinculación con las Partes y no recibir instrucciones de las mismas.¹¹⁹

La integración de los paneles será con cinco miembros que no necesariamente tienen que estar incluidos en la lista antes mencionada, aunque cualquiera de las Partes involucradas podrá recusarlos sin expresión de causa. En el TLCAN se inventó un novedoso sistema de integración de paneles por selección cruzada. Primero, dentro de los quince días siguientes a la solicitud para la integración del panel, las Partes nombrarán al Presidente del panel, mismo que sólo puede ser ciudadano de una Parte involucrada si así lo acuerdan las Partes. Una vez nombrado el Presidente, operará la selección cruzada de manera que cada Parte contendiente seleccionará dos paneles que sean ciudadanos de la otra Parte contendiente. Si una Parte no selecciona a sus panelistas dentro de un plazo de quince días después de la designación del Presidente, éstos serán seleccionados por sorteo de entre los miembros de la lista que sean ciudadanos de la otra Parte contendiente.¹²⁰

En una controversia trilateral, el panel continuará conformado por cinco panelistas, sin embargo, el procedimiento de selección cambia, aunque continuará habiendo sólo dos partes en la controversia. En este caso, una vez

¹¹⁹ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículo 2009.

¹²⁰ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículo 2011.

designado el Presidente del panel de la misma manera que la expuesta para controversias bilaterales, las dos reclamantes designarán un árbitro cada una entre los nacionales de la Parte contra la que reclaman y la Parte contra la que se dirige la reclamación nombrará los otros dos panelistas. Sin embargo, este artículo no resuelve cómo se integrarán los paneles cuando el TLCAN tenga más de tres Partes y se presenten controversias con más de tres Partes involucradas.¹²¹

6. Las reglas modelo de procedimiento y acta de misión

El procedimiento se llevará a cabo conforme a las Reglas Modelo de Procedimiento que estableció la Comisión,¹²² salvo que las Partes involucradas dispongan otra cosa. Las Reglas Modelo establecen que el procedimiento necesariamente deberá garantizar que las Partes contendientes tengan derecho a por lo menos una audiencia ante el panel y la oportunidad de presentar por escrito alegatos y réplicas. También deberá proteger la confidencialidad de todas las actuaciones escritas u orales.¹²³

El Anexo 2005 establece los parámetros y un marco de referencia en relación con dichas Reglas Modelo. Salvo que las Partes acuerden un procedimiento ad hoc, dentro de los veinte días siguientes a la entrega de la solicitud de integrar un panel, los árbitros deberán establecer el Acta de Misión que en principio será: "Examinar a la luz de las disposiciones aplicables en el TLCAN, el asunto sometido a la Comisión y emitir las conclusiones, determinaciones y recomendaciones a que se refiere el Artículo 2016.2".¹²⁴

¹²¹ El Artículo 2204 "Accesión", permite la incorporación al TLCAN de cualquier país o grupo de países, de conformidad con los términos y condiciones que negocien con la Comisión de Libre Comercio. En el momento que acceden nuevos países, se deberá precisar el mecanismo para la integración de los paneles.

¹²² Reglas Modelo de Procedimiento para el Capítulo XX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y Procedimientos Adicionales conforme a la Regla 33 sobre la Disponibilidad de la Información, 13 de julio de 1995.

¹²³ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículo 2012: Reg.

¹²⁴ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículo 2012.3.

Si una Parte reclamante desea alegar que un asunto ha sido causa de anulación o menoscabo de beneficios, el Acta de Misión deberá indicarlo. Asimismo, el Acta de Misión deberá indicar si una Parte desea que el panel formule conclusiones sobre el grado de los efectos comerciales adversos que haya generado una medida que se juzgue incompatible con las obligaciones del tratado, o haya causado anulación o menoscabo de los beneficios que razonablemente pudieron haber esperado recibir de la aplicación de las disposiciones del Anexo 2004.¹²⁵ Los principios de procedimiento antes mencionados son los mínimos requeridos para otorgarle a las Partes contendientes las garantías de audiencia, confidencialidad y confianza en el buen juicio del panel, sobre los efectos comerciales adversos generados por una medida impugnada por incompatibilidad con el tratado.

7. Expertos y comités de revisión científica

Cuando la controversia verse sobre asuntos de carácter técnico o científico, el panel podrá, ya sea a instancia de Parte o a iniciativa propia, llamar a expertos que le clarifiquen cuestiones de hecho que considere necesarias para el sustento de su propio informe. Asimismo, las Partes contendientes o el panel, salvo cuando aquellas se opongan, podrán solicitar un informe escrito a un comité de revisión científica sobre cualquier cuestión de hecho relativa al medio ambiente, la salud u otros asuntos científicos. El comité será seleccionado por el panel y estará integrado por expertos independientes altamente calificados en su especialidad y deberá recibir la posición que le presenten las Partes respecto a los asuntos que se le sometan. Las Partes deberán recibir copia del informe del comité. Este informe no es vinculatorio para el panel o las Partes, aunque el panel tomará en cuenta el informe, así como las observaciones que las Partes pudieren hacer.¹²⁶

¹²⁵ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículos 2012.4 y 2012.5.

¹²⁶ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículos 2014 y 2015.

8. El informe preliminar del panel

Una vez desahogadas todas las actuaciones escritas y orales necesarias, el panel presentará a las Partes, dentro de los noventa días siguientes al nombramiento del último panelista o en cualquier otro plazo que las Partes o las Reglas Modelo determinen, un informe preliminar. Este deberá estar fundado en los argumentos y comunicaciones presentados por las Partes y en cualquier información recibida de los expertos o del comité de revisión científica. En el informe preliminar deberán incluir las conclusiones de hecho (*findings of fact*), la determinación sobre si la medida en cuestión es o puede ser compatible con el TLCAN y, en caso de que así se le haya solicitado, una determinación sobre si dicha medida causa anulación o menoscabo. Asimismo, deberá incluir sus recomendaciones para la solución de la controversia. En un período de catorce días siguientes a la presentación del informe preliminar a las Partes, estas podrán hacer observaciones por escrito al panel sobre el informe preliminar.¹²⁷

El informe preliminar permitirá que las Partes conozcan el sentido de su resolución antes de que se dicte de manera definitiva. El gran valor de este informe es que da oportunidad a las Partes para reconsiderar su posición y llegar a un acuerdo antes de la decisión final del panel y permite al panel reconsiderar su informe o llevar a cabo exámenes ulteriores en base a las observaciones de las Partes.

9. La determinación final del panel

El panel deberá reconsiderar su informe y, si lo considera necesario, cambiarlo para presentar a las Partes contendientes su determinación dentro de un plazo de treinta días posteriores a la presentación de su informe preliminar, pudiendo incluir los votos particulares sobre las cuestiones en que no haya habido acuerdo unánime, sin mencionar la decisión particular de cada panelista.

¹²⁷ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículo 2016.

Las Partes comunicarán confidencialmente a la Comisión la determinación final del panel con todos sus anexos y esta será publicada quince días después.¹²⁸

10. Ejecución de la determinación final

Una vez que las Partes reciban la determinación final del panel, estas deberán abocarse a resolver la controversia con apego a las recomendaciones ofrecidas por el panel. De ser posible, la solución de la controversia consistirá en la derogación o no ejecución de la medida que haya sido declarada incompatible con el TLCAN. Si no se logra una solución en este sentido, podrá optarse por una compensación. En todo caso, las Partes deberán notificar a sus secciones en el Secretariado toda resolución que hayan acordado.¹²⁹ Se debe recordar que la determinación final no es un laudo y que, por lo tanto, la resolución del panel no es obligatoria.

11. Incumplimiento y suspensión de beneficios

El efecto de la determinación final del panel es que si las Partes no logran un acuerdo para adoptar la determinación y las recomendaciones del panel dentro de un plazo de 30 días siguientes a la recepción de la determinación final, la Parte afectada tendrá derecho de suspender unilateralmente a la otra Parte, beneficios por un monto equivalente al daño que sufre.

La regla de la suspensión unilateral de beneficios equivalentes al perjuicio sufrido se combinó con otras reglas que establecen criterios respecto a cómo efectuar tal suspensión. De ser posible, la suspensión deberá hacerse dentro del mismo sector o sectores que se vean afectados por la medida declarada

¹²⁸ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículo 2017.

¹²⁹ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículo 2018.

incompatible o que causa anulación o menoscabo. Sólo si no es factible la suspensión en esos sectores, podrá hacerse en otros.¹³⁰

En cualquier caso en que un panel haya encontrado que una medida es incompatible con el TLCAN y que ésta afecta sólo al sector de servicios financieros, la suspensión sólo podrá ser en ese sector. Si se afectan el sector de servicios financieros y otro, la suspensión de beneficios en el sector financiero deberá ser equivalente al efecto de la medida en ese sector. Si la medida no afecta al sector de servicios financieros, no podrán suspenderse beneficios en el sector de servicios financieros.¹³¹

Si una Parte contendiente considera que el nivel de beneficios que le han sido suspendidos, es manifestante superior al daño que causa, podrá solicitar a la Comisión que instale un panel para determinar la equivalencia de la suspensión de beneficios con el perjuicio sufrido. El panel seguirá el procedimiento que se señale en las Reglas Modelo y deberá presentar su determinación en un plazo de sesenta días siguientes a la selección del último árbitro. Este sistema de control es trascendental porque sujeta la discrecionalidad de la Parte que suspenda beneficios a ciertos criterios. Esto contribuirá a que la suspensión de beneficios tenga el efecto de una compensación y no el de una represalia.¹³²

3.4.3 Procedimientos Internos y Solución de Controversias Comerciales Privadas

Finalmente, la Sección C del Capítulo XX establece que cuando surjan cuestiones de interpretación o aplicación del TLCAN en tribunales judiciales o administrativos de cualquiera de las Partes y cualquier otra Parte considere que amerite la intervención de la Comisión, podrá solicitarse que la Comisión se reúna para encontrar una interpretación aceptada por todas las Partes. Si la

¹³⁰ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículo 2019.

¹³¹ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículo 1414.

¹³² Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículo 2019.

Comisión logra una interpretación, ésta debe presentarla a los tribunales relevantes. Si no se logra tal interpretación, todas las Partes tendrán derecho a presentar al tribunal su propia interpretación.¹³³

El Artículo 2021 establece que los particulares en el territorio de una Parte no podrán tener el derecho a demandar a otras Partes por violaciones al TLCAN. Asimismo, dispone que los tribunales nacionales de las Partes no podrán juzgar sobre la licitud e ilicitud conforme al TLCAN de las acciones de otras Partes.

Por último, se fomenta el uso del arbitraje comercial internacional privado para la solución de controversias entre particulares, obligando a las Partes a asegurar la observancia, reconocimiento y ejecución en su territorio de laudos arbitrales privados.¹³⁴ Como se mencionó anteriormente,¹³⁵ la Cámara de Comercio de la Ciudad de México, la *American Arbitration Association*, el *British Columbia International Commercial Arbitration Center* y el *Québec National and International Commercial Arbitration Center* crearon el Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de las Américas (CAMCA) y publicaron las Reglas de Mediación y de Arbitraje del CAMCA que entraron en vigor a partir del día 15 de marzo de 1996. Se espera que el CAMCA sea utilizado por los particulares de los tres países como mecanismo para la solución de controversias privadas y que su procedimiento sea incluido en los contratos sobre transacciones internacionales, substituyendo a la Cámara Internacional de Comercio en París y a la *American Arbitration Association* en Nueva York.

3.5 Casos prácticos

Cualquier intento de analizar un procedimiento de solución de controversias no sería completo sin una revisión de los resultados obtenidos dentro de sus primeros años de vigencia.

¹³³ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículo 2020.

¹³⁴ Op. Cit. Nota 20. TLCAN, Artículo 2021.

¹³⁵ *Supra*, nota 95.

Por lo que se refiere al procedimiento de solución de controversias previsto en el Capítulo XX del TLCAN, se han presentado diversos y muy variados casos, de los cuales mencionaremos dos casos ante el Secretariado. El primero de ellos,¹³⁶ fue presentado por el gobierno estadounidense para revisar la aplicación por parte del gobierno de Canadá de aranceles aduaneros superiores a los especificados en el TLCAN para ciertos productos agropecuarios que son bienes originarios de acuerdo a la definición del TLCAN. En dicho caso, el Panel emitió su Informe Final el 2 de diciembre de 1996, donde se falló a favor del gobierno canadiense y se determinó que “la aplicación de derechos aduaneros por el gobierno de Canadá a los productos originarios de Estados Unidos se conforma a las disposiciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.”¹³⁷

El segundo caso¹³⁸ fue presentado por el gobierno mexicano en contra de una medida de salvaguarda impuesta por los Estados Unidos a las escobas de mijo procedentes de México. El panel que analizó este caso determinó que la resolución adoptada por la Comisión de Comercio Internacional (CCI)¹³⁹ de los Estados Unidos era incompatible con las obligaciones de dicho país bajo el

¹³⁶ (CDA-95-2008-01) Aranceles aplicados por Canadá a determinados productos agrícolas originarios de los Estados Unidos, 2 de diciembre de 1996.

¹³⁷ Informe final del panel arbitral establecido de conformidad con el Artículo 2008 del TLCAN con respecto a Aranceles aplicados por Canadá a determinados productos agrícolas originarios de los Estados Unidos (CDA-95-2008-01), 2 de diciembre de 1998.

¹³⁸ (EUA-97-2008-01) El caso de la medida de salvaguarda impuesta por los Estados Unidos a las escobas de mijo mexicanas, 30 de enero de 1998.

¹³⁹ La CCI es una entidad cuasi-judicial independiente del gobierno de los Estados Unidos establecida por la legislación promulgada en 1916. Una de las funciones principales de la CCI es determinar, previa solicitud, el impacto de las importaciones en las industrias estadounidenses de conformidad con diversas disposiciones legislativas, incluyendo las leyes de salvaguarda, antidumping y sobre cuotas compensatorias de Estados Unidos, para proporcionar información y asesoría al Congreso y al Presidente en materia de aranceles y comercio.

TLCAN y, por lo tanto, recomendó que Estados Unidos cumpliera con el tratado tan pronto como fuese posible.¹⁴⁰

En éste caso, se ejemplifica como se siguió el procedimiento, desde la solicitud de la celebración de consultas entre las Partes en disputa hasta la publicación del informe final del panel, incluyendo la utilización de los buenos oficios y la mediación de la Comisión, la participación de una tercera Parte, la integración de un panel arbitral y la presentación del informe preliminar a las Partes. Asimismo, en ambos casos, los Paneles se vieron obligados a examinar la relación existente entre las obligaciones de las Partes bajo el TLCAN y las obligaciones respectivas bajo el GATT 1994 y los acuerdos de la OMC. El análisis se basa en los reportes finales presentados por los paneles correspondientes a las Partes y describe el objeto de cada controversia, los argumentos de las Partes, el mandato de los paneles y las determinaciones de los mismos.

A continuación, se presenta un pequeño análisis de los casos mencionados:

CASO DE LOS ARANCELES APLICADOS POR CANADÁ A DETERMINADOS PRODUCTOS AGRÍCOLAS ORIGINARIOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.

1) Objeto de la controversia.

En su primera comunicación, Estados Unidos de Norteamérica definió así la materia del objeto de la controversia:

¹⁴⁰ Reporte Final del Panel Arbitral establecido de conformidad con el Capítulo XX del TLCAN en el caso de la medida de salvaguarda impuesta por los Estados Unidos a las escobas de mijo (EUA-97-2008-01), 30 de enero de 1998.

Los aranceles aduaneros que aplica el gobierno de Canadá... a ciertos productos agropecuarios (por lo general productos lácteos, aves de corral, huevos, cebada y margarina, incluidos los productos derivados) que son bienes originarios conforme a la definición del Tratado de Libre Comercio de América del Norte...

Estados Unidos sostuvo que Canadá aplicó, con respecto a las importaciones sobre el excedente de la cuota de esos productos estadounidenses, aranceles superiores a los convenidos por Canadá en el TLCAN. Estados Unidos alegó que Canadá incrementó sus aranceles sobre algunos de los productos en cuestión en 1° de enero de 1995, y sobre el resto de los productos el 1° de agosto de 1995, en contravención de sus compromisos en el marco del TLCAN. Estados Unidos afirmó que conforme al TLCAN:

... Canadá se comprometió a no aumentar las tasas de aranceles aduaneros sobre los productos objeto de ésta controversia por encima de las tasas en efecto el 31 de diciembre de 1993, y a eliminar paulatinamente los derechos sobre esos productos ...¹⁴¹

Además, Estados Unidos sostuvo que, conforme al TLCAN, a los productos objeto de la controversia se les habría que aplicar "aranceles a la importación a una tasa especial, concesionaria".¹⁴²

El argumento principal de Estados Unidos en esta controversia fue que Canadá aplicó aranceles a las importaciones sobre el excedente de la cuota de los productos agropecuarios especificados originarios de Estados Unidos contraviniendo así sus compromisos con arreglo al TLCAN. En la comunicación de Estados Unidos, esas tasas arancelarias sobre el excedente de la cuota eran "considerablemente superiores a la tasa de arancel aduanero especificada en el TLCAN y considerablemente superiores a la tasa existente el 31 de diciembre de

¹⁴¹ Primera comunicación de Estados Unidos, párrafo 3.

¹⁴² Primera comunicación de Estados Unidos, párrafo 1.6.

1993.¹⁴³ Estados Unidos invocó el Artículo 302(1) y (2) del TLCAN, que reza así:

1. Salvo que se disponga otra cosa en éste Tratado, ninguna de las partes podrá incrementar ningún arancel aduanero existente, ni adoptar ningún arancel nuevo, sobre bienes originarios.
2. Salvo que se disponga otra cosa en éste Tratado, cada una de las partes eliminará progresivamente sus aranceles aduaneros sobre bienes originarios, en concordancia con sus listas de desgravación incluidas en el Anexo 302.2

Como los aranceles aduaneros existentes eran los que, de conformidad con la definición del Artículo 201(1) del TLCAN, estaban "en vigor a la fecha de entrada en vigor de este Tratado", cualquier incremento de los aranceles por encima de la tasa en vigor el 31 de diciembre de 1993 – el día anterior a la entrada en vigor del TLCAN –, constituye una violación del Artículo 302(1) del TLCAN.

Por su parte, Canadá no disputó el hecho de que había impuesto aranceles para las importaciones sobre el excedente de la cuota de ciertos bienes originarios de Estados Unidos durante el periodo posterior al 1° de enero de 1995. Sin embargo, mientras Estados Unidos caracterizó la acción de Canadá como un incremento de los aranceles en contravención del TLCAN, Canadá reconoció solamente que había "establecido aranceles-cuota"¹⁴⁴ para los productos agropecuarios en cuestión.¹⁴⁵ Canadá mantuvo que tenía la obligación de aplicar esos aranceles a los productos objeto de esta controversia de

¹⁴³ Primera comunicación de Estados Unidos, párrafo 12.

¹⁴⁴ Canadá define el término arancel-cuota como "una tasa arancelaria baja para una cantidad negociada de importaciones para un producto (dentro de la cuota), una tasa arancelaria superior para las cantidades que la excedan ("por encima de la cuota"). (Réplica de Canadá, párrafo i). Una definición similar aparece en su primera comunicación a los Estados Unidos (párrafo 12, nota 2).

¹⁴⁵ Réplica de Canadá, párrafo 16.

conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo sobre la Agricultura concertado en el contexto del Acuerdo de Marrakesh.

Asimismo, Canadá sostuvo que si bien estableció aranceles a las importaciones sobre el excedente de la cuota a productos especificados de origen estadounidense durante el período en cuestión, los aranceles se impusieron como consecuencia de la obligación de convertir en aranceles las barreras no arancelarias¹⁴⁶ existentes al comercio de los productos en cuestión en virtud del Acuerdo sobre Agricultura de la OMC. Ese acuerdo entró en vigor, por lo que respecta a Canadá, Estados Unidos y México, el 1° de enero de 1995. los aranceles aplicados a las importaciones sobre el excedente de la cuota de productos de origen estadounidense eran, por lo tanto, medidas que tuvieron un efecto protector equivalente a las barreras no arancelarias que habían sido aplicadas a los productos originarios de Estados Unidos con anterioridad al período en cuestión, y no nuevas restricciones a las importaciones.

Canadá sostuvo también que, en virtud del TLCAN, las partes litigantes habían acordado que si bien el comercio dentro de la cuota de productos agropecuarios entre las partes continuaría estando regido por el régimen establecido en el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos (ALC), el comercio sobre el excedente de la cuota estaría regido por los acuerdos que se adoptaren al término de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales ("Ronda Uruguay"). Como los aranceles fueron impuestos en cumplimiento de la obligación establecida por el Acuerdo sobre Agricultura de la OMC para convertir las barreras no arancelarias existentes en equivalentes arancelarios, su aplicación al comercio de productos agropecuarios entre Canadá y Estados Unidos está en concordancia con los compromisos de las partes en el marco del TLCAN.

¹⁴⁶ La conversión en aranceles se refiere al proceso de conversión de las barreras no arancelarias en equivalentes arancelarios, es decir, una tasa arancelaria que proporciona un nivel de protección que es equivalente al proporcionado por la barrera no arancelaria. En la práctica el procedimiento de conversión en aranceles no siempre estuvo acorde con esa definición.

Canadá se basó, *inter alia*, en el Artículo 710 del ALC, incorporado en el TLCAN por el Anexo 702.1 del TLCAN, en el Artículo 309(1) del TLCAN y/o en la Nota 5 del TLCAN, así como en los travaux préparatoires y otros documentos y en la práctica posterior de las partes litigantes.

México, en su intervención, destacó que no tenía interés comercial específico en la disputa. Sin embargo, subrayó que tenía:

Un interés considerable en la relación jurídica que existe entre el TLCAN y los Acuerdos de la OMC, así como en otras cuestiones relativas a la interpretación de las disposiciones del TLCAN que podrían ser examinadas durante este proceso.¹⁴⁷

En opinión de México, si bien las partes del TLCAN tenían la intención de liberalizar el comercio entre ellas a un mayor grado de lo previsto en el GATT, el TLCAN no elimina todas las barreras al comercio. Por otra parte, "en lo que respecta al Capítulo VII (Agricultura y medidas sanitarias y fitosanitarias), las partes del TLCAN estaban plenamente conscientes de las negociaciones comerciales de la Ronda Uruguay que por entonces se llevaban a cabo."¹⁴⁸

Destacando el considerable número de disposiciones del TLCAN que hacen referencia al GATT, "acuerdos negociados conforme al GATT", "acuerdos sucesores", "Ronda Uruguay" y otros acuerdos concertados en el marco del GATT, México argumentó, por lo tanto, que:

La interacción entre los derechos y obligaciones multilaterales, trilaterales y bilaterales de las partes deberán analizarse cuidadosamente caso por caso...

¹⁴⁷ Primera comunicación de México (traducción al inglés), párrafo 3.

¹⁴⁸ Primera comunicación de México (traducción al inglés), párrafo 10(d).

No se pueden hacer generalizaciones acerca de la primacía del TLCAN sobre el acuerdo de la OMC (o viceversa).¹⁴⁹

En particular, México expresó cierta inquietud respecto de que el panel pudiese interpretar el TLCAN en cierta manera que pudiera tener implicaciones que no se limitaran a este caso por referencia a las disposiciones del ALC, acuerdo del que México no era signatario. Por consiguiente, en opinión de México, el TLCAN debía interpretarse sobre la base de sus propios términos y condiciones. México expresó también cierta inquietud con respecto al argumento presentado por Canadá, en el contexto de su insistencia en la práctica ulterior, en el sentido de que la no presentación de objeciones o el silencio por una parte respecto de la conducta de la otra parte equivale al consentimiento o aquiescencia de esa conducta que podría estar en violación del Tratado. En particular, México sostuvo que el hecho de que una objeción a una declaración o comportamiento dados "no se haya formulado a su debido tiempo... no significa que se ha renunciado al derecho de invocar la objeción o la posible violación en fecha posterior."¹⁵⁰

2) Mandato del panel.

En una carta firmada por sus representantes el 21 de septiembre de 1995, las partes litigantes acordaron el siguiente mandato para el panel, de conformidad con la Regla 4 de las Reglas Modelo y el Artículo 2012 del TLCAN:

Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, la aplicación por el Gobierno de Canadá de aranceles aduaneros a los productos originarios de Estados Unidos especificados en el documento anexo a la carta de fecha 10 de julio de 1995

¹⁴⁹ Primera comunicación de México (traducción al inglés), párrafo 11.

¹⁵⁰ Comunicación oral de México, transcripción (traducción al inglés), párrafos 6-8.

dirigida por el Sr. Michael Kantor, Representante Comercial de Estados Unidos, al Sr. Roy MacLaren, Ministro de Comercio Internacional de Canadá, y al llegar a conclusiones y hacer determinaciones, atendiendo a lo dispuesto en el Artículo 2016(2)(a) y (b).

El mandato no requirió del Panel que hiciera recomendaciones para la resolución de la controversia. Tampoco se le solicitó que determinase si las medidas objeto de discusión habían causado anulación o menoscabo de los beneficios derivados de cualquier disposición del TLCAN.

3) Procedimiento seguido en la controversia.

1. El 2 de febrero de 1995, Estados Unidos solicitó realizar consultas con Canadá de conformidad con el Artículo 2006(4) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) "relativas a la aplicación por parte del Gobierno de Canadá de aranceles aduaneros superiores a los especificados en el TLCAN para ciertos productos agropecuarios que son bienes originarios de acuerdo a la definición del TLCAN." Sin embargo, las consultas no permitieron encontrar solución a esa diferencia. El 1° de junio de 1995, el Representante Comercial de Estados Unidos solicitó una reunión de la Comisión de Libre Comercio conforme a lo establecido en el Artículo 2007 del TLCAN con el fin de que la Comisión interviniera con sus buenos oficios y como mediador. La Comisión no logró encontrar solución a esta cuestión.
2. El 14 de julio de 1995, el Representante Comercial de Estados Unidos solicitó el establecimiento de un panel arbitral en virtud de lo dispuesto en el Artículo 2008 del TLCAN. En una carta del 19 de julio de 1995, el Gobierno de México, actuando de conformidad con el Artículo 2013 del TLCAN, expresó su intención de participar en el proceso en calidad de tercero.

3. El panel se constituyó con el nombramiento el 19 de enero de 1996 del Profesor Elihu Lauterpacht como Presidente. Los otros miembros del panel fueron los Profesores Ronald C.C. Cuming, Donald M. McRae y Sidney Picker, Jr., y el Decano Stephen Zamora.

4. De acuerdo con las Reglas Modelo de Procedimiento para el Capítulo XX ¹⁵¹ (las "Reglas Modelo"), complementadas por las dos instrucciones de las partes litigantes comunicadas en una carta del 19 de enero de 1996, se fijó el siguiente calendario:

22 de enero de 1996 – presentación de la comunicación escrita inicial de Estados Unidos

19 de febrero de 1996 – presentación de la réplica escrita de Canadá
- presentación de la comunicación escrita inicial de México

12 de marzo de 1996 – audiencia dentro de los 10 días
- presentación de comunicaciones de la audiencia escritas adicionales por las partes

9 de mayo de 1996 – presentación de las partes litigantes del informe inicial del Panel

23 de mayo de 1996 – autorización a las partes litigantes a presentar comentarios sobre el informe inicial

10 de junio de 1996 – presentación a las partes litigantes del informe final del Panel

5. La primera comunicación de Estados Unidos fue presentada el 22 de enero de 1996. La réplica de Canadá y la primera comunicación de México se presentaron el 19 de febrero de 1996.

¹⁵¹ *Reglas Modelo de Procedimiento para el Capítulo XX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y Procedimientos Adicionales conforme a la Regla 35 sobre la Disponibilidad de la Información, 13 de julio de 1995.*

6. La audiencia tuvo lugar en Ottawa los días 12 y 13 de marzo de 1996. Con posterioridad a la misma, el Panel presentó preguntas adicionales a las partes litigantes. Al término de las consultas entre el Panel y las partes litigantes, conforme a lo establecido en la Regla 20 de las Reglas Modelo, el Panel modificó el calendario para el periodo posterior a las audiencias, tal como se indica a continuación:

22 de marzo de 1996 – las partes litigantes intercambiarán y pondrán a disposición del Panel, copias de los documentos mencionados durante la audiencia

12 de abril de 1996 – presentación de las comunicaciones escritas complementarias

15 de julio de 1996 – presentación a las partes litigantes del informe inicial del Panel

29 de julio de 1996 – las partes litigantes podrán presentar comentarios al informe inicial

15 de agosto de 1996 – presentación a las partes litigantes del informe final del Panel

7. De acuerdo con el calendario modificado, el 22 de marzo de 1996 las partes litigantes presentaron al panel los documentos a que se hizo referencia en la audiencia. Las comunicaciones escritas adicionales de las partes participantes fueron presentadas el 12 de abril de 1996. el Informe Inicial (Preliminar) del Panel fue presentado a las partes litigantes el 15 de julio de 1996. Las partes litigantes presentaron al Panel sus comentarios al Informe Inicial el 29 de julio de 1996.

8. A la luz de los comentarios presentados al Informe Inicial, el Panel, de acuerdo con el Artículo 2016(5) del TLCAN, solicitó el parecer de

Canadá sobre un asunto. A raíz de una solicitud de Estados Unidos, el Panel concedió a éste una oportunidad de presentar comentarios por escrito a la respuesta canadiense a las indagaciones del Panel y se concedió a Canadá la oportunidad de responder a estos comentarios adicionales de Estados Unidos. Debido a esos intercambios, el Panel no estuvo en condiciones de presentar su Informe Final a las partes litigantes el 15 de agosto de 1996, como se había determinado previamente. Como resultado de ello, y de acuerdo con el Artículo 2017(1) del TLCAN y la Regla 20 de las Reglas Modelo, el Panel realizó consultas con las partes litigantes con el fin de obtener su consentimiento respecto de la extensión del período en que se les presentaría el Informe Final. Las partes litigantes acordaron la prórroga del plazo propuesta por el Panel. El Informe Final se presentó a las partes litigantes de acuerdo con este calendario revisado.

4) Conclusión.

El Panel decidió que el Artículo 710 del ALC tiene el efecto de traer al TLCAN el régimen que reemplazó las barreras no arancelarias para los productos agropecuarios y que se estableció en virtud de la OMC. Este régimen consiste en una obligación de no introducir ni mantener dichas barreras no arancelarias y el derecho de aplicar aranceles resultantes de la conversión, según se establecen en las listas de aranceles, a las importaciones por sobre el excedente de las cuotas de productos agropecuarios, junto con la obligación de reducir esos aranceles y asegurara ciertos volúmenes mínimos de importaciones. Esos derechos no pierden validez por el Artículo 302(1) del TLCAN.

A la luz de análisis y las conclusiones expresadas en su Informe Final, el Panel determinó que la aplicación de derechos aduaneros por el Gobierno de Canadá a los productos originarios de Estados Unidos y especificados en el documento anexo a la carta del 10 de julio de 1995 del Representante Comercial

de Estados Unidos, Michael Kantor, al Ministro de Comercio Internacional de Canadá, Roy MacLaren, se conformaban a las disposiciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

CASO DE LA MEDIDA DE SALVAGUARDA IMPUESTA POR LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA A LAS ESCOBAS DE MIJO PROVENIENTES DE MÉXICO

1) Objeto de la controversia

Las reclamaciones presentadas por el gobierno de México en este procedimiento se centraron alrededor de una demanda legal única. Con fundamento en las disposiciones que regulan el control de las medidas de salvaguarda globales básicas GATT/OMC, autorizadas por el Artículo 802 del TLCAN¹⁵² y por las reglas complementarias del TLCAN señaladas en el mismo Artículo 802¹⁵³, un gobierno podrá aplicar una medida de salvaguarda a los productos importados, sólo si dichos productos están siendo importados dentro de su territorio en cantidades tan elevadas que causen un "daño serio" a la industria nacional. Tanto los Acuerdos del GATT/OMC como el TLCAN definen a la industria nacional como los fabricantes nacionales de aquellos productos que sean "similares o competidores directos" al producto importado en cuestión.¹⁵⁴ En este caso, la medida de salvaguarda estadounidense se basó en la resolución de la Comisión de Comercio Internacional (CCI), con palabras casi idénticas a las contenidas en la legislación de Estados Unidos, que las escobas de mijo estaban siendo "importadas a (Estados Unidos) en cantidades tan elevadas que se consideran causa substancial de daño serio a la industria nacional que produce un bien similar o competidor directo con el bien importado." La reclamación legal principal formulada por el gobierno de México

¹⁵² Artículo 2 del *Acuerdo de Salvaguardas de la OMC*.

¹⁵³ Por ejemplo, el Artículo 802 del TLCAN impide la aplicación de medidas de salvaguarda globales a los productos de otras partes del TLCAN, a menos que las importaciones de esa otra parte "contribuyan de manera considerable" con el daño serio.

¹⁵⁴ Artículo 4(1)(c) del *Acuerdo sobre Salvaguardas de la OMC*; Artículo 805 del TLCAN.

fue que la CCI no definió correctamente el concepto de industria nacional cuya condición económica debe ser examinada para determinar la existencia de “daño serio”.

La CCI determinó que la industria nacional aplicable era únicamente el grupo de instalaciones de producción estadounidense dedicado a la fabricación de escobas de mijo y ninguna otra. En consecuencia, el informe de la CCI sobre “daño serio” se basó en su análisis de la condición económica de sólo las instalaciones mencionadas. El gobierno de México argumentó que la industria nacional aplicable debería haber incluido las instalaciones de producción dedicadas a la fabricación de escobas de plástico. Como consecuencia de lo anterior, México sostuvo que el análisis de la CCI sobre “daño serio” debió basarse en un análisis global de la condición económica de ambas instalaciones de producción de Estados Unidos – las que producen escobas de mijo y las que producen escobas de plástico -. En conclusión, México advirtió que la resolución de la CCI sobre daño serio era incorrecta desde el punto de vista legal, debido a que estuvo sustentada en el análisis de una sola parte de la industria nacional aplicable.

El gobierno de México argumentó que era errónea la resolución de la CCI de que la industria nacional constaba sólo de las escobas de mijo por dos razones principales:

- 1) La resolución de la CCI se basó en una definición de “producto similar” que no se adecuaba a la definición legal correcta de este término en los acuerdos GATT/OMC y en el TLCAN.
- 2) Algunos elementos de la resolución de la CCI no cumplieron con los requisitos de integridad, consistencia y transparencia del Artículo 803 y del Anexo 803 del TLCAN relacionados con la investigación y evaluación de los hechos y cuestiones de derecho llevados a cabo por la autoridad investigadora nacional.

Durante el procedimiento llevado a cabo ante el Panel, México también llamó la atención acerca de algunas partes de la resolución de la CCI relacionadas con la definición de industria nacional, que sugerían que el fundamento legal de su decisión podría no haber sido el concepto de “producto similar” y argumentó que las teorías legales alternativas derivadas de estas ambigüedades fueron también la fuente del error de derecho.

El gobierno de Estados Unidos interpuso dos objeciones preliminares a estos argumentos. Primero, Estados Unidos sostuvo que el Panel no tenía jurisdicción para examinar la conformidad de las “medidas globales de salvaguarda” con los requisitos legales del GATT/OMC y el segundo, que el panel no podía examinar la reclamación de México de que la resolución de la CCI no cumplía con el Artículo 803 y el Anexo 803.3(12) del TLCAN, debido a que México no había dado aviso oportuno de dicha reclamación.

2) Derecho aplicable del TLCAN

El Capítulo VIII del TLCAN intitulado “Medidas de Emergencia”, permite a los gobiernos imponer incrementos temporales a los aranceles y otras restricciones al comercio, que de otra manera estarían prohibidos por las obligaciones contraídas en el Capítulo III, cuando se determine que el incremento en las importaciones de un bien constituyen una causa sustancial de daño serio, o una amenaza del mismo a una industria nacional bajo determinadas condiciones específicas. Las restricciones al comercio que proporcionan remedio en esas situaciones se conocen como “medidas de salvaguarda”.

En términos generales, en Capítulo VIII del TLCAN tiene tres componentes principales:

Artículo 801. Medidas Bilaterales. Permite que una parte retire temporalmente a otra, una concesión arancelaria establecida en el TLCAN si, como resultado de dicha concesión, los bienes de esa otra parte están siendo importados en cantidades tan elevadas que constituyan una causa sustancial de daño serio o amenaza del mismo, a una industria nacional que produzca un bien similar o competidor directo.

Artículo 802. Medidas Globales. Señala que las partes conservan sus derechos y obligaciones conforme al Artículo XIX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y el Acuerdo sobre Salvaguardas de la Organización Mundial de Comercio (OMC). El Artículo XIX dispone que un miembro de la OMC puede suspender obligaciones o concesiones de acceso al mercado sobre una base multilateral, cuando las importaciones de un bien sean una causa de daño serio o amenaza del mismo a una industria nacional que produzca un bien similar o competidor directo.

Artículo 803. Obliga a las partes a asegurar que los procedimientos y resoluciones de salvaguarda –tanto bilaterales como globales- cumplan con ciertos requisitos diseñados para garantizar un trato justo, objetivo y transparente.

3) Procedimiento seguido en la controversia

1. El 4 de marzo de 1996, la Agrupación Estadounidense de Escoberos de Mijo (U.S Cornbroom Task Force), grupo industrial cuyos miembros representan más del 50% de la producción nacional de escobas de mijo, presentaron peticiones ante la CCI con base en la Sección 202 de la Ley de Comercio de 1974, disposición legal de Estados Unidos que permite la imposición de medidas de salvaguarda. La solicitud señalaba que las escobas de mijo se importaban a los Estados Unidos en cantidades tan elevadas que constituían una causa sustancial de

daño serio, o amenaza del mismo a la industria nacional que fabricaba escobas de mijo.

2. Al momento en que presentaron su petición al tenor de la Sección 202, la Agrupación presentó una segunda petición a la CCI bajo la Sección 302(b) de la Ley que Instrumenta el TLCAN, ley estadounidense que autoriza las medidas de salvaguarda establecidas en el Artículo 801 del TLCAN. Esta segunda petición alegaba que, como resultado de la reducción o eliminación del arancel estipulado en el TLCAN, las escobas de mijo mexicanas estaban siendo importadas a Estados Unidos en cantidades tan elevadas (en términos absolutos) y en condiciones tales, que las importaciones de México de ese producto, por sí mismas, constituían una causa sustancial de daño serio o amenaza del mismo, a la industria nacional que fabrica un producto similar o competidor directo del bien importado. Según lo dispuesto en la ley estadounidense, la CCI realizó las dos investigaciones, de manera conjunta.
3. El 2 de julio de 1996, la CCI anunció su resolución de daño en las dos investigaciones. El 30 de agosto de 1996, el Presidente de Estados Unidos determinó que tomaría medidas pertinentes y viables en la medida de salvaguarda global, pero no tomaría medidas tratándose de la salvaguarda bilateral al tenor del TLCAN. Sin embargo, en lugar de implantar la medida en el caso de la salvaguarda global en ese momento, el Presidente anunció que primero buscaría una solución negociada con los países pertinentes que planteara el daño serio a la industria, promoviera un ajuste beneficioso y lograra un equilibrio entre los distintos intereses involucrados.
4. Se celebraron consultas con México el 6 de septiembre de 1996 y el 9 de octubre de 1996, y con otros países interesados en el asunto. No

se logró arreglo alguno. El 28 de noviembre de 1996, el Presidente emitió la Proclamación N°6961 adoptando medidas de salvaguarda, vigentes a partir de esa fecha, por un período de tres años. En efecto, dichas medidas de salvaguarda ignoraban las obligaciones arancelarias estadounidenses bajo el TLCAN aplicables a escobas de mijo procedentes de México.¹⁵⁵

5. El 21 de agosto de 1996, poco después de que el Presidente determinara que aplicaría una medida de salvaguarda global, el gobierno de México, tratando de llegar a un arreglo, solicitó la celebración de consultas al gobierno de Estados Unidos, con base en el Artículo 2006(4) del TLCAN. Las consultas se celebraron el 6 de septiembre de 1996 y el 9 de octubre de 1996, pero no lograron resolver la controversia. En consecuencia, el 25 de noviembre de 1996, el gobierno de México solicitó con base en el Artículo 2007 del TLCAN que la Comisión Libre de Comercio se reuniera para tratar este asunto.
6. el 28 de noviembre de 1996, el Presidente de Estados Unidos emitió su Proclamación N°6961 imponiendo un incremento arancelario de tres años en los términos descritos arriba. La Comisión de Libre Comercio se reunió el 11 de diciembre de 1996 pero tampoco logró resolver la controversia.
7. El 12 de diciembre de 1996, México instituyó aranceles de represalia contra ciertas importaciones de Estados Unidos, que México afirmaba habían tenido un efecto sustancialmente equivalente a la medida de salvaguarda estadounidense. De acuerdo con México, el efecto en el

¹⁵⁵ Estos aranceles se incorporaron a la Lista de Estados Unidos del Anexo 302.2 del Capítulo III del TLCAN.

comercio de la medida de Estados Unidos será aproximadamente de \$1.4 millones de dólares para el primer año.¹⁵⁶

8. El 14 de enero de 1997, México solicitó la integración de un panel arbitral de conformidad con el Artículo 2008 del TLCAN.¹⁵⁷ El 28 de abril de 1997, se estableció un Acta de Misión para el Panel, en los siguientes términos:

“Examinar, a la luz de las disposiciones aplicables del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el asunto sometido a la Comisión en los términos de la solicitud para la reunión de la Comisión, presentada por México el 25 de noviembre de 1996, y emitir las conclusiones, determinaciones y recomendaciones a que se refiere el Artículo 2016(2).”

9. El panel se constituyó el 17 de julio de 1997. La solicitud de México fue presentada ante el Secretariado, el 31 de julio de 1997, y la contestación de Estados Unidos a dicha solicitud, el 25 de agosto de 1997. El 9 de septiembre de 1997, se celebró una audiencia en Washington D.C. Al día siguiente de dicha audiencia, el Panel solicitó a las partes que contestaran a las preguntas que se les formulaban por escrito. El 10 de octubre de 1997, las partes presentaron sus respuestas a las preguntas formuladas por el Panel. El 22 de octubre de 1997, México presentó los comentarios a las respuestas de Estados Unidos a las preguntas del Panel. El 3 de noviembre de 1997, tanto México como Estados Unidos presentaron escritos complementarios.

¹⁵⁶ Escrito inicial presentado por México, párrafo 26.

¹⁵⁷ Carta del gobierno de México solicitando el establecimiento de un Panel, 14 de enero de 1997. México. Anexo 16.

10. El 7 y 8 de noviembre, los miembros del Panel se reunieron por segunda vez para preparar su reporte. Después de diversas comunicaciones por escrito y conferencias telefónicas, el 8 y 16 de diciembre de 1997, el Panel terminó su reporte, el cual fue circulado, en primer lugar, a las partes el 23 de diciembre de 1997. Los comentarios de las partes al reporte inicial fueron comunicados al Panel el 16 de enero de 1998. El texto final del reporte fue comunicado a las partes el 30 de enero de 1998.

4) Determinaciones y Conclusión

En relación con el argumento de los Estados Unidos de que el Panel no tenía jurisdicción para examinar las recomendaciones hechas por México basadas en el Acuerdo sobre Salvaguardas de la OMC, el Panel determinó que no era necesario resolver esta objeción preliminar, debido a que era posible resolver las cuestiones en controversia únicamente bajo el Tratado. Después de examinar en su totalidad las reclamaciones legales de México bajo tantas medidas de salvaguarda del GATT/OMC como las del TLCAN, el Panel finalmente concluyó que la controversia podía resolverse con base en la disposición que se establece, casi en términos idénticos, tanto en el Anexo 803.3(12) del TLCAN como en el Artículo 3.1 del Código sobre Salvaguardas de la OMC –dicha disposición requiere que la autoridad investigadora publique un informe que indique los resultados de las investigaciones y sus conclusiones razonadas sobre las cuestiones pertinentes de hecho y de derecho.

Ya que, tanto en las versiones del TLCAN como en el Acuerdo de la OMC, las disposiciones son substancialmente idénticas, la aplicación de la versión de la disposición de la OMC no habría cambiado la conclusión legal alcanzada de conformidad con el Anexo 803.3(12) del TLCAN. El Panel eligió fundamentar su decisión en su integridad en el Anexo 803.3(12), sin tomar en cuenta el Artículo 3.1 del Código sobre Salvaguardas. En consecuencia, resultó innecesario que el

Panel resolviera respecto a la objeción preliminar de Estados Unidos relativa a la jurisdicción que tiene el Panel de examinar las disposiciones GATT/OMC relacionadas con el Artículo 802 del TLCAN.

El asunto de si el aviso de una situación de derecho identificada mediante la cita de una disposición de un acuerdo, claramente incluye el aviso de los asuntos relacionados que han sido tratados explícitamente en cualquier otra disposición de ese acuerdo es una cuestión que siempre dependerá de la relación que exista entre los hechos legales particulares involucrados. En este caso, el Panel encontró que las cuestiones legales identificadas por una reclamación legal de error en la aplicación del concepto de industria nacional, señalado como referencia en los Artículos 802 y 805 del TLCAN, necesariamente incluían las cuestiones legales más específicas señaladas en el Artículo 803 y en el Anexo 803.3 del TLCAN. Por lo tanto, el Panel resolvió que el aviso dado por México tanto en su solicitud para consultas como en su solicitud para una reunión de la comisión, eran los avisos adecuados de las reclamaciones legales de México bajo el Artículo 803 y el Anexo 803.3 del TLCAN. Ya que de cualquier manera, en ambas comunicaciones se dio el aviso, resultaba innecesario el decidir si las mismas requerían de un aviso.

En conclusión, el Panel rechazó la objeción preliminar interpuesta por Estados Unidos respecto a la suficiencia del aviso dado por México. Asimismo, el Panel concluyó que el acta de misión le autorizaba a examinar las reclamaciones legales de México bajo el Artículo 803 y el Anexo 803.3 del TLCAN y que el Panel no se encontraba imposibilitado para examinar dichas reclamaciones legales. Por lo que se refiere a la cuestión de fondo, el Panel determinó que una explicación clara del fundamento legal de las resoluciones de la CCI sobre la industria nacional era una condición esencial para llevar a cabo, de manera efectiva, una revisión sobre las medidas de salvaguarda ante un Panel del Capítulo XX. Una revisión efectiva, en su caso, era esencial para cumplir con el objetivo del Preámbulo del TLCAN de "establecer reglas claras y

ventajas (a las partes) comerciales". En consecuencia, la insuficiencia de la explicación de la CCI en su resolución respecto a la definición de la industria nacional debía ser igualmente compatible con las disposiciones paralelas del Anexo 803.3(12) del TLCAN, que requiere que las resoluciones sobre salvaguarda proporcionen "conforme a las conclusiones razonadas sobre las cuestiones de hecho y de derecho pertinentes." De manera similar, aún cuando la insuficiencia de la resolución de la CCI no fue invocada en este sentido en las últimas etapas del procedimiento ni fue resumida por las partes, el Panel se vió obligado a tomarla en cuenta al dictar su decisión para poder liberarse de la responsabilidad de regular sobre las reclamaciones de error de derecho que había sido debidamente interpuestas bajo uno o más de los distintos posibles significados de su ambigua resolución.

De acuerdo con lo anterior, el Panel determinó finalmente que la resolución de la CCI sobre la cuestión de la industria nacional, era incompatible con las obligaciones de Estados Unidos bajo el Anexo 803.3(12) del TLCAN. Las medidas de salvaguarda que se encontraban en vigor, de conformidad con la Proclamación N°6961, estaban basadas en una resolución de la CCI que no proporcionaba "conclusiones razonadas sobre las cuestiones pertinentes de derecho y de hecho." Dicha resolución constituía una continua violación de las obligaciones del gobierno del Estados Unidos bajo el TLCAN. Además, esa medida ya había estado en vigor durante dos años. Por lo tanto, el Panel recomendó que Estados Unidos cumpliera con el tratado lo antes posible.

CAPITULO IV. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC) Y SU ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

4.1 La evolución del sistema de solución de controversias desde el GATT de 1947

La necesidad de facilitar el comercio mundial, eliminando las restricciones al mismo, fue un objetivo auspiciado por Estados Unidos y el Reino Unido incluso en plena Segunda Guerra Mundial. No es extraño que uno de los puntos de la Carta del Atlántico figurara el de facilitar, una vez concluida la conflagración bélica, "el acceso al comercio y a las materias primas del mundo, que son indispensables para su prosperidad económica."¹⁵⁸ La experiencia de la década de los años treinta, con su depresión económica, sin duda se tuvo presente. Finalizada la guerra, el gobierno norteamericano propuso a varios gobiernos la convocatoria de una conferencia internacional sobre el comercio, iniciativa que fue recogida por la ONU, cuyo Consejo Económico y Social adoptó, en 1946, una resolución creando un comité preparatorio de dicha conferencia que, después de diversas reuniones y negociaciones durante el período de octubre de 1946 a agosto de 1947, aprobó un proyecto de acuerdo al respecto.

Meses más tarde se reunió, convocada por el Consejo Económico y Social, la Conferencia de La Habana con asistencia de 56 países (noviembre de 1947 a enero de 1948). Se redactó un proyecto de Convención, conocido por "Carta de La Habana", que proponía estructurar de manera equitativa los intercambios internacionales y crear una Organización Internacional de Comercio, que sería un organismo especializado de la ONU. Pero la referida Carta nunca llegó a entrar en vigor, al negarse el Senado norteamericano a

¹⁵⁸ Mangas Martín, Araceli. *La Organización Mundial del Comercio y las relaciones multilaterales comerciales*, en Jiménez de Aréchaga, Eduardo. *Derecho Internacional Público*. Tomo V. Fundación de Cultura Universitaria. Segunda Edición. Montevideo, 1995. p. 305.

ratificarla por estimar que la nueva Organización no era suficientemente librecambista y, consiguientemente, la proyectada Organización nunca se llegó a constituir.

La falta de entrada en vigor de la Carta de La Habana fue paliada a través del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1947), redactado en el seno del Comité preparatorio de la Conferencia, el cual fue suscrito en Ginebra por veintitrés países el 30 de octubre de 1947 y entró en vigor el 1° de enero de 1948, mediante un Protocolo relativo a la aplicación provisional del Acuerdo General que sobrevivió hasta el 1° de enero de 1995.¹⁵⁹

El Acuerdo tuvo una importancia no prevista por sus redactores, dado que, al fracasar la entrada en vigor de la Carta de La Habana y la Organización Internacional de Comercio, el GATT 1947 se convirtió hasta 1994 en el más importante instrumento enunciador de normas comerciales aceptadas por la inmensa mayoría de los Estados que participan en el comercio mundial, así como en el impulsor de ocho grandes Rondas de negociaciones multilaterales encaminadas a liberalizar el comercio internacional.

De nuevo en su foro, y al término de la octava ronda, la Ronda Uruguay, los Estados Partes del GATT 1947 decidieron crear la Organización Mundial del Comercio (OMC) y en su seno dar vida a un renacido GATT (GATT 1994). Pero antes de entrar al análisis de la OMC y el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias de la OMC (Entendimiento para la Solución de Diferencias o ESD), considero relevante mencionar cual fue la evolución del GATT 1947 y de su sistema de solución de diferencias, toda vez que la OMC y el ESD son herederos directos de esa experiencia que duró 50 años.

¹⁵⁹ México quedó inscrito como Parte Contratante del GATT 1947 el 24 de agosto de 1986. Protocolo de Adhesión de México al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. Texto en *Tratados Celebrados por México*. Tomo XXVII. P. 281. op. Cit. Nota 6.

4.1.1 El GATT 1947

El fracaso de la creación de la Organización Internacional de Comercio dejó un gran vacío en el comercio internacional de la posguerra. Por lo tanto, fue natural que la única institución existente, el GATT 1947, llenara ese vacío gradualmente y se convirtiera en un foro donde un número creciente de asuntos relacionados con el comercio fuesen manejados. Al pasar de los años, más países se convirtieron en Partes Contratantes y el GATT 1947 fue creciendo en importancia.¹⁶⁰

Al principio, las partes contratantes se reunían cada seis meses durante varias semanas para discutir diversos problemas relacionados con la implementación del GATT 1947. Sin embargo, debido a la idea de que el GATT 1947 no era una "organización", existía una considerable reticencia en delegar cualquier actividad, aún a "comités". Gradualmente, las reservas fueron desapareciendo y las partes contratantes permitieron la creación de un comité que se reuniría entre las sesiones del GATT 1947.

La evolución del GATT 1947 se dio lentamente a través de los años y se basó sobre todo en las experiencias y necesidades de las partes contratantes a medida que el comercio internacional se fortalecía. Por ejemplo, en un inicio no existía un secretariado, pero las necesidades de coordinar las sesiones y los comités que surgieron, obligaron a que el pequeño grupo de trabajo que participó en las negociaciones fracasadas de la Organización Internacional de Comercio se convirtiera en el Secretariado del GATT y se nombrara a su primer director general. Así, el GATT fue creciendo plagado de deficiencias, debido a que el Acuerdo inicial no estaba diseñado para funcionar como una organización internacional y cualquier problema que surgía era solucionado en ese momento de manera pragmática. Todo intento por formalizar las prácticas comerciales de

¹⁶⁰ Al final de la Ronda Uruguay, más de 120 Estados participaban en las negociaciones.

forma legal fracasaron debido a las constantes pugnas entre las potencias comerciales: Estados Unidos, Europa y Japón.

Conforme el GATT 1947 crecía en importancia, las partes contratantes mejoraron su práctica a través de complicadas rondas de negociaciones. En total, se dieron ocho rondas de negociaciones, de las cuales destacan la Ronda Kennedy, la Ronda Tokio y la Ronda Uruguay. Las primeras cinco rondas se concentraron exclusivamente a la negociación de tarifas arancelarias. Durante la Ronda Kennedy (1962-1967), las partes contratantes reformaron las cláusulas generales del GATT 1947, la última reforma hasta la entrada en vigor del GATT 1994. Asimismo, las partes contratantes trataron por primera vez el problemático asunto de las medidas no arancelarias, con modestos resultados debido a la posición de Estados Unidos en comprometerse a cambiar su sistema de valorar productos de importación.

La Ronda Tokio (1973-1979) tuvo poca fuerza en un principio, debido a la experiencia con los Estados Unidos durante la Ronda Kennedy. No obstante, al final se obtuvieron resultados importantes sobre medidas arancelarias y no arancelarias. Aparte del GATT 1947, las Negociaciones Comerciales Multilaterales (o MTN por sus siglas en inglés), que formaron parte de esta ronda fueron los acuerdos más importantes de las primeras siete rondas. En adición a los protocolos de reducción de tarifas, los resultados de las MTN incluyeron nueve acuerdos especiales y cuatro "entendimientos", los cuales ampliaron substancialmente el alcance del GATT 1947.

Sin embargo, la condición legal de dichos acuerdos y entendimientos no era precisamente clara. Los nueve acuerdos fueron negociados independientemente y por lo tanto solo eran obligatorios para las partes que los firmaron y ratificaron. Dicha situación creó graves problemas para la implementación de los Códigos que surgieron de dichos acuerdos, ya que no todas las partes contratantes del GATT 1947 eran parte de todos los acuerdos.

Este problema continuó plagando al GATT 1947 y fue, como veremos más adelante, uno de los principales cambios del Acuerdo sobre la OMC al reunir todos los acuerdos derivados de la Ronda Uruguay en un solo documento jurídico.

El Acta Final de la Ronda Uruguay se firmó solemnemente el 15 de abril de 1994 en Marrakech, Marruecos por más de 120 Estados tras siete años de difíciles negociaciones. Los objetivos al iniciarse la Ronda en Uruguay (1986-1994) fueron los siguientes:

- Una mejora en los intercambios comerciales, incluidos los productos agrícolas, mediante una reducción del 36 por 100 de los aranceles.
- Iniciar la liberalización de los servicios (bancos, seguros, transportes, inversiones financieras y asegurar una protección mínima de los derechos de propiedad intelectual –derechos de patentes y marcas-, etc.)

Uno de los logros más significativos de la Ronda Uruguay fue el incluir dentro del sistema de reglas de GATT 1947 una serie de nuevos temas. Cuatro temas son de especial importancia: el comercio de servicios, los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio y el comercio en productos agropecuarios. Hubieron muchas otras áreas del comercio (textiles, comercio de mercancías, antidumping, entre otras) negociadas al amparo de la Ronda Uruguay, pero las cuatro áreas antes mencionadas fueron las de mayor importancia.

De las negociaciones bajo la Ronda Uruguay surgieron diversos acuerdos, entendimientos y decisiones que reúnen la experiencia obtenida a lo largo de cincuenta años de una manera completa y bajo un solo documento jurídico. Las

grandes innovaciones de la Ronda Uruguay fueron la creación de la Organización Mundial del Comercio, el GATT 1994, el Entendimiento para la Solución de Diferencias, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS por sus siglas en inglés), el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (TRIPS por sus siglas en inglés), el Acuerdo sobre Agricultura y el Acuerdo sobre Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio.¹⁶¹

4.1.2 La evolución del sistema de solución de diferencias bajo el GATT 1947

Por lo que concierne al sistema de solución de diferencias bajo el GATT 1947, este evolucionó en la práctica del Acuerdo, basándose únicamente en los Artículos XXII y XXIII del mismo. Debido a que existía un detallado procedimiento para la solución de diferencias previsto por la Carta de la Habana y que el GATT 1947 se pensó inicialmente como un mecanismo provisional para la negociación de tarifas hasta que entrara en vigor la Carta de La Habana y, por lo tanto, la Organización Internacional de Comercio, los Artículos XXII y XXIII ni siquiera hacen la menor mención explícita de las palabras “solución de diferencias”. El Artículo XXII prevé el establecimiento de consultas bilaterales “cuando éstas se refieran a una cuestión relativa a la aplicación del presente Acuerdo” y, a solicitud de una parte contratante, la celebración de consultas multilaterales “sobre toda cuestión para la que no haya sido posible hallar una solución satisfactoria por medio de las consultas previstas en el párrafo 1”. El Artículo XXIII se refiere a “Anulación o Menoscabo” y dispone:

1. En caso de que una parte contratante considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada o que el cumplimiento

¹⁶¹ Para un análisis más profundo de los acuerdos derivados de la Ronda Uruguay, ver Jackson, op. Cit., pp. 305 y ss; y Mangas Martín, op. Cit. pp. 310 y ss.

de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido a consecuencia de:

- a) que otra parte contratante no cumpla con las obligaciones contraídas en virtud del presente Acuerdo; o
- b) que otra parte contratante aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo; o
- c) que exista otra situación,

dicha parte contratante podrá, con el objeto de llegar a un arreglo satisfactorio de la cuestión, formular representaciones o proposiciones por escrito a la otra u otras partes contratantes que, a su juicio, estime interesadas en ella. Toda parte contratante cuya intervención se solicite de este modo examinará con comprensión las representaciones o proposiciones que le hayan sido formuladas.

2. Si las partes contratantes interesadas no llegan a un arreglo satisfactorio en un plazo razonable o si la dificultad surgida es una de las previstas en el apartado c) del párrafo 1 de este artículo, la cuestión podrá ser sometida a las PARTES CONTRATANTES. Estas últimas efectuarán rápidamente una encuesta sobre toda la cuestión que se les someta al respecto y, según el caso, formularán recomendaciones apropiadas a las partes contratantes que consideren interesadas, o dictarán una resolución acerca de la cuestión. Las PARTES CONTRATANTES podrán, cuando lo juzguen necesario, consultar a partes contratantes, al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y a cualquier otra organización intergubernamental competente. Si consideran que las circunstancias son suficientemente graves para que se justifique tal medida, podrán autorizar a una o varias partes contratantes para que suspendan, con respecto a una o más partes contratantes, la aplicación de toda concesión o el cumplimiento de otra obligación resultante del Acuerdo General

cuya suspensión estimen justificada, habida cuenta de las circunstancias. Cuando se suspenda efectivamente esa concesión u otra obligación con respecto de una parte contratante, ésta podrá, en un plazo de sesenta días a contar de la fecha de aplicación de la suspensión, notificar por escrito al Secretario Ejecutivo (Director General) de las PARTES CONTRATANTES que es su propósito denunciar el Acuerdo General; esta denuncia tendrá efecto cuando expire un plazo de sesenta días a contar de aquél en que el Secretario Ejecutivo de las PARTES CONTRATANTES haya recibido dicha notificación.

En los primeros años del GATT 1947, las Partes Contratantes establecieron grupos de trabajo para manejar las diferencias que surgieran bajo el Artículo XXIII:2. Estos grupos de trabajo incluían a las partes en la controversia y, como funcionaban en base al consenso, tenían un fuerte contenido de negociación para adoptar sus resoluciones. A partir de 1952, se hizo común el uso de "paneles" compuestos por entre tres y cinco expertos independientes. A partir de las Rondas Kennedy y Tokio, el procedimiento de solución de controversias se fue codificando y suplementando con una variedad de decisiones y entendimientos adoptados por las partes contratantes.

El Entendimiento para la Solución de Diferencias se refiere a las reglas y procedimientos del GATT 1947¹⁶² y los reemplaza con el nuevo procedimiento para la solución de diferencias de la OMC, mismo que se apoya en el sistema desarrollado en el seno del GATT 1947. de conformidad con el Artículo XVI:1 del Acuerdo sobre la OMC, "la OMC se regirá por las decisiones, procedimientos y práctica consuetudinaria de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947 y los órganos establecidos en el marco del mismo".¹⁶³ El Anexo 1 A del Acuerdo sobre la OMC define al GATT 1994 de tal manera que incluye no solo las

¹⁶² Op. Cit. nota 30. ESD. Artículo 3:1.

¹⁶³ Op. Cit. nota 20. Acuerdo sobre la OMC. Artículo XVI:1.

disposiciones del GATT 1947, sino que también, "las disposiciones de los instrumentos jurídicos indicados a continuación que hayan entrado en vigor en el marco del GATT de 1947 con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC:

- i) protocolos y certificaciones relativos a las concesiones arancelarias;
- ii) protocolos de adhesión...;
- iii) decisiones sobre exenciones otorgadas al amparo del artículo XXV del GATT de 1947 aún vigentes en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC;
- iv) las demás decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947."¹⁶⁴

El GATT 1994, por lo tanto, incluye también las decisiones de las partes contratantes del GATT 1947 sobre la adopción de los informes de los paneles para la solución de controversias. Esto representa el reconocimiento de dichos reportes y decisiones adoptados bajo el GATT 1947 como precedente en la ley del GATT 1994 y su subsecuente aplicación. El Entendimiento para la Solución de Diferencias también se desarrolló en base a la "adhesión a los principios de solución de diferencias aplicados hasta la fecha al amparo de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1947 y al procedimiento desarrollado y modificado por el presente instrumento".¹⁶⁵

La interpretación y la aplicación del derecho de la OMC y de su procedimiento para la solución de diferencias estará, por lo tanto, muy influenciada por la anterior evolución del sistema de solución de controversias del GATT 1947. el hecho de que el ESD adopte las decisiones de los paneles creados bajo el GATT 1947 construye un puente entre los dos documentos,

¹⁶⁴ Anexo I A del Acuerdo sobre la OMC; Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías; Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, Artículo I.b).

¹⁶⁵ op. Cit. nota 30. ESD. Artículo 3:1.

permite un cambio menos abrupto entre los mismos y reconoce como jurisprudencia a dichas decisiones. Lo anterior brinda a la OMC y su procedimiento para la solución de diferencias una secuencia lógica y una solidez que ofrece a los Miembros confianza en presentar sus controversias y seguridad jurídica en que las decisiones serán acatadas.

Como se puede observar, ha habido una transformación progresiva de las políticas comerciales y monetarias tradicionalmente regidas por el poderío económico y militar hacia políticas regidas cada vez más por normas en un estado de derecho comercial internacional. Lo anterior es uno de los más grandes logros del Derecho y las políticas internacionales desde el fin de la Segunda Guerra Mundial. A pesar de los fundamentos legales e institucionales más bien frágiles y dudosos sobre los que se basaba el Artículo XXIII, las Partes Contratantes del GATT 1947 han logrado asegurar una práctica de solución de controversias dentro del GATT cada vez más sujeta a un orden legal y conforme a un sistema codificado.

Mientras los años 60 se vieron caracterizados por el intento más bien pragmático del GATT de acomodar el funcionamiento del Acuerdo General a la evolución que representaba la Comunidad Económica Europea, así como la incorporación al GATT de los países menos desarrollados, los años 70 y 80 trajeron un aumento significativo en el número de procedimientos para la solución de controversias que se presentaron al amparo del GATT 1947. Lo anterior refleja la creciente confianza en el sistema de solución de diferencias una vez que este fue siendo codificado a través de los acuerdos y entendimientos auspiciados por las Rondas Kennedy, Tokyo y Uruguay. Por su parte, el Entendimiento para la Solución de Diferencias ha fortalecido en muchos aspectos la "normalización" y los "métodos jurídicos" dentro del sistema de solución de controversias de la OMC.

4.2 Estructura y funciones de la Organización Mundial del Comercio

La falta de ratificación de la Carta de La Habana dejó incompleta la "constitución económica internacional" ¹⁶⁶ de la posguerra, basada en los Acuerdos de Bretton Woods de 1946 y en el GATT 1947, incompleta. La transformación progresiva del GATT 1947, de un contrato provisional referente a la liberalización recíproca de tarifas en un complejo sistema compuesto por más de 200 acuerdos comerciales multilaterales con instituciones y poderes de decisión, solamente podía llenar parcialmente este "vacío constitucional".

En muchas áreas no cubiertas por la ley del GATT, como el movimiento internacional de servicios, personas y capital, la segmentación del Derecho Económico Internacional en distintos sectores favoreció el resurgimiento de los problemas de la preguerra tales como el bilateralismo, los monopolios y demás formas de proteccionismo. Aún en áreas cubiertas por el GATT 1947, como productos agropecuarios, acero y textiles, los gobiernos en muchas ocasiones cedían a las presiones proteccionistas nacionales y se alejaban de sus obligaciones bajo el GATT 1947 de permitir el libre mercado y la competencia no discriminatoria. Estas erosiones en los distintos sectores del GATT 1947 confirmaron de nuevo que las garantías de libre comercio internacional no podrían ser efectivas si no se reunían bajo un marco "constitucional" de control institucional y protección jurídica que permitiese protegerlas en contra de los abusos proteccionistas de los distintos gobiernos.

El Acuerdo sobre la OMC, aceptado por 124 países y la Comunidad Europea el 15 de abril de 1994, no solo es el acuerdo más extenso jamás celebrado (contiene más de 25,000 páginas), sino que es el acuerdo internacional más importante desde la Carta de las Naciones Unidas en 1945. Dicho Acuerdo comprende un preámbulo y 16 Artículo que regulan el ámbito y

¹⁶⁶ El concepto de "constitución económica internacional" se refiere al conjunto de tratados, acuerdos, decisiones y entendimientos internacionales que rigen el comercio internacional y la política monetaria y financiera.

funciones de la OMC, su estructura institucional, su condición jurídica y la relación con otras organizaciones, los procedimientos para la toma de decisiones y adhesión. Su complejidad legal deriva de los 29 Acuerdos y Entendimientos adicionales que se encuentran listados en los cuatro Anexos al Acuerdo sobre la OMC, y de la inclusión del “Acta Final en que se Incorporan los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales”, la cual fue aceptada por 124 países y la Comunidad Europea en la misma fecha e incluye 28 Decisiones y Declaraciones Ministeriales y un Entendimiento, adicionales relacionados con los Acuerdos de la Ronda Uruguay.

El Acuerdo sobre la OMC, como un acuerdo de integración global que regula los movimientos internacionales de servicios, personas, capital y pagos relacionados de forma integral, reduce la fragmentación que existía causada por los distintos acuerdos e instituciones internacionales que regulaban estas áreas por separado bajo el GATT 1947. Cincuenta años después de la Conferencia de Bretton Woods, su entrada en vigor en 1° de enero de 1995 completó la estructura legal del sistema ideado en Bretton Woods conformado por el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial y la OMC. Aún más que el FMI y el Banco Mundial, cuyos estatutos incluyen solamente unas cuantas reglas sustantivas sobre la conducta de las políticas gubernamentales y la solución de controversias internacionales, la OMC fue diseñada para desempeñar funciones “constitucionales” y de creación de normas, además de sus funciones ejecutivas, de vigilancia y de solución de diferencias para controlar las políticas económicas internacionales de los países miembros.

La OMC es el marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus miembros en los asuntos relacionados con los acuerdos e instrumentos jurídicos incluidos en los Anexos.¹⁶⁷ Al crear una organización internacional, los Estados pretendieron “desarrollar un sistema multilateral de comercio integrado, más viable y duradero” que abarca el

¹⁶⁷ Op. Cit. nota 20. Acuerdo sobre la OMC. Artículo II:1.

Acuerdo General de Aranceles y Comercio, que ha venido rigiendo el comercio internacional desde 1947, así como “los resultados de los anteriores esfuerzos de liberalización del comercio y los resultados integrales de las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda Uruguay.”¹⁶⁸ Asimismo, la OMC tiene personalidad jurídica internacional y, en consecuencia, puede concertar acuerdos internacionales y cooperar, para lograr una mayor coherencia en la formulación de las políticas económicas a escala mundial, con el FMI, con el Banco Mundial y otros organismos.¹⁶⁹

La OMC tiene competencia en todas las materias reguladas por el Acuerdo sobre la OMC. Los anexos que integran el Acta Final de la Ronda Uruguay son los siguientes:

- el Anexo 1, que se subdivide, a su vez, en tres anexos:
 - 1) el Anexo 1A que incluye los trece Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías, entre los que cabe destacar el GATT 1994, el Acuerdo sobre Agricultura, el Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, el Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio, etc.;
 - 2) el Anexo 1B, que incluye el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS);
 - 3) y el Anexo 1C donde se inserta el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPS).

¹⁶⁸ Op. Cit. nota 20. Preámbulo al Acuerdo sobre la OMC.

¹⁶⁹ Op. Cit. nota 20. Acuerdo sobre la OMC. Artículo V y VIII:1.

- el Anexo 2 incluye el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias.
- El Anexo 3 contiene el Mecanismo de Examen de Políticas Comerciales.
- El Anexo 4 articula los Acuerdos Comerciales Plurilaterales (sobre el comercio de aeronaves civiles, sobre contratación pública, sobre productos lácteos y sobre carne de bovino).

La referencia al Preámbulo al objetivo de “elevar los niveles de vida, lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico” refleja las metas de integración global propuestas por el Acuerdo sobre la OMC. Desde el punto de vista legal, el concepto de “unidad” de los acuerdos, decisiones y determinaciones englobados por el Acuerdo sobre la OMC, está representado por los Artículos II:2 y 3:

2. Los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos 1, 2 y 3 (“Acuerdos Comerciales Multilaterales”) forman parte integrante del presente Acuerdo y son vinculantes para todos sus Miembros.

3. Los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en el Anexo 4 (“Acuerdos Comerciales Plurilaterales”) también forman parte del presente Acuerdo para los Miembros que los hayan aceptado, y son vinculantes para éstos. Los Acuerdos Comerciales

Plurilaterales no crean obligaciones para los Miembros que no los hayan aceptado (énfasis agregado al original).

La consecuencia institucional de lo anterior se manifiesta en el Artículo II:1, donde se establece que la OMC constituye el marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus Miembros en los asuntos que ésta abarca.

El concepto de unidad se extiende aún más por medio del Artículo XI:1, el cual dispone que la "membresía inicial" en la OMC se limita a las partes contratantes del GATT de 1947 en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, y las Comunidades Europeas, que acepten dicho Acuerdo y los Acuerdos Comerciales Multilaterales y para las cuales se anexasen Listas de Concesiones y Compromisos al GATT 1994, y para las cuales se anexasen Listas de Compromisos Específicos al GATS. Esta condición adicional a la membresía en la OMC, que también se aplica a la adhesión prevista en el Artículo XII, se incluyó con el fin de remediar las debilidades del antiguo sistema conocido "GATT à la carte", donde cada parte contratante podía escoger los acuerdos a los que pertenecía e ignorar los que no le convenían. De esta manera, se forzó a todos los Estados miembros adherirse a la OMC y reconocer los acuerdos englobados por el Acuerdo sobre la OMC, evitando así que ciertos países se beneficiaran de los esfuerzos de otros más activos, sin deshacerse de sus propias barreras proteccionistas. A partir de 1995, quien quiera formar parte del comercio mundial y beneficiarse de los derechos y la seguridad jurídica que la OMC ofrece, deberá asimismo asumir ciertas obligaciones que ponen a todos los países en un mismo plano.

4.2.1. Funciones de la Organización Mundial del Comercio.

El Acuerdo sobre la OMC dispone que la organización tiene las siguientes funciones:

1. La OMC facilitará la aplicación, administración y funcionamiento del Acuerdo sobre la OMC y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales y favorecerá la consecución de sus objetivos y constituirá también el marco para la aplicación, administración y funcionamiento de los Acuerdo Comerciales Plurilaterales.

2. La OMC será el foro para las negociaciones entre sus Miembros acerca de sus relaciones comerciales multilaterales en asuntos tratados en el marco de los acuerdos incluidos en los Anexos del Acuerdo sobre la OMC. La OMC podrá también servir de foro para ulteriores negociaciones entre sus Miembros acerca de sus relaciones comerciales multilaterales, y de marco para la aplicación de los resultados de esas negociaciones, según decida la Conferencia Ministerial.

3. La OMC administrará el Entendimiento sobre Solución de Diferencias.

4. La OMC administrará el Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales (MEPC o TPRM en inglés).

5. Con el fin de lograr una mayor coherencia en la formulación de las políticas económicas a escala mundial, la OMC cooperará, según proceda, con el Fondo Monetario Internacional y con el Banco Mundial y sus organismos conexos.

4.2.2 Estructura, toma de decisiones, adhesión y denuncia en la OMC

La estructura de la OMC está dispuesta en el Artículo VI del Acuerdo sobre la OMC, mismo que prevé los siguientes órganos (ver Anexo III del

presente trabajo que contiene un organigrama de la OMC): la Conferencia Ministerial, el Consejo General y la Secretaría. Asimismo, la OMC tiene los siguientes órganos subsidiarios: un Consejo del Comercio de Mercancías, un Consejo del Comercio de Servicios y un Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (denominado “Consejo de los TRIPS”), que funcionarán bajo la orientación general del Consejo General y supervisan el funcionamiento de los Acuerdos respectivos. Estos Comités establecen sus respectivas normas de procedimiento, a reserva de aprobación por el Consejo General. Podrán formar parte de estos Consejos representantes de todos los Miembros y se reunirán según sea necesario para el desempeño de sus funciones.¹⁷⁰ Por último, la Conferencia Ministerial ha establecido un Comité de Comercio y Desarrollo, un Comité de Restricciones por Balanza de Pagos y un Comité de Asuntos Presupuestarios, Financieros y Administrativos, que desempeñan las funciones de apoyo que les atribuye el Consejo General.

La Conferencia Ministerial está compuesta por representantes de todos los Miembros, y se reúne por lo menos una vez cada dos años. La Conferencia Ministerial desempeña funciones de la OMC relacionadas anteriormente y debe adoptar las disposiciones necesarias a tal efecto. Asimismo, la Conferencia Ministerial tiene la facultad de adoptar decisiones sobre todos los asuntos comprendidos en el ámbito de cualquiera de los Acuerdos Comerciales Multilaterales, si así se lo pide un Miembro, de conformidad con las prescripciones concretas que en materia de adopción de decisiones se establecen en el Acuerdo sobre la OMC y en el Acuerdo Comercial Multilateral correspondiente.¹⁷¹

El Consejo General está compuesto por representantes de todos los Miembros y se reúne según proceda. En los intervalos entre reuniones de la

¹⁷⁰ Op. Cit. nota 20. Acuerdo sobre la OMC. Artículo IV:5-7.

¹⁷¹ Op. Cit. nota 20. Acuerdo sobre la OMC. Artículo IV:1.

Conferencia Ministerial, el Consejo General desempeña las funciones de ésta. El Consejo General cumple también las funciones que le atribuya la Conferencia Ministerial, además de tener bajo su responsabilidad la aprobación del reglamento financiero y el proyecto de presupuesto anual. Por último, el Consejo General establece sus normas de procedimiento y aprueba las de los Comités.¹⁷²

Asimismo, el Consejo General se reúne según proceda para desempeñar las funciones del Órgano de Solución de Diferencias establecido en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias. El Órgano de Solución de Diferencias tiene su propio presidente y establece las normas de procedimiento que considere necesarias para el cumplimiento de dichas funciones.¹⁷³ El Consejo General se reúne según proceda para desempeñar las funciones del Órgano de Examen de las Políticas Comerciales establecido en el TPRM. El Órgano de Examen de las Políticas Comerciales tiene su propio presidente y establece las normas de procedimiento que considere necesarias para el cumplimiento de dichas funciones.

La Secretaría de la OMC está dirigida por un Director General, que es nombrado por la Conferencia Ministerial, misma que adoptó el reglamento que estipula sus facultades, deberes, condiciones de servicio y la duración del mandato.¹⁷⁴ El Director General nombra al personal de la Secretaría y determina sus deberes y condiciones de servicio de conformidad con los reglamentos. Las funciones del Director General y del personal de la Secretaría son de carácter exclusivamente internacional. En el cumplimiento de sus deberes, el Director General y el personal de la Secretaría no pueden solicitar ni aceptar instrucciones de ningún gobierno ni de ninguna otra autoridad ajena a la OMC y se deberán abstener de realizar cualquier acto que pueda ser incompatible con su condición de funcionarios internacionales. Los Miembros de la OMC deben

¹⁷² Op. Cit. nota 20. Acuerdo sobre la OMC. Artículo IV:2.

¹⁷³ Op. Cit. nota 20. Acuerdo sobre la OMC. Artículo IV:3.

¹⁷⁴ Op. Cit. nota 20. Acuerdo sobre la OMC. Artículo VI:1-4.

respetar el carácter internacional de las funciones el Director General y del personal de la Secretaría y no tratarán de influir sobre ellos en el cumplimiento de sus deberes.

El Acuerdo sobre la OMC clasifica la toma de decisiones de la Conferencia Ministerial en tres categorías: decisiones adoptadas por consenso o por mayoría simple, decisiones especiales y circunstancias excepcionales. A continuación se incluye una tabla¹⁷⁵ que describe los procedimientos para la toma de decisiones de la OMC.

Regla	Decisión	Disposición
Mayoría de votos Cada Miembro tiene un voto	Todas las decisiones, excepto las listadas a continuación	Artículo IX:1
Mayoría de dos tercios que comprenda más de la mitad de los Miembros de la OMC	Reglamento financiero y proyecto de presupuesto anual	Artículo VII:3
Mayoría de dos tercios de los Miembros de la OMC	Enmiendas a los Acuerdos y las decisiones sobre adhesión	Artículo X:3 y Artículo XII:2
Mayoría de tres cuartos de los Miembros de la OMC	Exención de obligaciones; Enmiendas efectivas para todos los Miembros; Adopción de interpretaciones	Artículo IX:3 Artículo X:1-5 Artículo IX:2

¹⁷⁵ Basada en la tabla contenida en Blackhurst, Richard. The capacity of the WTO to Fulfill its Mandate en The WTO as an International Organization, Anne O. Krueger, ed., The University of Chicago Press. Chicago, 1998. p. 412.

Consenso como regla ¹⁷⁶	Decisiones del Órgano de Solución de Diferencias; Exención de una obligación sujeta a un período de transición; Adopción de un nuevo acuerdo comercial plurilateral	Artículo IX:1 y Artículo 2:4 del ESD; Nota al Artículo IX:3; Artículo X:9
Unanimidad (Aceptación formal de todos los Miembros)	Entrada en vigor de ciertas enmiendas	Artículo X:2

Todo Estado o territorio aduanero distinto que disfrute de plena autonomía en la conducción de sus relaciones comerciales exteriores y en las demás cuestiones tratadas en el Acuerdo sobre la OMC y en los Acuerdos Comerciales Multilaterales podrá adherirse al Acuerdo sobre la OMC en condiciones que habrá de convenir con la OMC. Esa adhesión será aplicable al Acuerdo de la OMC y a los Acuerdos Comerciales Multilaterales anexos al mismo. Las decisiones en materia de adhesión serán adoptadas por la Conferencia Ministerial, que aprobará el acuerdo sobre las condiciones de adhesión por mayoría de dos tercios de los Miembros de la OMC. La adhesión a un Acuerdo Comercial Plurilateral se rige por las disposiciones de ese Acuerdo.¹⁷⁷

Por último, todo Miembro puede denunciar el Acuerdo sobre la OMC. Esta denuncia es aplicable a dicho Acuerdo y a los Acuerdos Comerciales Multilaterales y surtirá efecto a la expiración de un plazo de seis meses contado

¹⁷⁶ La OMC mantuvo la práctica de adopción de decisiones por consenso seguida en el GATT 1947: Se considerará que el órgano de que se trate ha adoptado una decisión por consenso sobre un asunto sometido a su consideración si ningún Miembro presente en la reunión en que se adopte la decisión se opone formalmente a ella.

¹⁷⁷ Op. Cit. nota 20. Acuerdo sobre la OMC. Artículo XII:1-3.

a partir de la fecha en que haya recibido notificación escrita de la misma el Director General de la OMC. La denuncia de un Acuerdo Comercial Plurilateral se rige por las disposiciones de ese Acuerdo.¹⁷⁸ El Acuerdo de la OMC, por ser constitutivo de una organización internacional, no admite reservas, pero los acuerdos anexos permiten formular reservas de conformidad con sus disposiciones.¹⁷⁹

4.3 Procedimiento de solución de controversias de acuerdo al Entendimiento sobre la Solución de Diferencias

El Artículo II:2 del Acuerdo sobre la OMC dispone que el Entendimiento sobre Solución de Diferencias en el Anexo 2 es una parte integrante del Acuerdo y es vinculante para todos los Miembros. El Artículo 1:1 del ESD especifica que será aplicable a:

- las diferencias planteadas de conformidad con las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos enumerados en el Apéndice 1 del ESD (es decir, los Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías del Anexo 1A, el GATS del Anexo 1B y el TRIPS del Anexo 1C del Acuerdo sobre la OMC); y
- a las consultas y solución de diferencias entre los Miembros relativas a sus derechos y obligaciones dimanantes de las disposiciones del Acuerdo sobre la OMC y del ESD, en disputas tales como las relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones bajo el Artículo 23 del ESD donde "...los Miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, que deberán acatar" y "no formularán una determinación de que se ha producido una infracción, se han

¹⁷⁸ Op. Cit. nota 20. Acuerdo sobre la OMC. Artículo XV:1-2.

¹⁷⁹ Op. Cit. nota 20. Acuerdo sobre la OMC. Artículo XVI:5.

anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los acuerdos abarcados, excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento."

Comparado con la fragmentación legal del sistema previo del "GATT à la carte" donde las partes contratantes podían escoger si deseaban adherirse a los diversos Acuerdos de la Ronda Tokyo y resolver las diferencias a través del procedimiento general del GATT 1947 o por medio del procedimiento especial de la Ronda Tokyo, el nuevo procedimiento de la OMC para la solución de diferencias es un sistema unificado con una jurisdicción mucho más amplia y con menos espacio para buscar y escoger reglas, foros y procedimientos (lo que en el GATT 1947 se dio a conocer como "*rule shopping*" o "*forum shopping*"). Aún bajo esta unificación, muchos Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio continúan previendo reglas y procedimientos especiales para la solución de controversias.¹⁸⁰ Dichos acuerdos se encuentran listados en el Apéndice 2 del ESD bajo el encabezado "Normas y Procedimientos Especiales o Adicionales contenidos en los Acuerdos Abarcados" (ver Anexo III del presente trabajo). El Artículo 1:2 del ESD dispone que "en la medida en que exista una discrepancia entre las normas y procedimientos del presente Entendimiento y las normas y procedimientos especiales o adicionales enunciados en el Apéndice 2, prevalecerán las normas y procedimientos especiales o adicionales enunciados en el Apéndice 2".

Además de los procedimientos especiales o adicionales, el ESD confirma la aplicabilidad continua de la Decisión GATT de 1966 sobre procedimientos especiales para la solución de diferencias sobre reclamaciones presentadas por

¹⁸⁰ El Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, el Acuerdo sobre Textiles y el Vestido, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT 1994, el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT 1994, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, el GATS y ciertos Acuerdos Plurilaterales.

países en desarrollo en contra de países desarrollados¹⁸¹ y establece un procedimiento especial para casos en que intervengan países menos desarrollados.¹⁸²

El ESD y, excepto cuando uno de los Acuerdos Comerciales Multilaterales o Plurilaterales disponga lo contrario, las consultas y el procedimiento de solución de diferencias serán administrados por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD), que se reunirá según sea necesario para el desempeño de sus funciones y adoptará sus decisiones por consenso.¹⁸³ Los acuerdos abarcados por el ESD se encuentran listados en el Apéndice 1 del mismo, donde se dispone que “la aplicabilidad del presente Entendimiento a los Acuerdos Comerciales Plurilaterales dependerá de que las partes en el acuerdo en cuestión adopten una decisión en la que se establezcan las condiciones de aplicación del Entendimiento a dicho acuerdo, con inclusión de las posibles normas o procedimientos especiales o adicionales a efectos de su inclusión en el Apéndice 2, que se hayan notificado al OSD.”

El Artículo 3 del ESD establece las “disposiciones generales” para el procedimiento de solución de diferencias. Al igual que en el Acuerdo sobre la OMC ésta “se regirá por las decisiones, procedimientos y práctica consuetudinaria de las PARTES CONTRATANTES del GATT 1947 y los órganos establecidos en el marco del mismo”;¹⁸⁴ los Miembros de la OMC también “afirman su adhesión a los principios de solución de diferencias aplicados hasta la fecha al amparo de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1947 y al procedimiento desarrollado y modificado por el presente instrumento.¹⁸⁵ El precedente establecido por la práctica del GATT 1947 continúa siendo relevante en el procedimiento de solución de controversias de la OMC. El ESD debe ser interpretado a la luz de los procedimientos previamente adoptados en 1966,

¹⁸¹ El Artículo 3:12 del ESD se refiere a la Decisión del 5 de abril de 1966 (IBDD 14S/20).

¹⁸² Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 24.

¹⁸³ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 2:3-4.

¹⁸⁴ Op. Cit. Nota 20. Acuerdo sobre la OMC. Artículo XVI:1.

¹⁸⁵ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 3:1.

1979, 1984 y 1989. El Artículo 3 hace énfasis en la función de legalidad y primacía jurídica del procedimiento de solución de diferencias de la OMC:

.....

2. El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del Derecho Internacional Público. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.

.....

5. Todas las soluciones de los asuntos planteados formalmente con arreglo a las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos abarcados, incluidos los laudos arbitrales, habrán de ser compatibles con dichos acuerdos y no deberán anular ni menoscabar las ventajas resultantes de los mismos para ninguno de sus Miembros, no deberán poner obstáculos a la consecución de ninguno de los objetivos de dichos acuerdos.

6. Las soluciones mutuamente convenidas de los asuntos planteados formalmente con arreglo a las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos abarcados, se notificarán al OSD y a los Consejos y Comités correspondientes, en los que cualquier Miembro podrá plantear cualquier cuestión con ellas relacionada.

Por lo tanto, la solución de diferencias a través del arbitraje bilateral y arreglos acordados deben ser transparentes y consistentes con el derecho de la OMC. El Artículo 3 confirma y extiende algunos de los principios existentes para la solución de diferencias, como lo son la obligación de retirar una medida ilegal y la presunción que existe "anulación o menoscabo" en caso de incumplimiento

de las obligaciones contraídas en virtud de los acuerdos abarcados.¹⁸⁶ El Artículo 3:9 dispone que las disposiciones del ESD no perjudicarán el derecho de los Miembros de recabar una interpretación autorizada de las disposiciones de un acuerdo abarcado mediante decisiones adoptadas de conformidad con el Acuerdo sobre la OMC o un acuerdo abarcado que sea un Acuerdo Comercial Plurilateral.¹⁸⁷

Dichas interpretaciones autorizadas podrán adoptarse por consenso o por mayoría.¹⁸⁸ En vista de la adopción casi automática de los informes de los paneles (o grupos especiales como se les denomina en el ESD), estos podrían convertirse en una herramienta para aclarar hasta qué punto podrán evolucionar las interpretaciones legales en los informes de los paneles y sus determinaciones para convertirse en interpretaciones generalmente aplicables.

El Artículo 23 sobre el "Fortalecimiento del Sistema Multilateral" hace énfasis en la primacía jurídica y el carácter exclusivo que tiene el procedimiento de solución de diferencias de la OMC en relación con los sistemas existentes fuera de la misma. El Artículo 23:1 requiere:

"Cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los Miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, que deberán acatar."

Las implicaciones legales de invocar el procedimiento de solución de diferencias de la OMC son expuestas con mayor profundidad en el Artículo 23:2, que dispone:

¹⁸⁶ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 3:8.

¹⁸⁷ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 3:9.

¹⁸⁸ Op. Cit. Nota 30. Acuerdo sobre la OMC. Artículo IX:2.

En tales casos, los Miembros:

- a) no formularán una determinación de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los acuerdos abarcados, excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento, y formularán tal determinación de forma coherente con las constataciones que figuren en el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, adoptado por el OSD, o en el laudo arbitral dictado con arreglo al presente Entendimiento;
- b) seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 21 para determinar el plazo prudencial para que el Miembro afectado aplique las recomendaciones y resoluciones; y
- c) seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 22 para determinar el nivel de suspensión de las concesiones u otras obligaciones y para obtener autorización del OSD, de conformidad con esos procedimientos, antes de suspender concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados en el caso de que el Miembro afectado no haya aplicado las recomendaciones y resoluciones dentro de ese plazo prudencial.

4.3.1. Métodos diplomáticos para la solución de diferencias

El ESD continúa ofreciendo los procedimientos “diplomáticos” y “adjudicativos” que existían bajo el GATT 1947 para solucionar controversias. La relación entre los distintos métodos que se ofrecen queda claramente establecida en el ESD, así como la manera en que el procedimiento se conduce de unos a otros (ver la tabla y el diagrama de flujo que se incluyen en el Anexo III del presente trabajo). La jerarquía del Derecho de la OMC queda enfatizada por el Artículo 3:5 del ESD, el cual establece que todas “las soluciones de los asuntos planteados formalmente con arreglo a las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos abarcados, incluidos los laudos arbitrales, habrán de ser compatibles con dichos acuerdos y no deberán anular ni menoscabar las ventajas resultantes de los mismos para ninguno de sus Miembros, ni deberán poner obstáculos a la consecución de ninguno de los objetivos de dichos acuerdos.”

La jurisdicción y la naturaleza obligatoria de los paneles y la exclusión del Derecho de tomar represalias,¹⁸⁹ limita la aplicación de los principios generales del Derecho Internacional sobre la solución de controversias, tales como el principio de “libre elección de los medios”¹⁹⁰ y el derecho de establecer contramedidas como respuesta a la continua violación a obligaciones internacionales. Asimismo, el procedimiento se ha fortalecido gracias a que los paneles han adoptado cualidades mucho más judiciales y que existe un recurso ante las cortes nacionales y al arbitraje.

A) Consultas entre los Miembros

El procedimiento de consultas continúa siendo obligatorio como el primer paso para la solución de una diferencia entre los Miembros. Cada Miembro se

¹⁸⁹ Op. Cit. Nota 30. ESD Artículo 23.

¹⁹⁰ Cfr.; Artículo 33 de la Carta de la ONU. P. 10 supra.

compromete a examinar con comprensión las representaciones que pueda formularle otro Miembro con respecto a medidas adoptadas dentro de su territorio que afecten al funcionamiento de cualquier acuerdo abarcado y brindará oportunidades adecuadas para la celebración de consultas sobre dichas representaciones.¹⁹¹

Cuando se formule una solicitud de celebración de consultas de conformidad con un acuerdo abarcado, el Miembro al que se haya dirigido dicha solicitud responderá a ésta, a menos que se convenga de mutuo acuerdo lo contrario, en un plazo de 10 días contados a partir de la fecha en que la haya recibido, y entablará consultas de buena fe dentro de un plazo de no más de 30 días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud, con miras a llegar a una solución mutuamente satisfactoria. Si el Miembro no responde en el plazo de 10 días contados a partir de la fecha en que haya recibido la solicitud, o no entabla consultas dentro de un plazo de no más de 30 días, u otro plazo mutuamente convenido, contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud, el Miembro que haya solicitado la celebración de consultas podrá proceder directamente a solicitar el establecimiento de un grupo especial.¹⁹²

Todas las solicitudes de celebración de consultas deben ser notificadas al OSD y a los Consejos y Comités correspondientes por el Miembro que solicite las consultas. Toda solicitud de celebración de consultas se debe presentar por escrito y en ella figurarán las razones en que se base, con indicación de las medidas en litigio y de los fundamentos jurídicos de la reclamación. Durante las consultas celebradas de conformidad con las disposiciones de un acuerdo abarcado, los Miembros deben tratar de llegar a una solución satisfactoria de la cuestión antes de recurrir a otras medidas previstas en el ESD. Las consultas

¹⁹¹ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 4:1-2. Cuando las disposiciones de cualquier otro acuerdo abarcado relativas a medidas adoptadas por gobiernos o autoridades regionales o locales dentro del territorio de un Miembro sean distintas de las de ese párrafo, prevalecerán las disposiciones de ese otro acuerdo abarcado.

¹⁹² Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 4:3.

tienen carácter confidencial y no prejuzgarán los derechos de ningún Miembro en otras posibles diligencias.¹⁹³

Si las consultas no permiten resolver la diferencia en un plazo de 60 días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud de celebración de consultas, la parte reclamante podrá pedir que se establezca un grupo especial. La parte reclamante podrá pedir el establecimiento de un grupo especial dentro de ese plazo de 60 días si las partes que intervienen en las consultas consideran que éstas no han permitido resolver la diferencia. Durante las consultas los Miembros deberán prestar especial atención a los problemas e intereses particulares de los países en desarrollo Miembros.¹⁹⁴

En casos de urgencia, incluidos los que afecten de productos perecederos, los Miembros entablarán consultas en un plazo de no más de 10 días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud. Si las consultas no permiten resolver la diferencia en un plazo de 20 días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud, la parte reclamante podrá pedir que se establezca un grupo especial. En casos de urgencia, incluidos los que afecten a productos perecederos, las partes en la diferencia, los grupos especiales y el Órgano de Apelación harán todo lo posible para acelerar las actuaciones al máximo.¹⁹⁵

Cuando un Miembro que no participe en consultas que tengan lugar de conformidad con el párrafo 1 del Artículo XXII del GATT 1994, el párrafo 1 del Artículo XXII del GATS o las disposiciones correspondientes de los demás acuerdos abarcados,¹⁹⁶ considere que tiene un interés comercial sustancial en

¹⁹³ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 4:1, 5, 6.

¹⁹⁴ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 4:7, 10.

¹⁹⁵ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 4:8-9.

¹⁹⁶ A continuación se enumeran las correspondientes disposiciones en materia de consultas de los acuerdos abarcados: Acuerdo sobre Agricultura, artículo 19; Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, párrafo 1 del artículo 11; Acuerdo sobre Textiles y el Vestido, párrafo 4 del artículo 8; Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, párrafo 1 del artículo 14; Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio, artículo 8; Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994, párrafo 2 del artículo 17; Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT de 1994, párrafo 2 del artículo 19; Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición,

las mismas, dicho Miembro podrá notificar a los Miembros participantes en las consultas y al OSD, dentro de los 10 días siguientes a la fecha de la distribución de la solicitud de celebración de consultas de conformidad con el mencionado párrafo, su deseo de que se le asocie a las mismas. Ese Miembro será asociado a las consultas siempre que el Miembro al que se haya dirigido la petición de celebración de consultas acepte que la reivindicación del interés sustancial está bien fundada. En ese caso, ambos Miembros informarán de ello al OSD. Si se rechaza la petición de asociación a las consultas, el Miembro peticionario podrá solicitar la celebración de consultas de conformidad con el párrafo 1 del artículo XXII o el párrafo 1 del artículo XXIII del GATS o las disposiciones correspondientes de otros acuerdos abarcados.¹⁹⁷

B) Buenos oficios, conciliación y mediación del Director General

Los buenos oficios, la conciliación y la mediación son procedimientos que se inician voluntariamente si así lo acuerdan las partes en la diferencia. Las diligencias relativas a los buenos oficios, la conciliación y la mediación, y en particular las posiciones adoptadas durante las mismas por las partes en la diferencia, son confidenciales y no prejuzgarán los derechos de ninguna de las partes en posibles diligencias ulteriores con arreglo a estos procedimientos.¹⁹⁸

Cualquier parte en una diferencia puede solicitar los buenos oficios, la conciliación o la mediación en cualquier momento. Éstos podrán iniciarse en cualquier momento, y en cualquier momento se les podrá poner término. Una vez terminado el procedimiento de buenos oficios, conciliación o mediación, la

artículo 7; Acuerdo sobre Normas de Origen, artículo 7; Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación, artículo 6; Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, artículo 30; Acuerdo sobre Salvaguardias, artículo 14; Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, párrafo 1 del artículo 64; y las correspondientes disposiciones en materia de consultas de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales que los órganos competentes de cada acuerdo determinen y notifiquen al OSD.

¹⁹⁷ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 4:11.

¹⁹⁸ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 5:1-2.

parte reclamante podrá proceder a solicitar el establecimiento de un grupo especial.¹⁹⁹

Cuando los buenos oficios, la conciliación o la mediación se inicien dentro de los 60 días siguientes a la fecha de la recepción de una solicitud de celebración de consultas, la parte reclamante no podrá pedir el establecimiento de un grupo especial sino después de transcurrido un plazo de 60 días a partir de la fecha de la recepción de la solicitud de celebración de consultas. La parte reclamante puede solicitar el establecimiento de un grupo especial dentro de esos 60 días si las partes en la diferencia consideran que el procedimiento de buenos oficios, conciliación o mediación no ha permitido resolver la diferencia.²⁰⁰

Si las partes en la diferencia así lo acuerdan, el procedimiento de buenos oficios, conciliación o mediación podrá continuar mientras se desarrollen las actuaciones del grupo especial. El Director General, actuando de oficio, podrá ofrecer sus buenos oficios, conciliación o mediación para ayudar a los Miembros a resolver la diferencia.²⁰¹

4.3.2 Grupos Especiales del Entendimiento sobre la Solución de Diferencias

A) Establecimiento de Grupos Especiales

Si la parte reclamante así lo pide, se debe establecer un grupo especial, a más tardar en la reunión del OSD siguiente a aquella en que la petición haya figurado por primera vez como punto en el orden del día del OSD, a menos que en esa reunión el OSD decida por consenso no establecer un grupo especial.²⁰²

¹⁹⁹ El ESD ha denominado “grupos especiales” a los que comúnmente se conoce como paneles. Con el fin de ser consistentes con el procedimiento del ESD, a partir de este momento nos referiremos a estos como grupos especiales.

²⁰⁰ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 5:3-4.

²⁰¹ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 5:5-6.

²⁰² Si la parte reclamante así lo pide, se convocará a tal efecto una reunión del OSD dentro de los 15 días siguientes a la petición, siempre que se dé aviso con 10 días como mínimo de antelación a la reunión.

Las peticiones de establecimiento de grupos especiales se presentan por escrito. En ellas se indicará si se han celebrado consultas, se identificarán las medidas concretas en litigio y se hará una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad. En el caso de que el solicitante pida el establecimiento de un grupo especial con un mandato distinto del uniforme, en la petición escrita figurará el texto propuesto del mandato especial.²⁰³

B) Mandato de los Grupos Especiales

El mandato de los grupos especiales será el siguiente, a menos que, dentro de un plazo de 20 días a partir de la fecha de establecimiento del grupo especial, las partes en la diferencia acuerden otra cosa:

“Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo abarcado (de los acuerdo abarcados) que hayan invocado las partes en la diferencia), el asunto sometido al OSD por (nombre de parte) en el documento... y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar resoluciones previstas en dicho acuerdo (dichos acuerdos)”

Los grupos especiales considerarán las disposiciones del acuerdo o acuerdos abarcados que hayan invocado las partes en la diferencia. Al establecer un grupo especial, el OSD podrá autorizar a su Presidente a redactar el mandato del grupo especial en consulta con las partes, con sujeción a las disposiciones del párrafo anterior. El mandato así redactado se distribuirá a todos los Miembros. Si se acuerda un mandato que no sea el uniforme, todo Miembro podrá plantear cualquier cuestión relativa al mismo en el OSD.²⁰⁴

²⁰³ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 6.

²⁰⁴ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 7.

C) Composición de los Grupos Especiales

Los grupos especiales estarán formados por personas "muy competentes, funcionarios gubernamentales o no, a saber, personas que anteriormente hayan integrado un grupo especial o hayan presentado un alegato en él, hayan actuado como representantes de un Miembro o de una parte contratante del GATT 1947 o como representantes en el Consejo o Comité de cualquier acuerdo abarcado o del respectivo acuerdo precedente o hayan formado parte de la Secretaría del GATT, hayan realizado una actividad docente o publicado trabajos sobre derecho mercantil, internacional o política comercial internacional, o hayan ocupado un alto cargo en la esfera de la política comercial en un Miembro."²⁰⁵

Los miembros de los grupos especiales deberán ser elegidos de manera que queden aseguradas la independencia de los miembros y la participación de personas con formación suficientemente variada y experiencia en campos muy diversos. Los nacionales de los Miembros cuyos gobiernos²⁰⁶ sean parte en la diferencia o terceros en ella que tengan un interés sustancial en la controversia no podrán ser integrantes del grupo especial que se ocupe de esa diferencia, salvo que las partes en dicha diferencia acuerden lo contrario.²⁰⁷

Para facilitar la elección de los integrantes de los grupos especiales, la Secretaría mantiene una lista indicativa de personas, funcionarios gubernamentales o no, que reúnen las condiciones indicadas anteriormente, de la cual puedan elegirse los integrantes de los grupos especiales, según proceda. Los Miembros pueden proponer periódicamente nombres de personas, funcionarios gubernamentales o no que reúnen las condiciones indicadas anteriormente, de la cual puedan elegirse los integrantes de los grupos especiales, según proceda. Los Miembros pueden proponer periódicamente

²⁰⁵ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 8:1.

²⁰⁶ En caso de que una unión aduanera o un mercado común sea parte en una diferencia, esta disposición se aplicará a los nacionales de todos los países miembros de la unión aduanera o el mercado común.

²⁰⁷ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 8:2-3.

nombres de personas, funcionarios gubernamentales o no, para su inclusión en la lista indicativa, y deben facilitar la información pertinente sobre su competencia en materia de comercio internacional y su conocimiento de los sectores o temas objeto de los acuerdos abarcados, y esos nombres se añadirán a la lista, previa aprobación del OSD. Con respecto a cada una de las personas que figuren en la lista, se indican en ésta las esferas concretas de experiencia o competencia técnica que la persona tenga en los sectores o temas objeto de los acuerdos abarcados.²⁰⁸

Los grupos especiales estarán formados por tres integrantes, a menos que, dentro de los 10 días siguientes al establecimiento del grupo especial, las partes en la diferencia convengan en que sus integrantes sean cinco. La composición del grupo especial se debe comunicar sin demora a los Miembros. La Secretaría propondrá a las partes en la diferencia los candidatos a integrantes del grupo especial. Las partes en la diferencia no se pueden oponer a ellos sino por razones imperiosas.²⁰⁹

Si no se llega a un acuerdo sobre los integrantes dentro de los 20 días siguientes a la fecha del establecimiento del grupo especial, a petición de cualquiera de las partes, el Director General, en consulta con el Presidente del OSD y con el Presidente del Consejo o Comité correspondiente, establecerá la composición del grupo especial, nombrando a los integrantes que el Director General considere más idóneos con arreglo a las normas o procedimientos especiales o adicionales previstos al efecto en el acuerdo o acuerdos abarcados a que se refiera la diferencia, después de consultar a las partes en ella. El Presidente del OSD comunicará a los Miembros la composición del grupo especial así nombrado a más tardar 10 días después de la fecha en que haya

²⁰⁸ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 8:4.

²⁰⁹ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 8:5-6.

recibido dicha petición. Los Miembros se deben comprometer, por regla general, a permitir que sus funcionarios formen parte de los grupos especiales.²¹⁰

Los integrantes de los grupos especiales actuarán a título personal y no en calidad de representantes de un gobierno o de una organización. Por consiguiente, los Miembros se deben abstener de darles instrucciones y de ejercer sobre ellos cualquier clase de influencia con respecto a los asuntos sometidos al grupo especial. Cuando se plantee una diferencia entre un país en desarrollo Miembro y un país desarrollado Miembro, en el grupo especial participará, si el país en desarrollo Miembro así lo solicita, por lo menos un integrante que sea nacional de un país en desarrollo Miembro.²¹¹

D) Procedimiento aplicable en caso de pluralidad de partes reclamantes

Cuando varios Miembros soliciten el establecimiento de sendos grupos especiales en relación con un mismo asunto, se podrá establecer un único grupo especial para examinar reclamaciones tomando en consideración los derechos de todos los Miembros interesados. Siempre que sea posible, se deberá establecer un grupo especial único para examinar tales reclamaciones. El grupo especial único organizará su examen y presentará sus conclusiones al OSD de manera que no resulten menoscabados en modo alguno los derechos de que habrían gozado las partes en la diferencia si las reclamaciones hubiesen sido examinadas por grupos especiales distintos. Si una de las partes en la diferencia lo solicita, el grupo especial presentará informes separados sobre la diferencia considerada. Las comunicaciones escritas de cada uno de los reclamantes se facilitarán a los otros reclamantes, y cada reclamante tendrá derecho a estar presente cuando uno de los otros exponga sus opiniones al grupo especial.²¹²

²¹⁰ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 8:7-8.

²¹¹ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 8:9-10.

²¹² Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 9:1-2.

Si se establece más de un grupo especial para examinar las reclamaciones relativas a un mismo asunto, en la medida en que sea posible actuarán las mismas personas como integrantes de cada uno de los grupos especiales que se ocupen de esas diferencias.²¹³

E) Terceros

En el curso del procedimiento de los grupos especiales se deben tomar plenamente en cuenta los intereses de las partes en la diferencia y de los demás Miembros en el marco de un acuerdo abarcado a que se refiera la diferencia. Todo Miembro que tenga un interés sustancial en un asunto sometido a un grupo especial y así lo haya notificado al OSD (denominado "tercero") tendrá oportunidad de ser oído por el grupo especial y de presentar a éste las comunicaciones por escrito. Esas comunicaciones se facilitarán también a las partes en la diferencia y se reflejarán en el informe del grupo especial. Asimismo, se dará traslado a los terceros de las comunicaciones de las partes en la diferencia presentadas al grupo especial en su primera reunión. Si un tercero considera que una medida que ya haya sido objeto de la actuación de un grupo especial anula o menoscaba ventajas resultantes para él de cualquier acuerdo abarcado, ese Miembro podrá recurrir a los procedimientos normales de solución de diferencias establecidos en el ESD. Esta diferencia se remitirá, siempre que sea posible, al grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto.²¹⁴

F) Función de los Grupos Especiales

La función de los grupos especiales es ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del ESD y de los acuerdos abarcados. Por consiguiente, cada grupo especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los

²¹³ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 9:3.

²¹⁴ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 10.

hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos y formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados. Los grupos especiales deben consultar regularmente a las partes en la diferencia y darles oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria.²¹⁵

G) Procedimiento de los Grupos Especiales

Los grupos especiales deben seguir los Procedimientos de Trabajo que se encuentran en el Apéndice 3 del ESD (ver Anexo III del presente trabajo), a menos que el grupo especial acuerde otra cosa tras consultar a las partes en la diferencia. En el procedimiento se debe ofrecer a los grupos especiales la flexibilidad suficiente para garantizar la calidad de los informes sin retrasar indebidamente los trabajos de los grupos especiales. Previa consulta con las partes en la diferencia y tan pronto como sea factible, de ser posible en el plazo de una semana después de que se haya convenido en la composición y el mandato del grupo especial, los integrantes del grupo especial fijarán el calendario para sus trabajos. Al determinar el calendario de sus trabajos, el grupo especial debe dar tiempo suficiente a las partes en la diferencia para que preparen sus comunicaciones.²¹⁶

En los casos en que las partes en la diferencia no hayan podido llegar a una solución mutuamente satisfactoria, el grupo especial presenta sus conclusiones en un informe escrito al OSD. En tales casos, el grupo especial expondrá en su informe las constataciones de hecho, la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes y las razones en que se basen sus conclusiones y recomendaciones. Cuando se haya llegado a un arreglo de la cuestión entre las

²¹⁵ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 11.

²¹⁶ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 12:1-4.

partes en la diferencia, el informe del grupo especial se limitará a una breve relación del caso, con indicación de que se ha llegado a una solución.²¹⁷

Con objeto de que el procedimiento sea más eficaz, el plazo en que el grupo especial lleva a cabo su examen no debe exceder, por regla general, de seis meses desde la fecha en que se haya convenido en su composición y su mandato hasta la fecha en que se dé traslado del informe definitivo a las partes en la diferencia. En casos de urgencia, incluidos los relativos a productos perecederos, el grupo especial procurará dar traslado de su informe a las partes en la diferencia dentro de un plazo de tres meses.²¹⁸

Cuando el grupo especial considere que no puede emitir su informe dentro de un plazo de seis meses, o de tres meses en los casos de urgencia, informará al OSD por escrito de las razones de la demora y facilitará al mismo tiempo una estimación del plazo en que emitirá su informe. En ningún caso el período que transcurra entre el establecimiento del grupo especial y la distribución del informe a los Miembros deberá exceder de nueve meses.²¹⁹

En el marco de las consultas que se refieren a una medida adoptada por un país en desarrollo Miembro, las partes pueden convenir en ampliar los plazos establecidos. En el caso de que, tras la expiración del plazo pertinente, las partes que celebren las consultas no puedan convenir en que éstas han concluido, el Presidente del OSD decidirá, previa consulta con las partes, si se ha de prorrogar el plazo pertinente y, de prorrogarse, por cuánto tiempo. Además, al examinar una reclamación presentada contra un país en desarrollo Miembro, el grupo especial concederá a éste tiempo suficiente para preparar y exponer sus alegaciones.²²⁰

²¹⁷ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 12:7.

²¹⁸ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 12:8.

²¹⁹ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 12:9.

²²⁰ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 12:10.

Cuando una o más de las partes sean países en desarrollo Miembros, en el informe del grupo especial se debe indicar explícitamente la forma en que se han tenido en cuenta las disposiciones pertinentes sobre trato diferenciado y más favorable para los países en desarrollo Miembros que forman parte de los acuerdos abarcados, y que hayan sido alegadas por el país en desarrollo Miembro en el curso del procedimiento de solución de diferencias.²²¹

A instancia de la parte reclamante, el grupo especial podrá suspender sus trabajos por un período que no exceda de 12 meses. En tal caso, los plazos establecidos se prorrogarán por un período de la misma duración que aquel en que hayan estado suspendidos los trabajos. Si los trabajos del grupo especial hubieran estado suspendidos durante más de 12 meses, la decisión de establecer el grupo especial quedará sin efecto.²²²

H) Derecho a recabar información y confidencialidad

Cada grupo especial tiene el derecho de recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad sometida a la jurisdicción de un Miembro, el grupo especial debe notificar a las autoridades de dicho Miembro. Los Miembros deberán dar una respuesta pronta y completa a cualquier solicitud que les dirija un grupo especial para obtener la información que considere necesaria y pertinente. La información confidencial que se proporcione no puede ser revelada sin la autorización formal de la persona, institución o autoridad del Miembro que la haya facilitado.

Los grupos especiales pueden recabar información de cualquier fuente pertinente y consultar a expertos para obtener su opinión sobre determinados aspectos de la cuestión. Asimismo, los grupos especiales podrán solicitar a un grupo consultivo de expertos que emita un informe por escrito sobre un elemento

²²¹ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 12:11.

²²² Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 12:12.

de hecho concerniente a una cuestión de carácter científico o técnico planteada por una parte en la diferencia. El Apéndice 4 del ESD dispone las normas para el establecimiento de esos grupos consultivos de expertos y el procedimiento de actuación de los mismos.²²³

Las deliberaciones del grupo especial son confidenciales. Los informes de los grupos especiales se redactan sin que se hallen presentes las partes en la diferencia, teniendo en cuenta la información proporcionada y las declaraciones formuladas. Las opiniones que expresen en el informe del grupo especial los distintos integrantes de éste siempre serán anónimas.²²⁴

I) Etapa intermedia de reexamen

La importante innovación de adoptar, casi automáticamente, las decisiones en el OSD sobre el establecimiento de grupos especiales, la adopción de los informes de los grupos especiales y de los informes del Órgano de Apelación, y sobre el otorgamiento de autorizaciones para la suspensión de concesiones, ha sido suplementada por un nuevo procedimiento de una “etapa intermedia de reexamen” de los informes de los grupos especiales y su revisión por el Órgano Permanente de Apelación. Dicho procedimiento se basó en el mecanismo previsto en el ALC y el TLCAN, y requiere que cada grupo especial presente, dentro de un plazo fijado por el grupo especial,

“un informe provisional en el que figurarán tanto los capítulos expositivos como las constataciones y conclusiones del grupo especial. Dentro de un plazo fijado por él, cualquiera de las partes podrá presentar por escrito una petición de que el grupo especial reexamine aspectos concretos del informe provisional antes de la distribución del informe definitivo a los Miembros. A petición de parte,

²²³ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 13.

²²⁴ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 14.

el grupo especial celebrará una nueva reunión con las partes sobre las cuestiones identificadas en las observaciones escritas. De no haberse recibido observaciones de ninguna parte dentro del plazo previsto a esos efectos, el informe provisional se considerará definitivo y se distribuirá sin demora a los Miembros. Entre las conclusiones del informe definitivo del grupo especial figurará un examen de los argumentos esgrimidos en la etapa intermedia de reexamen.²²⁵

Esta nueva etapa en el procedimiento de solución de controversias de la OMC, al igual que en el procedimiento del Capítulo XX del TLCAN, permite a las partes revisar las determinaciones del panel o grupo especial y presentar sus comentarios o solicitar que se reexamine algún aspecto de la controversia y posiblemente lograr un acuerdo mutuamente aceptable sin tener que esperar la adopción del informe final por el OSD. Por último, el reexamen asegura que todos los argumentos relevantes serán incluidos en el informe final, mejora la calidad legal de dichos informes y reduce la impredecibilidad de los resultados.

J) Adopción de los informes de los Grupos Especiales

A fin de que los Miembros dispongan de tiempo suficiente para examinar los informes de los grupos especiales, estos informes no serán examinados a efectos de su adopción por el OSD hasta que hayan transcurrido 20 días desde la fecha de su distribución a los Miembros. Todo Miembro que tenga objeciones que oponer al informe de un grupo especial dará por escrito una explicación de sus razones, para su distribución por lo menos 10 días antes de la reunión del OSD en la que se haya de examinar el informe del grupo especial. Las partes en una diferencia tendrán derecho a participar plenamente en el examen por el

²²⁵ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 15.

OSD del informe del grupo especial, y sus opiniones constarán plenamente en acta.²²⁶

Dentro de los 60 días siguientes a la fecha de distribución del informe de un grupo especial a los Miembros, el informe se adoptará en una reunión del OSD,²²⁷ a menos que una parte en la diferencia notifique formalmente a éste su decisión de apelar o que el OSD decida por consenso no adoptar el informe. Si una parte ha notificado su decisión de apelar, el informe del grupo especial no será considerado por el OSD a efectos de su adopción hasta después de haber concluido el proceso de apelación. Este procedimiento de adopción se entiende sin perjuicio del derecho de los Miembros a expresar sus opiniones sobre los informes de los grupos especiales.²²⁸

Los informes de los grupos especiales, así como los del Órgano Permanente de Apelación en su caso, se entienden adoptados por OSD a menos que se de un “consenso negativo” para no adoptar estos informes. Bajo el GATT 1947, las decisiones se adoptaban por unanimidad, lo cual limitaba en gran medida la eficacia de los paneles, ya que era poco probable que todas las partes contratantes votaran a favor. El concepto de “consenso negativo” significa que una decisión será adoptada sin necesidad de que exista unanimidad entre los Miembros. Bajo el ESD, una decisión será adoptada a menos que todos los Miembros voten en contra, lo cual hace su adopción casi automática. Esta modificación al procedimiento representa una “legalización” significativa del mismo y representa, junto con la independencia de los integrantes de los grupos especiales y del órgano de apelación, una de las mejoras más representativas en la solución de diferencias dentro de la OMC.

²²⁶ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 16:1-3.

²²⁷ Si no hay prevista una reunión del OSD dentro de ese período en una fecha que permita cumplir las prescripciones de los párrafos 1 y 4 del artículo 16, se celebrará una reunión del OSD a tal efecto.

²²⁸ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 16:4.

4.3.3 El Órgano Permanente de Apelación y la apelación de los informes

A) Órgano Permanente de Apelación

Bajo el antiguo sistema del GATT 1947, los informes de los paneles se adoptaban solamente después de haber pasado el "filtro político" del Consejo del GATT. El efecto legal de las decisiones del Consejo se encontraban reforzadas políticamente por la adopción de los informes de los paneles en base al consenso, donde las determinaciones eran reconocidas por todas las partes contratantes, incluyendo el Estado demandado.

El nuevo procedimiento de solución de controversias ofrece, como hemos visto anteriormente, la adopción casi automática de los informes por parte del OSD sin la posibilidad que anteriormente existía de bloquear el consenso, así como el fortalecimiento del proceso para la aplicación de las determinaciones contenidas en dichos informes. Dicha legalización fue aceptada porque la etapa intermedia de reexamen y el Órgano Permanente de Apelación (Órgano de Apelación) ofrece garantías adicionales que los informes no contendrán errores jurídicos. La función estrictamente legal y la experiencia del Órgano de Apelación fueron vistos como un sustituto jurídico a la práctica del consenso político en relación con la adopción de informes del Consejo del GATT 1947, el cual había sido abusada durante los últimos años de las negociaciones de la Ronda Uruguay. Se espera que el Órgano de Apelación prevenga que las partes perdedoras dejen de cumplir con las resoluciones de los grupos especiales, alegando que son injustas, erróneas o inconclusas porque ciertos aspectos no fueron revisados.

A diferencia de los procedimientos de consultas, buenos oficios, conciliación, mediación y uso de los grupos especiales, los cuales son en gran medida solamente la codificación de las prácticas anteriores bajo el GATT 1947, el examen en apelación es un proceso nuevo para la solución de controversias

internacionales de aspecto comercial. La experiencia de dicho procedimiento va a ser seguido muy de cerca por otros organismos internacionales como la CIJ y la Corte Europea de Justicia y será interesante comparar sus resultados con aquellos obtenidos bajo el procedimiento de impugnación extraordinaria del Capítulo XIX del TLCAN.

El Órgano de Apelación tiene competencia sobre los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones de los grupos especiales y está integrado por siete personas, de las cuales actúan tres en cada caso. Las personas que forman parte del Órgano de Apelación actúan por turno de acuerdo al procedimiento de trabajo establecido por el Órgano de Apelación.²²⁹

El OSD nombra por un período de cuatro años a las personas que forman parte del Órgano de Apelación y puede renovar una vez el mandato de cada una de ellas.²³⁰ Las vacantes se cubrirán a medida que se produzcan y la persona nombrada para reemplazar a otra cuyo mandato no haya terminado desempeñará el cargo durante el período que falte para completar dicho mandato. El Artículo 17:3 dispone que el Órgano de Apelación “estará integrado por personas de prestigio conocido, con competencia técnica acreditada en derecho, en comercio internacional y en la temática de los acuerdos abarcados en general”, quienes no deben estar vinculadas a ningún gobierno. Los integrantes del Órgano de Apelación deben representar en términos generales de la composición de la OMC. Todas las personas que formen parte del Órgano de Apelación estarán disponibles en todo momento y en breve plazo, y se mantendrán al corriente de las actividades de solución de diferencias y demás actividades pertinentes de la OMC. Dichas personas no pueden intervenir en el

²²⁹ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 17:1.

²³⁰ En noviembre de 1995, el OSD anunció los nombres de los primeros miembros del Órgano de Apelación, los cuales fueron seleccionados de entre una lista de 32 candidatos de 23 países: James Bacchus (EUA), Christopher Beeby (Nueva Zelanda), Claus-Dieter Ehlerman (Alemania), Said El-Naggar (Egipto), Florentino Feliciano (Filipinas), Julio Lacarte Muró (Uruguay) y Mitsuo Masushtita (Japón).

examen de alguna diferencia que pueda generar un conflicto directo o indirecto de intereses.²³¹

Solamente las partes en la diferencia, con exclusión de terceros, podrán recurrir en apelación contra el informe de un grupo especial. Los terceros que hayan notificado al OSD un interés sustancial en el asunto podrán presentar comunicaciones por escrito al Órgano de Apelación, que puede darles la oportunidad de ser oídos. El objeto de la apelación sólo pueden ser las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste.²³²

Por regla general, la duración del procedimiento entre la fecha en que una parte en la diferencia notifique formalmente su decisión de apelar y la fecha en que el Órgano de Apelación distribuya su informe no debe exceder de 60 días. Si el Órgano de Apelación considera que no puede rendir su informe dentro de los 60 días, comunicará por escrito al OSD los motivos del retraso, indicando el plazo en el que estima podrá presentarlo. En ningún caso la duración del procedimiento excederá de 90 días.²³³

B) Procedimiento del examen en apelación

El Órgano de Apelación, en consulta con el Presidente del OSD y con el Director General, estableció los procedimientos de trabajo, los cuales fueron circulados entre los Miembros para su información.²³⁴ Dicho procedimiento proporciona a todas las partes el derecho de ser escuchados, tanto oralmente como por escrito, y establece la forma en que las comunicaciones se deberán presentar, así como la forma y plazos en que se deberá seguir el proceso. Asimismo, establecen el carácter de colegialidad del Órgano de Apelación con el

²³¹ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 17:2-3.

²³² Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 17:4-6.

²³³ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 17:5.

²³⁴ Los Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación fueron publicados por el OSD el 28 de febrero de 1997.

objeto de garantizar la uniformidad y coherencia en la adopción de decisiones. Los procedimientos de trabajo también establecen las normas de conducta para la aplicación del ESD que será aplicables a las personas que desempeñen funciones en los grupos especiales y en el Órgano de Apelación, a los árbitros, a los expertos y al personal de la Secretaría que preste asistencia a cualquiera de las personas anteriores.

Las actuaciones del Órgano de Apelación tienen carácter confidencial y sus informes se redactan sin que se hallen presentes las partes en la diferencia y a la luz de la información proporcionada y de las declaraciones formuladas. Las opiniones expresadas en el informe del Órgano de Apelación por los distintos integrantes de éste son anónimas. El Órgano de Apelación puede examinar cada una de las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste y podrá confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del grupo especial.²³⁵

C) Adopción de los informes del Órgano de Apelación

Los informes del Órgano de Apelación serán adoptados por el OSD y aceptados sin condiciones por las partes en la diferencia, salvo que el OSD decida por consenso no adoptar el informe del Órgano de Apelación en un plazo de 30 días contados a partir de su distribución a los Miembros.²³⁶ Este procedimiento de adopción se entiende sin perjuicio del derecho de los Miembros a exponer sus opiniones sobre los informes del Órgano de Apelación.²³⁷

²³⁵ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 17:9-13.

²³⁶ Si no hay prevista una reunión del OSD durante ese período, se celebrará una reunión del OSD a tal efecto.

²³⁷ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 17:14.

D) Comunicaciones con el Grupo Especial o el Órgano de Apelación

El Artículo 18 del ESD establece que no habrá comunicaciones ex parte con el grupo especial o el Órgano de Apelación en relación con asuntos sometidos a la consideración del grupo especial o del Órgano de Apelación. Las comunicaciones por escrito al grupo especial o al Órgano de Apelación se consideran confidenciales, pero se facilitarán a las partes en la diferencia. Ninguna de las disposiciones del ESD impide a una parte en la diferencia hacer públicas sus posiciones, sin embargo, los Miembros deberán considerar como confidencial la información facilitada al grupo especial o al Órgano de Apelación por otro Miembro a la que éste le haya atribuido tal carácter. A petición de un Miembro, una parte en la diferencia podrá también facilitar un resumen no confidencial de la información contenida en sus comunicaciones escritas que pueda hacerse público.

E) Recomendaciones de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación

Cuando un grupo especial o el Órgano de Apelación lleguen a la conclusión de que una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, recomendarán que el Miembro afectado²³⁸ la ponga en conformidad con ese acuerdo.²³⁹ Además de formular recomendaciones, el grupo especial o el Órgano de Apelación podrán sugerir la forma en que el Miembro afectado podría aplicarlas. Con el fin de mantener una consistencia con las disposiciones generales del ESD, las constataciones y recomendaciones del grupo especial y

²³⁸ El "Miembro afectado" es la parte en la diferencia a la que vayan dirigidas las recomendaciones del grupo especial o del Órgano de Apelación.

²³⁹ Con respecto a las recomendaciones en los casos en que no haya infracción de las disposiciones del GATT de 1994 ni de ningún otro acuerdo abarcado, véase el Artículo 26 del ESD analizado a continuación.

del Órgano de Apelación no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.²⁴⁰

F) Marco temporal de las decisiones del OSD

A menos que las partes en la diferencia acuerden otra cosa, el período comprendido entre la fecha de establecimiento del grupo especial por el OSD y la fecha en que el OSD examine el informe del grupo especial o el informe del examen en apelación no debe exceder, por regla general, de nueve meses cuando no se haya interpuesto apelación contra el informe del grupo especial o de 12 cuando se haya interpuesto. Si el grupo especial o el Órgano de Apelación han procedido a prorrogar el plazo para emitir su informe, la duración del plazo adicional se añadirá al período antes indicado.²⁴¹

4.3.4 Vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resolución

El Artículo 22 plantea que, con el fin de asegurar la eficaz solución de las diferencias en beneficio de todos los Miembros, es esencial el pronto cumplimiento de las recomendaciones o resoluciones del OSD. Asimismo, se debe prestar especial atención a las cuestiones que afecten a los intereses de los países en desarrollo Miembros con respecto a las medidas que hayan sido objeto de solución de diferencias.

En virtud de lo anterior, el Miembro afectado deberá informar al OSD de su propósito en cuanto a la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD en una reunión del OSD que se celebrará dentro de los 30 días siguientes²⁴² a la adopción del informe del grupo especial o del Órgano de Apelación. En caso de que no sea factible cumplir inmediatamente las recomendaciones y resoluciones, el Miembro afectado dispondrá de un plazo

²⁴⁰ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 17:19.

²⁴¹ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 20.

²⁴² Si no hay prevista una reunión del OSD durante ese período, el OSD celebrará una reunión a tal efecto dentro del plazo establecido.

prudencial para hacerlo. El plazo prudencial será el plazo propuesto por el Miembro afectado, a condición de que sea aprobado por el OSD. De no existir tal aprobación, éste será un plazo fijado de común acuerdo por las partes en la diferencia dentro de los 45 días siguientes a la fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones; o, a falta de dicho acuerdo, un plazo determinado mediante arbitraje vinculante dentro de los 90 días siguientes a la fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones²⁴³ que no deberá exceder de 15 meses a partir de la fecha de adopción del informe del grupo especial o del Órgano de Apelación.²⁴⁴

A no ser que el grupo especial o el Órgano de Apelación hayan prorrogado el plazo para emitir su informe, el período transcurrido desde el establecimiento del grupo especial por el OSD hasta la fecha en que se determine el plazo prudencial no excederá de 15 meses, salvo que las partes en la diferencia acuerden otra cosa. Cuando se haya procedido a prorrogar el plazo para emitir el informe, la duración del plazo adicional se añadirá a ese período de 15 meses, con la salvedad de que, a menos que las partes en la diferencia convengan en que concurren circunstancias excepcionales, el período total no excederá de 18 meses.²⁴⁵

En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, la diferencia se debe resolver conforme a los procedimientos de solución de diferencias previstos en el ESD, con intervención, siempre que sea posible, del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto. El grupo especial distribuirá su informe dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le haya sometido el asunto, pero si éste considera que no le es posible presentar su informe en ese plazo, comunicará

²⁴³ Si las partes no pueden ponerse de acuerdo para designar un árbitro en un lapso de 10 días después de haber sometido la cuestión a arbitraje, el árbitro será designado por el Director General en un plazo de 10 días, después de consultar con las partes.

²⁴⁴ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 21:1-3.

²⁴⁵ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 22:4.

por escrito al OSD los motivos del retraso, indicando el plazo en que estima podrá presentarlo.²⁴⁶

El OSD mantendrá en estricta vigilancia la aplicación de las recomendaciones o resoluciones adoptadas. Todo Miembro podrá plantear en él la cuestión de la aplicación de las recomendaciones o resoluciones, en cualquier momento después de su adopción. A menos que el OSD decida otra cosa, la cuestión de la aplicación de las recomendaciones o resoluciones será incluida en el orden del día de la reunión que celebre el OSD seis meses después de la fecha en que se haya establecido el período prudencial antes referido y se mantendrá en el orden del día de sus reuniones hasta que se resuelva. Por lo menos 10 días antes de cada una de esas reuniones, el Miembro afectado deberá presentar al OSD por escrito un informe de situación sobre los progresos realizados en la aplicación de las recomendaciones o resoluciones.²⁴⁷

En los asuntos planteados por países en desarrollo Miembros, el OSD considerará qué otras disposiciones puede adoptar que sean adecuadas a las circunstancias. Si el caso ha sido promovido por un país en desarrollo Miembro, el OSD, al considerar qué disposiciones adecuadas podrían adoptarse, tendrá en cuenta no sólo el comercio afectado por las medidas objeto de la reclamación, sino también su repercusión en la economía de los países en desarrollo Miembros de que se trate.²⁴⁸

4.3.5 Compensación y suspensión de concesiones

La compensación y la suspensión de concesiones u otras obligaciones son medidas temporales a las que se puede recurrir en caso de que no se apliquen en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones adoptadas. Sin embargo, ni la compensación ni la suspensión de concesiones u otras

²⁴⁶ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 22:5.

²⁴⁷ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 22:6.

²⁴⁸ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 21:7-8.

obligaciones son preferibles a la aplicación plena de una recomendación de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados. La compensación es voluntaria y, en caso de que se otorgue, será compatible con los acuerdos abarcados.

El Artículo 22:2 introduce una nueva obligación de “entablar negociaciones con cualesquiera de las partes que hayan recurrido al procedimiento de solución de diferencias, con miras a hallar una compensación mutuamente aceptable” si el Miembro afectado no pone en conformidad con un acuerdo abarcado la medida declarada incompatible con él o no cumple de otro modo las recomendaciones y resoluciones adoptadas dentro del plazo prudencial. Si dentro de los 20 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial no se ha convenido en una compensación satisfactoria, “cualquier parte que haya recurrido al procedimiento de solución de diferencias podrá pedir la autorización del OSD para suspender la aplicación al Miembro afectado de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados.”

El Artículo 22:3-9 establece nuevos y detallados principios y procedimientos que deberán seguirse para suspender concesiones u otras obligaciones. En este sentido, la parte reclamante deberá tratar primeramente de suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector (los mismos sectores) en que el grupo especial o el Órgano de Apelación haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo. Si la parte considera impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector (los mismos sectores), podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en otros sectores en el marco del mismo acuerdo.

Si la parte considera que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas a otros sectores en el marco del mismo acuerdo, y que las circunstancias son suficientemente graves, podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco de otro

acuerdo abarcado. El nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizado por el OSD deberá ser equivalente al nivel de la anulación o menoscabo. El OSD no autorizará la suspensión de concesiones u otras obligaciones si un acuerdo abarcado prohíbe tal suspensión.

En caso de que el Miembro afectado no acate las recomendaciones o resoluciones adoptadas, el OSD, previa petición, concederá autorización para suspender concesiones u otras obligaciones dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial, a menos que decida por consenso desestimar la petición. No obstante, si el Miembro afectado impugna el nivel de la suspensión propuesta, o sostiene que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos, en el caso de que una parte reclamante haya solicitado autorización para suspender concesiones u otras obligaciones, la cuestión se someterá a arbitraje. El arbitraje estará a cargo del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto, si estuvieran disponibles sus miembros, o de un árbitro²⁴⁹ nombrado por el Director General, y se concluirá dentro de los 60 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial. No se suspenderán concesiones u otras obligaciones durante el curso del arbitraje.²⁵⁰

El árbitro²⁵¹ no examinará la naturaleza de las concesiones u otras obligaciones que se hayan de suspender, sino que determinará si el nivel de esa suspensión es equivalente al nivel de la anulación o del menoscabo. El árbitro podrá también determinar si la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuesta está permitida en virtud del acuerdo abarcado. Sin embargo, si el asunto sometido a arbitraje incluye la reclamación de que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos, el árbitro examinará la reclamación. Las partes aceptarán como definitiva la decisión del árbitro y no tratarán de obtener un segundo arbitraje. Se informará sin demora de la decisión del árbitro

²⁴⁹ Se entenderá que el término "árbitro" designa indistintamente a una persona o a un grupo.

²⁵⁰ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 22:6.

²⁵¹ Se entenderá que el término "árbitro" designa indistintamente a una persona, a un grupo o a los miembros del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto si actúan en calidad de árbitro.

al OSD; y éste, si se le pide, otorgará autorización para suspender concesiones u otras obligaciones siempre que la petición sea acorde con la decisión del árbitro, a menos que decida por consenso desestimarla.²⁵²

La suspensión de concesiones u otras obligaciones será temporal y sólo se aplicará hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado, hasta que el Miembro que deba cumplir las recomendaciones o resoluciones ofrezca una solución a la anulación o menoscabo de ventajas, o hasta que se llegue a una solución mutuamente satisfactoria. El OSD vigilará estrictamente la aplicación de las recomendaciones o resoluciones adoptadas, con inclusión de los casos en que se haya otorgado compensación o se hayan suspendido concesiones u otras obligaciones pero no se hayan aplicado las recomendaciones de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados.²⁵³

4.3.6 Arbitraje

El arbitraje es el último de los procedimientos que ofrece el ESD para la solución pacífica de controversias entre los Estados Miembros. El Artículo 25 considera que “un procedimiento rápido de arbitraje en la OMC como medio alternativo de solución de diferencias puede facilitar la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes”. En virtud que el arbitraje no ha sido muy utilizado en la práctica del GATT, los negociadores de la Ronda Uruguay prefirieron dejar a las partes la determinación del procedimiento a seguirse. Sin embargo, el acuerdo de recurrir al arbitraje se deberá notificar a todos los Miembros con suficiente antelación a la iniciación efectiva del proceso de arbitraje con el fin de que éstos puedan hacer valer sus derechos en el arbitraje correspondiente.²⁵⁴

²⁵² Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 22:7.

²⁵³ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 22:8.

²⁵⁴ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 25:2.

Asimismo, las partes en el procedimiento deben convenir en acatar el laudo arbitral, mismo que deberá ser notificado al OSD y al Consejo o Comité de los acuerdos pertinentes, en los que cualquier Miembro podrá plantear cualquier cuestión con ellos relacionada.²⁵⁵ El propósito de incluir esta disposición fue el dejar en claro que el laudo arbitral, aún si es obligatorio entre las partes y puede ser implementado de la misma manera que las determinaciones de los grupos especiales,²⁵⁶ no puede afectar o limitar los derechos y obligaciones de terceros o el poder del OSD de interpretar las reglas de la OMC de una manera distinta.

El arbitraje entre Estados previsto en el ESD debe distinguirse del arbitraje privado y de los "procedimientos de examen independientes" que se establecen, por ejemplo, en el Artículo 4 del Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición en relación con decisiones obligatorias de una "entidad independiente" sobre disputas entre la autoridad que inspecciona y los exportadores. El Consejo General creó la entidad independiente mencionada anteriormente, como órgano subsidiario del Consejo para el Comercio de Mercancías y fijó el procedimiento de examen independiente y las obligaciones de los expertos que lo conforman. Hasta la fecha, el procedimiento de examen independiente dispuesto por el Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición es el único mecanismo para la solución de controversias entre partes privadas que existe en la OMC. No obstante, es de esperarse que conforme evolucione la práctica del comercio internacional al amparo de la OMC, surjan distintos procedimientos dentro de los acuerdos abarcados donde los individuos puedan hacer valer sus derechos como partes esenciales del comercio mundial.

4.4 Casos prácticos

Entre el 1º de enero de 1995, fecha en que entró en vigor el Entendimiento sobre Solución de Diferencias, y el 15 de junio de 1998, los

²⁵⁵ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 25:3.

²⁵⁶ Op. Cit. Nota 30. ESD. Artículo 25:4.

Miembros de la OMC formularon 136 solicitudes de consultas sobre 100 cuestiones específicas distintas.²⁵⁷ De estas 136 solicitudes, 97 fueron presentadas por países desarrollados, 27 por países en desarrollo y 10 fueron presentadas a la vez por países desarrollados y en desarrollo.

Como es de esperarse, los Miembros más activos, tanto como demandantes y como demandados, son los Estados Unidos, la Comunidad Europea y Japón. Lo anterior es una combinación del volumen de intercambio comercial que estos países tienen y de los recursos económicos y humanos que poseen para poder elaborar los escritos correspondientes y comparecer ante los distintos grupos especiales y el Órgano de Apelación.

No obstante lo anterior, se debe hacer hincapié en el número de solicitudes de consultas que han presentado los países en desarrollo y de la cantidad de procedimientos en las que éstos participan. La presencia de los países en desarrollo en los procesos de solución de diferencias en la OMC refleja no solo su creciente actividad en el comercio mundial, sino que también representa el interés existente en participar en la globalización correspondiente. Los países en desarrollo han comprendido, en base a experiencias pasadas, que si no forman una parte activa de las decisiones internacionales y en la formación del derecho comercial entre naciones, en un futuro cercano el ejercicio de sus derechos quedará relegado a seguir los dictámenes de las potencias comerciales.

La actividad de México en el procedimiento de solución de diferencias del ESD ha sido constante desde su entrada en vigor, ya sea solicitando consultas o el establecimiento de grupos especiales, contestando reclamaciones presentadas en su contra o participando como tercero en procesos iniciados por

²⁵⁷ Panorama General de la Situación de las Diferencias en la OMC, publicado por la Secretaría de la OMC en su página de internet ubicada en www.wto.org.

otros Miembros. México ha presentado diversas reclamaciones bajo el procedimiento previsto por el ESD.

De los casos en que México ha participado, es importante mencionar algunos por su importancia en el comercio internacional o por su impacto en las relaciones comerciales de las partes involucradas.

El primero es una reclamación presentada por Ecuador, Guatemala, Honduras, México y los Estados Unidos en contra de la Comunidad Europea sobre el régimen para la importación, venta y distribución de bananos impuesto por la Comunidad Europea.²⁵⁸ El Grupo Especial concluyó que el régimen de importación de bananos de la CE, así como los procedimientos de concesión de licencias para la importación de bananos dentro de este régimen, eran incompatibles con el GATT. La Comunidad Europea apeló determinadas cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas elaboradas por el Grupo Especial, pero el Órgano de Apelación confirmó la mayor parte de las conclusiones del Grupo Especial. En su reunión del 25 de septiembre de 1997, el OSD adoptó el informe del Órgano de Apelación y el informe del Grupo Especial, tal como lo había modificado el Órgano de Apelación. El 17 de noviembre de 1997, los reclamantes pidieron que el "plazo prudencial" para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD se determinase mediante arbitraje vinculante, de conformidad con lo dispuesto en el ESD. El arbitraje fijó el período de aplicación en 15 meses y una semana a partir de la fecha de adopción de los informes, es decir, expira el 1° de enero de 1999. La CE se ha comprometido a cumplir las recomendaciones del OSD dentro del período de aplicación.

Otro caso se refiere a una reclamación presentada por México en la investigación antidumping realizado por los Estados Unidos sobre las

²⁵⁸ Comunidades Europeas.- Régimen para la importación, venta y distribución de bananos (WT/DS27).

importaciones de tomates frescos o refrigerados procedentes de México.²⁵⁹ México alega que esa investigación infringe las obligaciones de Guatemala según el Acuerdo Antidumping. El 4 de febrero de 1997, México pidió que se estableciese un grupo especial, el cual se estableció el 20 de marzo de 1997. Los Estados Unidos, Canadá, Honduras y El Salvador se han reservado sus derechos como terceros.

Por lo que se refiere a las reclamaciones formuladas en contra de México, dos presentadas por los Estados Unidos pueden resumirse en una sola controversia por referirse a la misma cuestión.²⁶⁰ La solicitud de celebración de consultas presentadas por los Estados Unidos, en febrero y septiembre de 1997, referentes a una investigación antidumping, basada en una solicitud presentada por la Cámara Nacional de las Industrias Azucarera y Alcohólica, sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa procedente de los Estados Unidos. Los Estados Unidos señalan que el 23 de enero de 1998 México publicó un aviso de determinación definitiva de la existencia de dumping y de daño formulada en dicha investigación e impuso las consiguientes medidas antidumping definitivas a las importaciones de este producto procedentes de los Estados Unidos. Los Estados Unidos alegan infracciones del Acuerdo Antidumping. La etapa de consultas aún está pendiente en este caso.

Un caso en que México no fue parte formalmente pero donde tuvo gran interés fue en la reclamación presentada por la Comunidad Europea en contra de los Estados Unidos en relación con la Ley para la Libertad y Solidaridad Democrática Cubana (LIBERTAD) de 1996 y otras disposiciones legislativas promulgadas por el congreso de los Estados Unidos sobre sanciones comerciales contra Cuba.²⁶¹ La CE alegó que las restricciones comerciales que los Estados Unidos aplican a las mercancías de origen cubano, así como la

²⁵⁹ Estados Unidos.- Investigación antidumping sobre las importaciones de tomates frescos o refrigerados procedentes de México (WT/DS49).

²⁶⁰ México.- Investigación antidumping sobre jarabe de maíz con alta concentración de fructosa procedente de los Estados Unidos (WT/DS101/1) y (WT/DS132/1).

²⁶¹ Estados Unidos – Ley para la Libertad y la Solidaridad Democrática Cubana (WT/DS38)

posible denegación de visados y de entrada al territorio de los Estados Unidos a las personas que no tengan la nacionalidad estadounidense, eran incompatibles con las obligaciones de los Estados Unidos en aplicación del Acuerdo de la OMC. La Comunidad Europea alegó también que, aunque esas medidas de los Estados Unidos no llegasen a vulnerar disposiciones concretas del GATT o del GATS, anulan o menoscaban las ventajas que esperaban obtener del GATT 1994 y del GATS e impiden la realización de objetivos del GATT 1994.

La Comunidad Europea pidió que se estableciese un grupo especial, que se estableció el 20 de noviembre de 1996. Sin embargo, a instancia de la Comunidad Europea el grupo especial suspendió sus trabajos con fecha 21 de abril de 1997 y la decisión de establecimiento del grupo especial quedó sin efecto el 22 de abril de 1998. De nuevo vemos como el procedimiento del ESD es utilizado como herramienta política para presionar a los Estados Unidos en abstenerse de aplicar una ley doméstica que afecta los derechos de inversionistas de todo el mundo interesados en invertir en Cuba. No obstante que el procedimiento de solución de diferencias nunca se llegó a concluir, el resultado buscado por la Comunidad Europea y los otros países interesados en la controversia como México fue alcanzado y hasta la fecha el presidente Clinton ha aplazado la entrada en vigor de la Ley Helms-Burton en cinco ocasiones por plazos de seis meses.

CONCLUSIONES

Conforme los acuerdos comerciales entre Estados han cobrado mayor relevancia en la economía mundial, los procedimientos para la solución de controversias entre las partes contratantes han sido objeto de mayor análisis. En la medida en que dichos procedimientos sean vistos como equitativos y efectivos, será más factible que los Estados recurran a ellos para resolver diferencias en lugar de adoptar medidas unilaterales que atenten adversamente al sistema de comercio mundial.

El comercio internacional ha tenido un desarrollo tal en las últimas décadas del presente siglo que parece natural que sea en ésta área donde surjan los mejores ejemplos de métodos para la solución de controversias. Sin embargo, aún queda mucho camino por recorrer para lograr que la totalidad de las disputas internacionales sean sometidas sin restricciones a cualquiera de los métodos descritos a lo largo de éste trabajo o para que las partes en disputa cumplan con los acuerdos o laudos derivados de los mismos. El éxito de los mecanismos descritos en este trabajo tendrá una influencia vital en el futuro de las relaciones internacionales.

Los mecanismos previstos en el Capítulo XX del TLCAN y en el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC ejemplifican la tendencia del Derecho Internacional en materia de solución de controversias. La importancia del comercio a nivel mundial ha provocado que la evolución en éste campo se dé naturalmente en las organizaciones y los tratados comerciales. La comunidad internacional se ha dado cuenta que las controversias entre Estados son inevitables y que por lo tanto se deberán prever mecanismos que ofrezcan soluciones vinculatorias emitidas dentro de un plazo razonable, brindando así, certeza y seguridad jurídica a las partes en disputa.

Si bien es cierto que aún falta mucho para que otros tipos de controversias internacionales sean sometidos a métodos de solución pacífica como el arbitraje o el arreglo judicial, el éxito de los mismos en controversias comerciales servirá para convencer de su utilidad a los más escépticos. Si los Estados logran entender y utilizar correctamente los métodos existentes y aceptan la vinculación de las resoluciones emitidas en base a ellos, brindarán a la comunidad internacional un ambiente propicio para desarrollar mejores relaciones en el siglo XXI.

El mecanismo para la solución de controversias previsto en el Capítulo XX del TLCAN ofrece a las Partes certeza jurídica ya que deja muy poco al arbitrio de las mismas y establece un procedimiento a priori, bien estructurado y con plazos claramente establecidos. La gran virtud de dicho procedimiento es que, aún si se encuentra basado en una actitud de cooperación y amigable composición para lograr una solución aceptable para todas las Partes involucradas, fija un mecanismo escalonado que puede ser utilizado para resolver la gran mayoría de las controversias que se susciten como consecuencia de la aplicación o interpretación del TLCAN.

La esencia del procedimiento de solución de controversias previsto en el TLCAN es la forma gradual en que se buscan las soluciones "mutuamente satisfactorias" a las disputas que pudieren surgir. Para ello se disponen instancias que van desde la cooperación, procedimientos de solución conforme al GATT 1946 (y ahora conforme a la OMC), continúan con consultas, buenos oficios, conciliación, mediación, integración de paneles arbitrales con intervención de expertos, hasta culminar con un informe preliminar sujeto a observaciones de las Partes y una recomendación que se convertirá en un determinación final, ejecutable y base de sanciones o represalias para la Parte demandada y violadora del tratado.

La base de una demanda cuya violación constituya la controversia, y que justifique poner en movimiento la maquinaria de solución, es la existencia de medidas de una Parte, que son o pueden ser incompatibles con las obligaciones del TLCAN, o que sean causa de anulación o menoscabo de los beneficios recíprocamente concedidos. A su vez, la solución de las controversias consistirá en determinar si la medida impugnada es o no compatible con las obligaciones del tratado; o si es o no causa de anulación o menoscabo de los beneficios antes mencionados.

La solución de la controversia consistirá en la no ejecución o la derogación de la medida disconforme. Aún después de la determinación final, son las propias Partes las que convienen en la solución de la controversia. En consecuencia, si después de la determinación final, las partes no llegan a un acuerdo o solución mutuamente satisfactoria, la Parte afectada puede, legítimamente, tomar una represalia, a manera de sanción, consistente en suspender la aplicación de los beneficios de efectos equivalentes a la medida adoptada por la Parte demandada. En caso de exceso en la medida sancionadora de suspensión de beneficios, se prevé el establecimiento de otro panel arbitral.

A diferencia de un gran número de acuerdos comerciales anteriores al tratado, el TLCAN establece desde un principio los lineamientos y los procedimientos a seguir en caso de que surja una disputa entre las Partes. Es muy importante resaltar el valor agregado que brinda a cualquier tratado en materia de comercio internacional un procedimiento para la solución de controversias. Es indudable que en el ámbito comercial siempre surgirán diferencias entre las partes, más aún cuando se trata de relaciones entre Estados. Hay muchos más temas en juego que solamente una transacción comercial de toda el área puede estar en riesgo. Lo que ofrece el TLCAN a los tres países de Norteamérica son los lineamientos para eliminar barreras al comercio, promover condiciones para una competencia justa, incrementar las

oportunidades de inversión y establecer procedimientos efectivos para la aplicación del tratado y la solución de controversias.

Son éstos procedimientos efectivos para la aplicación del tratado y la solución de controversias que ofrecen seguridad y certeza jurídica a las Partes y garantizan la promoción del comercio y las inversiones entre los tres países. El hecho de que exista un procedimiento claro y simplificado acelera la obtención de una resolución final a la disputa ya que el informe final de un panel arbitral se deberá ofrecer en un máximo de 220 días. Asimismo, gracias al principio de cooperación, por un lado, y la posibilidad de suspender beneficios equivalentes en caso de incumplimiento, por el otro, aseguran el cumplimiento de los informes finales de los paneles.

El Organismo de Solución de Diferencias busca asegurar tanto la continuidad como las innovaciones en la aplicación de las reglas para la solución de diferencias, particularmente a través de un mayor énfasis en la naturaleza objetiva del proceso y en su orientación jurídica. La continuidad se garantiza dentro del Organismo de Solución de Diferencias al disponer que éste se guiará por las decisiones, prácticas y procedimientos existentes bajo el GATT 1947, así como establecer que los Miembros afirman su adhesión a los principios de administración de controversias existentes bajo los Artículos XXII y XXIII del GATT 1947. Se deduce que la práctica anterior acumulada de las decisiones de los paneles bajo el GATT 1947 no ha sido abrogada y por lo tanto no puede ser ignorada. Sobre dicho precedente se deberá contruir la aplicación del OSD. Asimismo, se pueden esperar mejoras concretas en la aplicación del OSD gracias a la eliminación de algunas lagunas jurídicas y otros errores. Lo anterior se manifiesta de tres maneras: primero, al ofrecer un sistema unificado para la solución de diferencias; segundo, al ofrecer un sistema obligatorio basado en el derecho; y tercero, al fortalecer el carácter judicial del sistema.

En conclusión, el sistema de solución de diferencias de la OMC ofrece a sus Miembros un procedimiento unificado y claro con reglas específicas y varias instancias. Asimismo, la aplicación del procedimiento reconoce la experiencia bajo el GATT 1947 y considera a las decisiones emanadas de dicho foro como un precedente valioso en la aplicación e interpretación de las normas y reglas existentes bajo los acuerdos abarcados por el Acta Final de la Ronda Uruguay. Estos factores se combinan para brindar a los Miembros seguridad y certeza jurídica en sus intercambios comerciales, ya que no sólo prevén la forma en que se deberá conducir el comercio mundial, sino que establecen el procedimiento para resolver cualquier diferencia y obligan a los Miembros a cumplir con sus obligaciones o enfrentar las consecuencias.

En un mundo donde el comercio es la nueva arma, es esencial que se fortalezca la constitución económica internacional para evitar abusos de las potencias mundiales, garantizar el crecimiento de todos los pueblos y evitar conflictos bélicos que podrían afectar la paz mundial. Para mantener el delicado balance de las relaciones internacionales, es indispensable crear mecanismos para la solución pacífica de controversias que ofrezcan a los participantes seguridad y certeza jurídica. En un momento histórico donde las relaciones entre los Estados se encuentran estrechamente entrelazadas, resulta demasiado riesgoso dejar la solución de una diferencia internacional al arbitrio de las partes ya que el resultado podría ser un conflicto bélico o una solución poco equitativa. Como se ha comprobado recientemente con las crisis financieras de los países en desarrollo, los problemas de un país o de un bloque económico afectan seriamente el balance mundial y pueden tener resultados desastrosos para países o regiones del otro lado del mundo.

Por lo tanto, es esencial que se diseñen e implementen mecanismos para la solución de diferencias que ofrezcan a los miembros de la comunidad internacional procedimientos claros, transparentes, rápidos y eficaces en los que los Estados puedan someter sus controversias y estas sean resueltas de manera

equitativa y de conformidad con los principios generales del derecho internacional y la costumbre en materia comercial, de tal manera que no se distorsione el complicado balance internacional.

En épocas recientes han surgido importantes innovaciones en el ámbito de la solución de diferencias comerciales entre los países participantes en el comercio mundial. Los dos máximos ejemplos de éstos mecanismos para la solución de diferencias son el Capítulo XX del TLCAN y el Organo de Solución de Diferencias de la OMC. Estos dos sistemas reúnen la experiencia acumulada a lo largo de cincuenta años en materia de comercio internacional y ofrecen a los países Miembros un procedimiento claro y predecible donde las partes pueden someter sus diferencias y estas serán resueltas de conformidad con las normas y reglas previamente establecidas para tal fin.

Encontramos que se ha dado durante los últimos años un proceso de "legalización" del sistema económico mundial donde han surgido tratados y acuerdos internacionales que prevén no solo la materia que pretenden regular, sino que también incluyen detallados procedimientos para la solución de diferencias. Dichos procedimientos están diseñados para fortalecer el estado de derecho bajo la "constitución económica internacional" y brindar a las partes un sistema de normas donde se establezcan claramente los derechos y las obligaciones de cada país y exista un mecanismo para hacerlos efectivos y no quede en manos de las partes el acatar las determinaciones de los órganos imparciales correspondientes, toda vez que tradicionalmente las diferencias internacionales han sido resueltas por el poderío militar y económico de una de las partes y no de conformidad con el Derecho Internacional Público.

Las ventajas económicas, políticas y legales que ofrece esta "legalización" parecen obvias; por ejemplo, las reglas y normas con su interpretación legalista y no basada en poderío económico o militar, fortalecen la predicibilidad y la seguridad jurídica, limitan los abusos de poder, reducen los costos

transaccionales de comerciantes y productores, incrementan el alcance de la toma de decisiones descentralizada y por lo tanto promueven la libertad y los beneficios económicos. Los mecanismos de solución de controversias y la aplicación de las decisiones adoptadas hacen que los tratados internacionales sean más efectivos y son esenciales para mantener la confianza en cualquier tratado comercial. Los reportes de los paneles, las sentencias de solución de controversias, los laudos arbitrales y las decisiones de las cortes forman un precedente consistente probado en el tiempo y la práctica, así como en interpretaciones generalmente aceptadas, que llenan los huecos creados por la ley de tratados y transforman progresivamente los tratados internacionales en sistemas legales más consistentes. Las reglas de los tratados internacionales, como la OMC y el TLCAN, frecuentemente son más precisas y más liberales que las reglas domésticas correspondientes en cuestiones de dumping y medidas de salvaguarda. Los procedimientos de solución de diferencias de dichas instituciones parecen ser menos proteccionistas que los procedimientos locales en relación con la discrecionalidad sobre restricciones al comercio. Los reportes de los paneles utilizan estándares de revisión más estrictos porque sus determinaciones tienen que ser aprobadas por las partes en el acuerdo respectivo, lo cual no sucederá si no se conducen con estricto apego a las normas.

Claro está que los mecanismos para la solución de diferencias internacionales solo pueden ser exitosos si los países miembros de los distintos tratados y acuerdos reconocen su jurisdicción exclusiva para resolver controversias, cumplen con sus obligaciones bajo los mismos, respetan los derechos de los otros Estados más débiles y acatan las determinaciones de los órganos correspondientes para la solución de sus diferencias. Esto se logrará en la medida en que se consolide la "legalización" de la "constitución económica internacional" y se brinde a los participantes seguridad jurídica, respetando siempre los principios de igualdad soberana, la abstención de los Estados a

recurrir a la fuerza o a la amenaza de su uso, la no intervención y el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas por los Estados.

Por último, creo importante hacer referencia al caso específico de México en el contexto del Derecho Internacional Público. Nuestro país tiene una gran tradición dentro del Derecho Internacional donde siempre ha defendido los más puros principios de igualdad soberana, libre determinación y no intervención. Asimismo, ha sido precursor de los medios pacíficos para la solución de diferencias entre Estados, participando desde principios de este siglo en las convenciones y acuerdos sobre la materia. De igual manera, México es miembro fundador de la Organización Mundial del Comercio y parte inicial del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, máximos exponentes de los sistemas para la solución de controversias comerciales. Desde los inicios de ambos tratados, México ha utilizado los mecanismos ahí previstos para resolver sus diferencias comerciales con otros países, para hacer valer sus derechos o para responder a sus obligaciones internacionales.

Como queda claro tras el análisis del contenido en este trabajo, es esencial conocer perfectamente los mecanismos previstos en el TLCAN y la OMC. Estos son procedimientos claros y efectivos que fijan plazos muy cortos donde el no reaccionar a tiempo puede resultar muy contraproducente. Es importante saber utilizarlos para hacer los derechos comerciales de nuestros conacionales que participan en el comercio mundial.

Es tarea de las autoridades correspondientes conocer y manejar los procedimientos previstos en los acuerdos antes mencionados. En la medida en que nuestras autoridades en la materia conozcan las obligaciones de México en el ámbito del comercio internacional, sus determinaciones serán cada vez más con apego a derecho. El pertenecer a estos foros internacionales obliga al gobierno mexicano a resolver asuntos comerciales de una manera mucho más profesional, tomando en cuenta factores que en el pasado podían ser ignorados.

Asimismo, gracias a la apertura comercial obligada es imposible volver atrás a las épocas cuando la política comercial de nuestro país era altamente proteccionista y restrictiva.

De igual manera, es obligación de todos los abogados involucrados en la materia del comercio en México conocer los procedimientos de solución de diferencias comerciales. El lograr esto les permitirá proteger de la mejor manera los derechos de los comerciantes que representen y ayudarlos a cumplir con sus obligaciones de tal manera que se fortalezca su participación en los mercados mundiales y se generen mayores ingresos para el país, beneficiando así no sólo a los participantes, sino también a los mexicanos en general.

BIBLIOGRAFÍA

I. LIBROS

Díaz, Luis Miguel. *Arbitraje: Privatización de la justicia*. Editorial Themis. Primera Edición. México, 1990.

Jiménez de Aréchaga, Eduardo. *Derecho Internacional Público. Tomo IV*. Fundación de Cultura Universitaria. Segunda Edición. Montevideo, 1991.

Malpica de la Madrid, Luis. *¿Qué es el GATT?* Editorial Grijalbo. México, 1986.

Martínez Vera, Rogelio. *Legislación del Comercio Exterior*. Editorial Mc. Graw Hill. México, 2000.

Valentín Budic, Domingo. *Diccionario de Comercio Exterior*. Buenos Aires, Depalma, 1986.

Velásquez Elizarraras, Miguel Angel. *Ley de Comercio Exterior*. Editorial Themis. México, 1996.

Witker, Jorge y Hernández, Laura. *Régimen Jurídico del Comercio Exterior en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 2000.

Seara Vázquez, Modesto. *Derecho Internacional Público*. Editorial Porrúa. México, 1991.

Sepúlveda, César. *Derecho Internacional*. Décimo Sexta Edición. Editorial Porrúa. México, 1991.

Sorensen, Max. et. al. *Manual de Derecho Internacional Público*. Fondo de Cultura Económica. Mexico, 1973.

Vázquez Pando, Fernando y Ortiz Ahlf, Loreta. *Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio De América del Norte*. Editorial Themis. Primera Edición. México, 1994.

Vega Cánovas, Gustavo. Comp. *México ante el Libre Comercio con América del Norte*. El Colegio de México. Centro de Estudios Internacionales. México, 1991.

Vega Cánovas, Gustavo. Comp. *México, Estados Unidos y Canadá 1993-1994*. El Colegio de México. Centro de Estudios Internacionales. México, 1995.

Zorrilla, Luis G. *Los casos de México en el Arbitraje Internacional*. Editorial Porrúa. Segunda Edición. México, 1981.

II. ARTICULOS

Serrano Migallón, Fernando. *El mecanismo de Solución de Controversias. en Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 1994.

Adame Goddard, Jorge. *Las controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en Revista de Derecho Privado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Número 14. Mexico, 1994.

Bernal, Carlos. *Hacia un mayor fortalecimiento de la Corte Internacional de Justicia*, en *Revista Mexicana de Política Exterior*. Número 47. Verano 1995. Instituto Matías Romero de Estudios Diplomáticos. México.

Bernal, José Luis. *El aspecto institucional del TLC*, en *Revista Mexicana de Política Exterior*. Número 44. Otoño 1994. Instituto Matías Romero de Estudios Diplomáticos. México.

Díaz, Luis Miguel y Garza, Antonio. *Los mecanismos para la solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*. Escuela Libre de Derecho. México, 1993.

Hernández Gómez, Fernando. *Consideraciones sobre la inconstitucionalidad de los mecanismos para la solución de controversias contenidos en los Capítulos XIX y XX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, en *Revista de Derecho Privado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Número 14. México, 1994.

Mangas Martín, Araceli. *La Organización Mundial del Comercio y las relaciones multilaterales comerciales*, en Jiménez de Aréchaga, Eduardo. *Derecho Internacional Público. Tomo V*. Fundación de Cultura Universitaria. Segunda Edición. Montevideo, 1995.

Pereznieto Castro, Leonel. *Algunos aspectos del sistema de solución de controversias en el TLC de Norteamérica*, en *Revista Jurídica*. Número 23. México, 1994.

III. LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley sobre la Celebración de los Tratados.

Ley de Comercio Exterior.

IV. TRATADOS INTERNACIONALES

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994

Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio

Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias

Tratado de Libre Comercio de América del Norte

Carta de la Organización de las Naciones Unidas

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales

Convención de la Haya para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

V. SITIOS DE INTERNET

www.wto.org

www.economia.gob.mx