

ALGUNOS ASPECTOS DEL SISTEMA DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN EL TRATADO NORTEAMERICANO DE LIBRE COMERCIO

Leonel Pereznieto Castro*

SUMARIO: I. Introducción. II. Diferentes métodos para la solución de controversias. III. El sistema de solución de controversias en el TLC. IV. Efecto del sistema de solución de controversias. Capítulo XIX, en el sistema jurídico mexicano.

I. INTRODUCCION.

Uno de los aspectos más sobresalientes y novedosos en el Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá (TLC) es el sistema de autorregulación y solución de controversias previsto a lo largo de dicho instrumento. Se trata de un sistema que va desde las consultas hasta el establecimiento de instancias resolutorias de carácter supranacional. El objeto de estas disposiciones es que sean autoaplicables y de esta manera, relegar a un segundo plano la voluntad de los países parte en el Tratado. Al mismo tiempo, dichas disposiciones hacen del TLC un tratado de "tercera generación" en el sentido de que crea un sistema de solución de controversias basado en los principios del arbitraje comercial internacional sin constituir un aparato burocrático como es el caso de los tratados que establecen la Comunidad Económica Europea.

* Profesor titular de carrera en el Centro de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor fundador y responsable de los estudios de posgrado en Derecho Internacional Privado de la Escuela de Derecho de la Universidad de Sonora. Investigador Nacional Nivel III.

Para lograr una caracterización del sistema previsto por el TLC, en la primera parte de este trabajo me referiré a algunos de los sistemas de solución de controversias más relevantes en los tratados comerciales modernos. En la segunda parte analizaré el sistema de solución de controversias diseñado en el TLC con sus diversas variables para concluir con una breve referencia a algunos de sus posibles efectos en el sistema jurídico mexicano del sistema de controversias planteado por el Capítulo XIX del TLC.

II. DIFERENTES METODOS PARA LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS.

En materia de tratados comerciales modernos el primer método fue el establecido en el Art. XVIII, sección B del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio(1). Se trata de un método de consultas con declaración. Conforme a este método, cuando una de las partes en el Acuerdo considera que otra u otras partes han violado un aspecto sustantivo del Acuerdo en su perjuicio, tiene derecho a convocar a una reunión de las demás partes contratantes y plantear su caso. Mediante este procedimiento las partes contratantes a las que les fue planteada la solicitud celebrarán consultas entre ellas para determinar si efectivamente hubo lesión en los intereses de la parte contratante que planteó el caso. Si la hay, entonces procederán a establecer contacto con la parte o partes contratantes demandadas proponiéndoles vías de solución. De solicitarlo la parte demandante, las partes contratantes que la han atendido y en vista de las circunstancias, pueden emitir una declaración en la que se condene la actitud de la parte o partes contratantes demandadas como contraria a los fines y objetivos de la carta del GATT, lo que significa una sanción moral en la medida en que la parte o partes contratantes que incurrieron en la violación del Acuerdo serán exhibidas ante la opinión pública mundial. En el caso extremo de que la parte condenada en la

(1) Especialmente los acuerdos complementarios que se derivaron del GATT como lo fue el reglamento del Art. VI sobre antidumping y derechos compensatorios; el acuerdo relativo a la aplicación del Art. VII del GATT en materia de aforo aduanero; el acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio o bien, otros acuerdos menores como el de procedimientos sobre licencias de importación, en donde se contempla la existencia de "grupos de expertos técnicos" que tienen características de conciliadores y que emiten opiniones no vinculatorias que sirven para que las partes puedan llegar a arreglos o bien, el caso de "grupos especiales" que en su estructura y carácter tienen parecido con los procedimientos de resolución de controversias en el TLC

declaración no desista de su actitud, la parte demandante podrá retirar las ventajas arancelarias que le haya otorgado en el ámbito o materia de la disputa.

Otro sistema de solución de controversias que con el tiempo se fue perfeccionando es el establecido por el Tratado de Roma de 1957(2) con el cual se constituyó la Comunidad Económica Europea así como con los convenios subsecuentes que en esta área modificaron a dicho Tratado(3). Como se recordará, el Tratado de Roma, en su Art. 4o. estableció 4 órganos: El Parlamento Europeo (4), El Consejo de Ministros (5), La Comisión, que es el Organo

-
- (2) "Art. 164: La Corte de Justicia (de las Comunidades) asegurará el respeto del derecho en la interpretación y aplicación del presente tratado". Como veremos a continuación, la competencia interpretativa de la Corte a través del Tribunal se amplió para conocer de la aplicación del Derecho Internacional y del Derecho Comunitario y también para conocer de la aplicación del derecho interno y derecho comunitario que realizan los jueces nacionales. En este sentido consultar: Chauvin, J. y Trubert, E. Le droit communautaire & international devant le Juge de Commerce. Ed. de L'Epargne. Paris. 1989 y Abraham, R. Droit international, droit communautaire et droit français. Ed. Hachette, Paris, 1989.
- (3) Especialmente: La Convención de Bruselas de 27 de Septiembre de 1968 y el protocolo de Luxemburgo relativo a la interpretación de la Convención de Roma por la Corte de Justicia, conforme a la cual se le otorgan facultades a la Corte para pronunciarse sobre la interpretación de la Convención en relación a la Competencia Judicial y a la ejecución de decisiones en materia civil y comercial, sobre este tema consultar, entre otros: Waelbroeck, M. Traités internationaux et juridictions internes dans les six pays du Marché Commún. Ed. Pedome, Paris, 1970 y Generois, B. Le droit international et le droit communautaire, en: "Conseil Constitutionnel et Conseil d'Etat", Ed. LGDJ - Montchrestein. Paris 1988 y Boulomis, S. Droit Institutionnel des Communautés Européenes. Ed. LGDJ - Montchrestein. Paris. 1989. Entre los tratados más significativos además del de Bruselas, se pueden mencionar: El Acta Unica Europea firmada simultáneamente en La Haya y en Luxemburgo en 1986 y el Tratado de Maastricht de 1992.
- (4) Que de acuerdo al Art. 137 del Tratado de Roma, esta integrado por representantes "del pueblo de los Estados parte de la Comunidad" electos por voto universal y directo y tiene como facultades ejercer poderes deliberatorios y de control establecidos por el propio tratado.
- (5) De acuerdo a los Arts. 145 y 146 del Tratado de Roma, el Consejo de Ministros se compone con los representantes de cada Estado parte de la comunidad y tiene como fin la realización de los objetivos establecidos por el tratado para lo cual debe asegurar la coordinación de políticas económicas generales de los Estados miembros.

Ejecutivo(6) y la Corte de Justicia de las Comunidades(7).

La Corte, regulada por la sección 4a. del Capítulo 3o. del Tratado fue creada con las facultades exclusivas de interpretación del propio Tratado (Art. 177)(8). Sin embargo, con motivo de la Convención de Bruselas de 1968 sobre la competencia en materia de ejecución de sentencias en materia civil y comercial, y específicamente el Protocolo a esta Convención (9), se le otorgaron facultades a la Corte para: interpretar cuestiones relativas a la competencia judicial y a la ejecución de sentencias en materias civil y comercial, siempre y cuando esta interpretación le sea solicitada a la Corte por los tribunales de mayor jerarquía de los Estados partes de la Comunidad.

-
- (6) De acuerdo al Art. 155 del Tratado de Roma, la Comisión tiene cuatro facultades concretas: vigilar la aplicación de las disposiciones del Tratado, formular recomendaciones u opiniones sobre el Tratado, disponer de poderes ejecutivos para lo cual, además, debe participar en la formación de las actas del Consejo y del Parlamento y ejercita competencias que el Consejo le confiere.
- (7) De acuerdo al Art. 165, esta formada por trece jueces y tiene las facultades generales establecidas por el Art. 164(ver nota 2).
- (8) Art. 177(primer párrafo). "La Corte de Justicia es competente para decidir, a título prejudicial: a) sobre la interpretación del presente tratado. b) sobre la validez y la interpretación de actos realizados por las instituciones de la Comunidad. c) sobre la interpretación de los estatutos de organismos creados por un acto del Consejo y cuando dichos estatutos así lo prevean".
- (9) Tanto la Convención como el protocolo de 27 de Septiembre de 1968. Entre las decisiones de la Corte de la Comunidad más recientes en las que se definen cuestiones de competencia, se puede consultar, entre otros: *Van Dalfsen y otros vs. Van Loon y otros*. Corte de Justicia de las Comunidades. 6a. Sala. 4 de Octubre de 1991, en: "Revue Critique de Droit International Privé" No. 1, Enero-Marzo, 1992, pp. 117 y sigs. y *Overseas Union Insurance vs. New Hampshire Co.* Corte de Justicia de las Comunidades. 6a. Sala. 27 de Junio de 1991, en: "Revue Critique de Droit International Privé", No. 4, Octubre-Diciembre, 1991, pp. 764 y sigs. Específicamente sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras a la luz del Derecho Comunitario, ver: Miele, A. *La cosa giudicata straniera. Esecuzione et riconoscimento delle sentenze nel diritto comune europeo*. Ed. CEDAM. Padua, 1989.

La Corte de Justicia de las Comunidades fue formada desde su origen por Juristas con conocimientos en el campo del Derecho Internacional Público y de las relaciones internacionales sin embargo, los casos de interpretación del tratado en el área comercial internacional se ampliaron considerablemente en la década de los años setenta y por ello, en 1988, por decisión del Consejo de Ministros se creó el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades, como anexo de la Corte para conocer de controversias surgidas entre individuos o empresas privadas con las instituciones comunitarias, con la aplicación de los tratados o acuerdos de la CEE en materia de comercial, así como de las controversias derivadas por la aplicación de una amplia gama de reglamentos a nivel europeo tales como: distribución exclusiva, ventas en exclusividad, uso de patentes, convenios de especialización, franquicias, Know How, etc.(10).

Puede decirse que el día de hoy, una muy amplia gama de asuntos comerciales entre particulares y las instituciones comunitarias o de particulares con respecto de otros particulares a través de regulaciones comunitarias son resueltas por el Tribunal de Primera Instancia que en realidad constituye una justicia supranacional. Dicho tribunal esta formado por especialistas en Derecho Mercantil Internacional y en Derecho Internacional Privado.

A nivel latinoamericano el desaparecido Acuerdo Latinoamericano de Libre Comercio y su sucesor, la Asociación Latinoamericana de Desarrollo e Integración(11) han tenido como base un sistema de consultas del tipo de GATT aunque, en el caso de ALADI hay un tribunal que resuelve cuestiones propias de la organización y en algunas ocasiones, controversias que pueden suscitarse entre la organización y algún Estado parte sin que sus resoluciones sean obligatorias. Se

(10) Denominados "acuerdos", que han sido la vía para concretar aspectos específicos de la actividad económica y comercial en la vida comunitaria europea, además de los temas antes mencionados, entre otros también existen acuerdos sobre los siguientes temas: venta y reventa de automóviles, libre establecimiento y prestación de servicios bancarios, de crédito, servicios financieros, seguros y reaseguros, fianzas, agencias de correduría de seguros, representaciones comerciales, servicios de transporte, agentes de turismo, etc.

(11) El primero creado por el Tratado de Montevideo de 1960 y el segundo por el Tratado de Montevideo de 1980.

trata del Tribunal Administrativo(12). En el tratado reciente entre Chile y México por el que forman una asociación de Libre Comercio se prevé un sistema de solución de controversias más moderno y desarrollado.

En efecto, en el Capítulo XVI del Tratado de Complementación Económica entre México y Chile (TCE) se establece un procedimiento que, en resumen, es el siguiente: cuando un productor nacional considere que ha sido afectado por prácticas desleales en el comercio realizadas por un productor establecido en la otra parte del acuerdo, puede recurrir al Secretariado Nacional (que es la oficina de cada parte ante el acuerdo) para que ésta a su vez, presente la reclamación ante la oficina del Secretariado Nacional de la contraparte. A partir de la fecha en que esta oficina reciba la reclamación se inicia un plazo de 15 días para que el asunto se presente ante la Comisión Administradora del Acuerdo (La Comisión). Esta apreciará en conciencia la controversia y podrá designar un mediador de entre una lista de expertos nombrados por La Comisión. Este mediador contará con un plazo de 30 días para avenir a las partes en conflicto. En caso de que la controversia no pueda ser resuelta, la Comisión designará un grupo arbitral (panel) compuesto por dos árbitros de cada país quienes a su vez nombrarán a un quinto árbitro no nacional de los Estados parte. Si los cuatro árbitros nombrados no se ponen de acuerdo en el nombramiento del quinto árbitro a éste lo nombrará el Secretario General de ALADI. A partir de que quede integrado el panel éste contará con un plazo de 60 días para dictar su laudo, el que no es susceptible de apelación. En caso de que el laudo no sea cumplido podrá ser causa de que se suspenda la aplicación del acuerdo. Si subsiste el incumplimiento, éste puede ser causa de denuncia del acuerdo, por el país parte cuyo productor ha sido afectado(13).

(12) Que en realidad sus funciones son más hacia la aplicación del tratado internamente, pero sin embargo constituye, una instancia de resolución de controversias de carácter supranacional.

(13) El Art. 33 de este acuerdo establece que este mecanismo de solución de controversias tendrá lugar con motivo de la interpretación de las disposiciones contenidas en el mismo, así como de su aplicación o incumplimiento, excluyendo a las prácticas desleales de comercio, las que, en su caso, deben seguir un camino diferente a través de la Comisión Administradora del Acuerdo a la que las comisiones nacionales suministrarán información con objeto de arreglar conciliatoriamente las controversias sobre esta materia.

III. EL SISTEMA DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN EL TLC.

1. El sistema global de solución de controversias en el TLC es amplio y complejo por el número y diversidad de temas a que se refiere el propio tratado. Los métodos de solución son de diferente naturaleza, tipo y nivel. A continuación haré una breve referencia a cada uno de ellos para concluir con los mecanismos de solución de controversias más importantes.
 - 1.1 Método de remisión a otros acuerdos internacionales. Se trata de un método indirecto en la medida que el TLC no establece de forma directa cuál debe ser el mecanismo de solución a una controversia, sino que remite a diversos acuerdos internacionales que tienen ellos mismos su propio sistema de solución. En primer lugar se encuentra la remisión al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT). En el Art. 103.1 del TLC se establece que las partes ratifican los derechos y obligaciones vigentes entre ellas conforme al GATT, lo cual implica que queda vigente el derecho de las Partes contratantes de recurrir al sistema de consultas previsto en el Art. XXII del GATT. Este criterio está confirmado en el anexo 703.2, sección B.6, en materia agropecuaria, en el Art. 802 para el caso de medidas globales en medidas de emergencia y Art. 2101, en materia ambiental y de conservación de recursos no renovables. En el Art. 104 hay también remisión a la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre y al Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación. Cada uno de estos instrumentos internacionales tiene su propio mecanismo de solución de controversias(14).

(14) La Convención sobre Comercio Internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, el Art. XVIII dispone un procedimiento de conciliación y en caso de que no se logre ningún acuerdo, recomienda que las partes se sometan al arbitraje y en especial, al arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, en lo que corresponde a la segunda de las convenciones citadas, el Convenio de Basilea, en su Art. 20 se establece también, en primer lugar la conciliación y si esta no prospera, se recomienda someter la Controversia a la Corte Internacional de Justicia o al arbitraje que la propia Convención establece en su anexo VI. Es importante señalar que el arbitraje que se establece en este Convenio tiene algunas similitudes con el arbitraje que veremos más adelante en el caso del TLC: Tribunal arbitral de 3 árbitros. En caso de que las partes no nombren árbitro, éste será nombrado por el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas y, existe la posibilidad de que, al ratificar la Convención, la parte que lo haga podrá declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin acuerdo especial, respecto de cualquiera otra parte que acepte la misma obligación, la sumisión de la controversia al arbitraje.

El último de estos instrumentos establece incluso la obligación para los países miembros de definir, vía protocolo, las normas y procedimientos apropiados en lo que se refiere a la responsabilidad civil y a la indemnización de los daños resultantes del movimiento transfronterizo y a la eliminación de los desechos peligrosos y otros desechos(15).

1.2. Método de Consultas. Es el método más frecuente a lo largo del TLC y comporta diferentes modalidades. La más importante es la de consultas a través de Comités que se reúnen a petición de una de las partes contratantes 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 y que, de común acuerdo, los representantes de las partes en el TLC buscarán las soluciones más convenientes. Ejemplos de este método se pueden encontrar en el Art. 316 en materia de comercio de bienes; Art. 707 en materia agropecuaria;(16) Art. 722 para medidas sanitarias y fitosanitarias; Art. 913 en el caso de medidas relativas a normalización; Art. 1309 en materia de telecomunicaciones y Art. 1412 de servicios financieros, entre otros.

Dentro del método de consulta 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 resolutivas 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 Art. 716.6. O bien, en esta misma materia, el procedimiento de consulta previa establecido por el Art. 718.

- (15) En efecto la cláusula de responsabilidad en el Art. 12 del Convenio establece que las Partes "cooperarán con miras a adoptar antes un protocolo que establezca las normas y procedimientos apropiados en lo que se refiere a la responsabilidad y la indemnización de los daños resultantes del movimiento transfronterizo y la eliminación de los desechos peligrosos y otros desechos.
- (16) Sobre el mecanismo de solución de controversias en materia de agricultura consultar el amplio y documentado trabajo de James F. Smith y Marilyn Whitney, The dispute settlement mechanism of the NAFTA and agriculture, en: North Dakota Law Review, Vol. 68, No. 2, 1992, pp. 567 y sigs.

La ventaja de esta modalidad es que actúa directamente sobre los desacuerdos que surjan en una materia o área determinada en donde, además, los Comités están formados por especialistas que, por lo general tendrán a su cargo el área de operación.

- 1.3. Procedimientos de impugnación internos. El TLC prevé la necesidad de que las partes contratantes cuenten con procedimientos internos de impugnación de decisiones o de medidas tomadas internamente pero que afecten a las transacciones reguladas en el tratado. Este es el caso del Art. 510, para la revisión e impugnación de las resoluciones en materia de determinación de origen y de los dictámenes anticipados en materia aduanal; Anexo 803.3 en medidas de emergencia; Art. 1017 en materia de compras del sector público y Art. 1715 en materia de propiedad intelectual, entre otros.

Cabe apuntar también, que en el caso del capítulo XI en materia de inversión al que nos referiremos más adelante como sobretodo, en el caso del Art. 2022, el TLC 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.

1.4. Mecanismo de solución de controversias.- Se trata del método más completo de los establecidos en el TLC para lograr solución a conflictos que se susciten entre las partes y son de cuatro tipos principalmente: el previsto en el capítulo XI, sección B, en materia de inversión; el establecido en el Art. 1415 para servicios financieros; la revisión y solución de controversias en materia de antidumping y cuotas compensatorias previstas en el Capítulo XIX y, las disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias del Capítulo XX. A continuación haré una breve exposición de cada uno de estos métodos.

- 1.4.1. Capítulo XI, sección B. Solución de Controversias en materia de inversión. En este capítulo se establecen tres procedimientos para la solución de controversias: uno, conforme a las reglas del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (CIADI) para el caso de los países que son miembros de este acuerdo como lo son Canadá y los Estados Unidos; dos, el establecido por las reglas del

mecanismo complementario del CIADI cuando un Estado no sea parte del CIADI, y un tercer procedimiento accesible a las tres partes por igual que es conforme a las reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional, conocida por sus siglas inglesas UNCITRAL(17).

En los dos primeros casos, el del Convenio de CIADI y de su mecanismo complementario, estamos en presencia de un sistema institucional en la medida que además de las reglas existe una institución que los administra: el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones cuya sede se encuentra en las oficinas principales del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. En el tercer caso, se trata de normas típicamente arbitrales que, adoptadas por las partes pueden, ser administradas, si así lo convienen, por alguna institución arbitral: Cámara de Comercio Internacional, Asociación Americana de Arbitraje o bien, las partes pueden acordar que el arbitraje no sea administrado por ninguna institución y darle facultades a los árbitros para que apliquen tal o cual procedimiento, o sea, un procedimiento Ad hoc.

Existen sin embargo en el TLC normas que regulan el acceso a cualquiera de los tres procedimientos. Se trata de reglas que definen el tipo de consentimiento que las partes deben manifestar para someterse a estos procedimientos y disposiciones complementarias para la integración de los paneles arbitrales, reglas para la designación de árbitros, para la acumulación

(17) Sobre la "privatización de mecanismos de resolución de diferencias, consultar: Trakman, Leon E. Privatizing dispute resolution under the free trade agreement truth or fancy? en: *Maine Law Review*, vol. 40, 1988, pp. 349 y ss.

de procedimientos, notificación, documentación, sede, derecho aplicable, interpretación de los anexos, dictámenes de expertos, medidas provisionales de protección, laudo y su ejecución(18).

Los principios que rigen al Capítulo XI son básicamente los mismos que regulan a todo el Tratado de Libre Comercio: trato nacional, trato de nación más favorecida, reciprocidad internacional y debido proceso legal ante un tribunal imparcial e independiente de las partes en el Tratado, principios que se consideran son suficientes para garantizar las inversiones de extranjeros en los tres países parte del acuerdo y especialmente en México(19). En este sentido, se condiciona al inversionista extranjero a cuatro supuestos para que pueda tener acceso a cualquiera de los procedimientos de Solución de Controversias previstos por el Capítulo XI.(Art. 1116).

Primer supuesto, la violación, por parte del Estado recipiendario de la inversión de uno de los principios que rigen al Capítulo XI y a los que se hizo alusión en el párrafo anterior. Segundo supuesto, cuando alguna empresa del Estado tenga facultades de regulación o de imposición de cuotas, derechos u otros cargos y con alguna de sus medidas o acciones afecte los intereses del inversionista extranjero(20). Tercer supuesto, cuando monopolios y empresas del Estado afecten la actividad de la inversión extranjera por su incompatibilidad con las obligaciones asumidas por el Estado parte en la

(18) Arts. 116 a 1125

(19) Sobretudo por el hecho que, a partir de 1973 con la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, se estableció una política de corte nacionalista, restrictiva a la inversión extranjera, aunque dicha política se modificó radicalmente con la expedición, en 1989, del nuevo Reglamento a la Ley que, en muchos aspectos deroga principios establecidos por la Ley, en este sentido: Ogarrío, A. y Pereznieto, I. México - U.S. relations: economic integration and foreign investment, y Gómez Palacio, I. The new regulation on foreign investment in México: a difficult task, ambos trabajos en: "Houston Journal of International Law". Vol. 12 primavera 1990, No. 2.

(20) Se refiere al Capítulo XV de la política en materia de competencia, monopolios y empresas del Estado y específicamente al Art. 1502.

sección A del Capítulo XI(21) y, Cuarto supuesto, que en aplicación de los supuestos anteriores el inversionista haya sufrido pérdidas o daños(22). Además de los cuatro supuestos anteriores, el Art. 1121 establece "Condiciones previas" para el sometimiento de una controversia al procedimiento arbitral previsto en la sección B del Capítulo XI y que ahora comentamos. Las "Condiciones previas" pueden resumirse en dos: que tanto el inversionista, persona física como el inversionista - empresa, acepte en someterse al arbitraje en los términos establecidos en el Tratado es decir, aceptar las reglas de CIADI, de su mecanismo complementario o las de UNCITRAL, según sea el caso, además de las reglas y disposiciones complementarias establecidas en la sección B del Capítulo XI y, segundo, que el inversionista renuncie al derecho que le corresponde de iniciar o continuar cualquier procedimiento ante tribunales internos, salvo el caso del recurso a medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario pero que no impliquen el pago de daños ante dichos tribunales y conforme a la legislación del Estado parte vinculado en la controversia(23).

Entre las disposiciones complementarias establecidas en el apartado B del Capítulo XI están las siguiente. En el caso del CIADI, el Tribunal se integrará por tres árbitros. Cada una de las partes en la controversia nombrarán uno y éstos elegirán a su presidente y en caso de desaveniencia, el Presidente será nombrado por el Secretario General del CIADI. (Arts. 1123 y 1124, párrafo 2). tanto el presidente como el resto de los árbitros serán nombrados de una lista de 45 árbitros previamente seleccionados en las partes en el Tratado (Art. 1124 párrafo 4). De manera excepcional, el Secretario General del CIADI presidirá el Tribunal Arbitral sólo en caso de que no encuentre en la lista un árbitro disponible y siempre y cuando tenga la nacionalidad distinta de las partes en la controversia (Art. 1124, párrafo 3).

-
- (21) Que son los principios de trato nacional, cláusula de la nación más favorecida, requisitos de desempeño y libre competencia.
- (22) Según el párrafo 2 del Art. 1116. "El inversionista no podrá presentar una demanda si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual el inversionista tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como de las pérdidas sufridas.
- (23) De acuerdo al párrafo 3 del Art. 1121, el consentimiento y la renuncia que se establecen como condición previa "se manifestarán por escrito, se entregarán a la parte contendiente y se incluirán en el sometimiento de la reclamación del Arbitraje.

En el caso de la aplicación de las reglas de arbitraje de UNCITRAL, el tribunal se conformará como se describió anteriormente incluyendo las facultades concedidas para el Secretario General del CIADI. Las diferencias de este procedimiento con respecto a los anteriormente señalados son: la aplicación de las reglas de UNCITRAL instituyen un medio alternativo de solución de controversias en donde no se vincule al procedimiento CIADI, lo cual, evidentemente se hace para darle a México una alternativa viable. Más adelante comentaremos este aspecto(24). También, la aplicación de las reglas de UNCITRAL se presenta como una alternativa para el caso en que se planteen en una controversia "cuestiones en común de hecho y de derecho" dotando al tribunal arbitral con reglas UNCITRAL para que pueda proceder, con el acuerdo de las partes, a la acumulación de procedimientos(Art. 1126).

Otro aspecto importante es el relativo al derecho aplicable. De acuerdo a la naturaleza internacional de estos procedimientos de solución de diferencias y evitando que alguna de las legislaciones nacionales se aplique, el Art. 1131 define como derecho aplicable las normas del tratado y si estas fueran insuficientes, al derecho internacional. En este último caso la referencia es amplia pero debe entenderse, en primer lugar la jurisprudencia establecida por la Corte Internacional de Justicia en aquellos pocos casos en que ha intervenido y que debió resolver intereses privados frente a la actividad estatal (25) y la amplia jurisprudencia arbitral internacional derivada tanto de la Cámara de Comercio Internacional como de la American Arbitration Association, en el caso de inversiones(26). Se trata en suma de aplicar un derecho que no esté "contaminado" por los derechos nacionales de las partes contratantes.

-
- (24) Se trataría, en última instancia, del sometimiento del Estado mexicano a un procedimiento arbitral de tipo internacional privado de acuerdo al principio de autonomía de la voluntad establecido en el párrafo 1 del Art. 1o. de las reglas UNCITRAL.
- (25) Como son, entre otros, los casos de los préstamos noruegos de 1957, el caso Interhandel de 1959 o el caso de la Barcelona Traction, Light and Power, Co. Estos casos se pueden consultar en: Eisemann, P.M. y Coussirat - Courtere, P.H. Petit manual de la Jurisprudence de la Cour International de Justice. Ed. Pedone. Paris, 1970.
- (26) A este respecto ver: American Arbitration Association. Legal Department Summary of Court Decisions in International Commercial Arbitration. Ed. AAA., Nueva York, 1984 y Devanis, Y. Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional. Ed. Fundación Española de Arbitraje, Madrid, 1985.

Para finalizar este apartado, quisiera hacer algunos comentarios sobre el caso específico de México.

En la reserva expresada por México en el Anexo 1120.1 del TLC no acepta someterse a los medios de solución de controversia previstos en este capítulo. Podría parecer sorprendente esta reserva, sin embargo cabe precisar algunos aspectos. Existe una gran carga histórico política, reflejada en gran medida en la "Cláusula Calvo"(27) por la cual México debió hacer la reserva antes citada: sin embargo, esta posición inicial merece dos comentarios:

México puede adherirse al CIADI y en consecuencia puede aceptar su mecanismo complementario, en la medida en que, en ambas disposiciones existe la posibilidad de agotar previamente los recursos internos con lo cual no se violaría ninguna disposición constitucional(28). Su actual posición, por tanto, debe interpretarse en un sentido político más que jurídico ya que el TLC significa, en sí mismo, un paso demasiado audaz en la posición tradicional de México en sus relaciones con los Estados Unidos que se vería agravada si, además, se modifican criterios tradicionales muy arraigados en diversos grupos de abogados, intelectuales y militantes de izquierda. Pero esto no quiere decir que en un futuro, cuando empiecen a verse los beneficios económicos del Tratado para México y la decisión gubernamental se fortalezca, la posición no pueda cambiar de forma importante.

-
- (27) De acuerdo al párrafo I del Art. 27 Constitucional, el Estado mexicano puede conceder a los extranjeros el derecho de adquisición de bienes inmuebles en México siempre y cuando dichos extranjeros "Convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos". Para mayor información sobre la "Cláusula Calvo", se pueden consultar, entre otros: Carlos Calvo, tres ensayos mexicanos, Ed. S.R.E. México, 1974. Ortiz Ahlf, L. Derecho Internacional Público. Ed. Harla, México, 1989. pp. 65 y sigs.; Sepúlveda, C. Derecho Internacional Público, Ed. Porrúa, 1991. 16a. Ed. pp. 247 y sig.
- (28) Siempre y cuando la "enmienda" correspondiente sea aprobada por las dos terceras partes de los miembros del Convenio, según se establece en el Capítulo IX del mismo. Sobre este particular consultar: Ortiz Ahlf, L. Mecanismos internacionales para la solución de controversias internacionales en materia de inversión extranjera, en: "Jurídica", Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, No. 21, 1992, pp. 397 y sigs.

Por otro lado, el arbitraje con reglas de UNCITRAL es una vía abierta para México en cualquier momento que lo requiriera ya que se trata de un procedimiento sin la carga política que podrían tener las reglas del CIADI y por supuesto, con menos problema de tipo constitucional. Además, en las recientes reformas al Código de Comercio, las reglas de arbitraje de UNCITRAL fueron introducidas en el sistema jurídico mexicano como las reglas para el arbitraje comercial, nacional e internacional⁽²⁹⁾.

1.4.2. Capítulo XIV, Solución de controversias en materia de inversión en servicios financieros. En este capítulo se recogen los principios generales de solución de controversias establecidos en el capítulo XX del tratado (Art. 1414) y el procedimiento de los paneles del Capítulo XI (Art. 1415). Tiene, sin embargo, algunas características propias que se derivan de la materia propiamente dicha que regula. Entre otras, dos son las características principales: las partes en el Tratado formularán y conservarán una lista de quince personas que tengan "conocimientos especializados o experiencia en la práctica o en el derecho financiero que podrá incluir la regulación de instituciones financieras" para que actúen como árbitros de los paneles de este capítulo (Art. 1414, párrafos 2 y 3 e inciso a). Segunda modalidad, el Estado demandado por un inversionista podrá excepcionarse a fin de que el asunto no llegue al procedimiento de solución de controversias del panel por tres motivos: "a) proteger a inversionistas, depositantes, participantes en el mercado financiero, tenedores o beneficiarios de pólizas o personas acreedoras de obligaciones fiduciarias a cargo de una institución financiera o de un prestador de servicios financieros transfronterizos". "b) mantener la seguridad, solidez, integridad o responsabilidad financiera de instituciones financieras o de prestadores de servicios financieros transfronterizos" y "c) asegurar la integridad y estabilidad del sistema financiero de una parte" (Art. 1410). Cualquiera de estas excepciones está sujeta al estudio y al informe que, sobre ellas, realice el Comité de Servicios Financieros para determinar su procedencia, y con base en

(29) Diario Oficial de la Federación de fecha 22 de Julio de 1993.

el cual, dicho Comité decidirá si el caso debe ir o no al sistema de solución de controversias de los paneles (Art. 1415).(30)

En el caso de México, los organismos estatales que emiten disposiciones en la materia y que, eventualmente podrían afectar a inversionistas extranjeros, son: Banco de México, quien está encargado de una parte de la regulación en materia de Banca y crédito, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, organismo estatal que cumple las funciones de regulación en su ramo o de cualquier otro organismo de este tipo. En este sentido pensemos en un ejemplo: El inversionista canadiense o estadounidense afectado, después de obtener un informe favorable del Comité de Servicios Financieros, puede ir al panel y si éste resuelve en su favor, habrá dos efectos: la revocación de la medida del organismo estatal que lesiona los intereses del inversionista y, tratándose de cuestiones financieras, la determinación de la afectación que haya sufrido el inversionista en "pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella" (Art. 1116, 1, último párrafo). En el primer caso, si la revocación de la medida del organismo estatal provoca, a su vez, afectaciones en los intereses de un inversionista mexicano, este podría recurrir a los tribunales mexicanos y a pesar de tratarse de una "resolución final" no susceptible de apelación, podría recurrir al juicio de amparo por lesionarse a sus garantías individuales. En el segundo caso, la afectación del inversionista extranjero en los términos del Art. 116, 1, último párrafo, a que ya se hizo referencia, podría significar una indemnización por el Estado mexicano. Como la resolución de panel es resolución final, estaríamos en el caso de una condena por daños y perjuicios a cargo del Estado mexicano y que, eventualmente, podría hacerse ejecutable directamente a través de los tribunales competentes de México. Algunas de las consecuencias de estos dos supuestos en el derecho mexicano las comentaré en el capítulo IV de este trabajo.

(30) Sobre el particular, consultar: Zuijdwijk, Ton J.M. Dispute Settlement Mechanisms under the free trade agreement, en: Maine Law Review, Vol. 40, 1988, pp. 330 y sigs.

1.4.3. Capítulo XIX, Revisión y solución de controversias en materia de antidumping y cuotas compensatorias (31). En este capítulo existen tres procedimientos principalmente: 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 al Anexo 1901.2 que en breve consiste en lo siguiente: de una lista previa de 75 panelistas y se convendrá por las partes en la selección del quinto panelista y de no llegar a un acuerdo de su selección será por sorteo. Los panelistas designarán a su presidente y todos deberán firmar compromisos de confidencialidad a partir de lo cual se considerará formalmente el panel. Para el tercer procedimiento, el de impugnación extraordinaria, el panel se formará por tres miembros de una lista diferente a la anterior y también previamente integrada por las partes de 15 miembros (Anexo 1904.13).

(31) Sobre los diversos aspectos derivados de este capítulo en el tratado de libre comercio entre Estados Unidos y Canadá; consultar: Summary of Proceedings of the Seminar on Dispute Resolution Under the Canada-United States Free Trade Agreement, en: Stanford Journal of International Law, Volume 26, No.1, pp. 169 y sigs.; Cluchey, David P., Dispute Resolution Provisions of the Canada-United States Free Trade Agreement, en: Maine Law Review, Vol 40, pp. 335 y sigs.; Sykes, Alan O., Countervailing Duty Law: an Economic Perspective, en: Columbia Law Review, Vol. 89, No. 2, Marzo 1989; Jackson, John N., Perspectives on countervailing duties, en Law & Policy in International Business, Vol. 21, No. 4, 1990, pp. 739 y sigs.; Sussman, Michael J., Note Countervailing Duties and the Specificity Test: an Alternative Approach to the Definition of "Bounty or Grant" en: Law & Policy in International Business, Vol. 18, pp. 475 y sigs.; Southwick, James D., The Lingering Problem with the Specificity Test in United States Countervailing Duty Law, en: Minnesota Law Review, Vol. 72, No. 5, 1988; Alexander, Pieter Matthijs, The Specificity test under U.S. countervailing duty law, en: Michigan Journal of International Law, Vol. 10, No. 3, 1989; Horlick, Gary, Government Actions Against Domestic Subsidies, an Analysis of the International Rules and an Introduction to United States' Practice, en Review of the Europa Institute, 1986; Francois, Joseph F., Palmeter, N. David, Anspacher, Jeffrey C., Conceptual and Procedural Biases in the Administration of the Countervailing Duty Law, en: The Brookings Institution, 1990; Diamond, Richard, A Search for Economic and Financial Principles in the Administration of United States Countervailing Duty Law, en: Law and Policy in International Business, Vol. 21, 1990, pp. 507 y sigs.

El primero de los procedimientos antes señalados, el de revisión de las reformas legislativas tiene por objeto dirimir controversias que surjan cuando una de las partes aplique una reforma legislativa en material de antidumping y cuotas compensatorias y otra parte en el tratado considere que se violan principios establecidos en el GATT o en sus Códigos antidumping o de subsidios o bien, que se afecten principios de previsión y justicia para la liberación progresiva del comercio tal y como se establecen en el tratado 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. (Art. 1903, párrafo 1. a) y b)).

La parte que inicie el procedimiento lo solicitará por escrito y el panel, conforme a las reglas del procedimiento que establezca, garantizará que cada parte presente comunicaciones escritas y réplicas y que al menos haya una audiencia. 90 días después del nombramiento del presidente del panel, este último presentará a las partes una opinión declarativa preliminar por escrito. La parte que no estuviere de acuerdo con la opinión contará con un plazo de 14 días para presentar sus objeciones "debidamente razonadas y motivada". 30 días después el panel dictará su resolución definitiva (Anexo 1903.2). 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 cualquiera 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 (Art. 1903.3).

El segundo de los procedimientos, el de revisión de resoluciones definitivas sobre antidumping y cuotas compensatorias, es más complejo. Como su nombre lo indica, se trata de un procedimiento que sustituye a la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas que se dicen en la materia (Art.1904.1), 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 en el tratado o bien, de ésta pero a solicitud de un particular que se considere afectado (Art. 1904.4 y 5). La autoridad investigadora que haya dictado la resolución definitiva tendrá derecho a comparecer ante el panel (art. 1904.7). 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 (Art. 1904.8).

El fallo del panel es obligatorio y no se estará sujeto a ningún procedimiento de revisión judicial de la parte importadora, para ello, las partes así lo establecerán en su legislación interna (Art. 1904.9 y 11).

Finalmente, el tercer procedimiento, el de impugnación extraordinaria, tiene lugar cuando, dictada la resolución por el panel y dentro de "un plazo razonable" alguna de las partes vinculadas recusa a un miembro del panel o bien, 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 (Art. 1904.13). El panel deberá quedar integrado dentro de los 15 días siguientes a la solicitud de su integración y su fallo se dictará dentro de los 90 días siguientes. Este fallo podrá anular a la decisión definitiva del panel binacional, en cuyo caso procederá a formar en nuevo panel binacional para que conozca del asunto en las condiciones y términos ya descritos anteriormente (Anexo 1904.13).

1.4.4. Capítulo XX.- Procedimientos institucionales para la solución de controversias.

Se trata de un método para la prevención o solución de controversias entra las partes relativas a la aplicación o a la interpelación del Tratado (Art. 2004). (32).

1.4.4.1. Dentro del ámbito de prevención se encuentran procedimientos de buenos oficios, conciliación y mediación a cargo de la Comisión de Libre Comercio (Comisión) integrada por representantes de cada parte a nivel Secretaría de Estado, o por las personas que éstas designen (Art. 2001). Los procedimientos preventivos se inician mediante consultas que se efectuarán a través del Secretariado de la Comisión que se integrará por las respectivas secciones nacionales (Art. 2002). Salvo el caso de bienes agropecuarios perecederos que amerita que las consultas se inicien dentro de un plazo de 15 días a partir de la entrega de la solicitud correspondiente (Art. 2006.4), los plazos para el resto de las consultas será de 30 días después de la entrega de la solicitud a la contraparte para consultas o de 45 días en el caso de que se hayan solicitado consultas subsecuentes (Art. 2007.1).

A partir de estos plazos se entrará en la segunda fase que es la de buenos oficios, conciliación y mediación de parte de la Comisión. Adicionalmente y de manera específica las partes podrán solicitar por escrito que se reúna la Comisión bajo dos supuestos generales. El primero, cuando se haya iniciado procedimientos de solución de controversias conforme al GATT respecto de asuntos relacionados con tratados en materia ambiental y de conservación (Art. 2005.3) y relacionados con asuntos previstos en la Sección B del Capítulo VII, "Sector Agropecuario y medidas sanitarias y fitosanitarias" así como del Capítulo IX "medidas relativas a la normalización" (Art. 2005.4), y el segundo supuesto, cuando se hayan efectuado las consultas específicas previstas en el Art. 513 sobre procedimientos aduanales; Art. 723 sobre medidas sanitarias y fitosanitarias y Art. 914 sobre medidas de normalización (Art. 2007.2.b).).

32) Sobre el particular puede consultarse: Siqueiros, José Luis NAFTA Institutional Arrangements and Disputes Settlement Procedures, en: California Western International Law Journal, Vol. 23, No. 2, 1993, pp. 383 y sigs. Igualmente, Rugman, Alan, M. A Canadian Perspective on U.S. Administrated Protection and the Free Trade Agreement, en: "Maine Law Review", Vol. 40, 1988, pp. 305 v sigs.

En estos asuntos la Comisión se reunirá dentro de los 10 días siguientes a la entrega de la solicitud y "se abocará sin demora a la solución de la controversia" (Art. 2007.5). Si el asunto no se resuelve dentro de un plazo de 30 días, cualquiera de las partes podrá solicitar por escrito el establecimiento de un panel arbitral, con lo cual se pasará a una tercera fase. (Art. 2008.1).

- 1.4.4.2. Para efectos del procedimiento institucional de solución de controversias por vía arbitral, las partes habrán designado por consenso una lista independiente de 30 árbitros por un periodo de tres años con posibilidad de reelección (Art. 2009.1). De esta lista se integrará un panel con 5 miembros dentro de los 15 días posteriores a la solicitud de integración presentada por alguna de las partes. Dos panelistas por cada parte contratante y un quinto por acuerdo o en caso contrario, por sorteo. La parte contendiente seleccionará dos panelistas que sean nacionales de la otra parte contendiente (selección cruzada) y, posteriormente la otra parte procederá de la misma manera. El Presidente del panel será acordado por las partes o seleccionado por sorteo (Art. 2011).

El panel se regirá conforme a las "Reglas Modelo de Procedimiento" que establecerá la Comisión (Art. 2012.2) y dentro del plazo de 90 días a partir de la designación del último árbitro, el panel presentará a las partes contendientes un "informe preliminar" fundado en los argumentos y comunicaciones de las partes y en cualquiera información recibida por los Comités de Revisión Científica o por los expertos que considere consultar (Art. 2016.1). En su "informe preliminar", el panel decidirá si la medida en cuestión es o puede ser incompatible con las obligaciones derivadas del Tratado o es causa a anulación o de menoscabo en la aplicación o interpelación del Tratado así como las recomendaciones a que haya lugar, si es el caso (Art. 2016.2).

Las partes tienen un plazo de 14 días para hacer observaciones al informe preliminar (Art. 2016.4) y 15 días después el panel presentará su determinación final que será comunicada a la Comisión y 15 días después publicada (Art. 2017). Las partes tendrán 30 días para llegar a un acuerdo para ajustar las recomendaciones y determinaciones del panel (Art. 2018). De no llegarse a un acuerdo en ese lapso, la parte reclamante podrá suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente a la parte contra la cual se

dirigió la reclamación, hasta el momento que logren un acuerdo sobre la resolución de la controversia (Art. 2019.1).

IV. Efecto de los sistemas de solución de controversias en el sistema jurídico mexicano.

Como podrá apreciarse de la descripción general de los métodos y procedimientos para la solución de controversias en el TLC, se trata de medios modernos, ágiles y eficaces, sobretodo si se les compara con otros métodos similares descritos en la primera parte de este trabajo. En los procedimientos que ahora nos ocupa, además, existe una estructura básica derivada del arbitraje comercial internacional que ha probado, a lo largo de los años, ser le mejor procedimiento para la solución de controversias derivadas del comercio entre países. Asimismo, el sistema de paneles tiene la característica de ser un sistema supranacional en la medida que quienes lo inician y participan en él son los países partes en el Tratado, de esta característica se derivan consecuencias, para el caso de México que son novedosas y que la jurisprudencia y la doctrina se encargarán de definir. Pasaremos ahora a señalar algunos efectos previsibles para el caso del sistema jurídico mexicano (33).

Respecto del procedimiento establecido por la sección B del Capítulo XI, ya señalamos algunas de las consecuencias de tipo jurídico y político (34). En relación al procedimiento establecido en el Capítulo XX, se trata, en última instancia de un procedimiento que, acordado entre Estados por un tratado internacional, sólo tiene efectos entre éstos y dichos efectos sólo son relevantes a la luz del derecho internacional (35). Quizá las novedades se presentan en el caso del Capítulo XIX.

En efecto, en el Capítulo XIX, si bien el procedimiento queda a cargo de los Estados parte en el acuerdo, existe una posible afectación de intereses

(33) En un interesante trabajo de tesis Beatriz Leycegui Gardoqui discute la facultad del Ejecutivo para pactar mecanismos de solución de controversias entre Estados soberanos a nivel internacional. Cfr. Reflexiones en torno al régimen general de prevención, administración y solución de controversias previsto en los capítulos 18 y 20 del Tratado de Libre Comercio. Escuela Libre de Derecho. Tesis 1993, p.p. 173 y sigs.

(34) Ver supra, parte final del apartado 1.4.1.

(35) Tal y como se establece en el preambulo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

particulares que son, en última instancia, los que resentirán los resultados. Veamos a la luz del derecho mexicano algunos de los efectos que esto provocaría.

En primer término, la jurisdicción de los paneles. El Art. 104, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (36) (Constitución) establece el principio de competencia exclusiva de los tribunales de la Federación cuando se trate del cumplimiento y aplicación de leyes federales o de tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano y en los que la Federación sea parte. Aquí, la primera pregunta que surge es: ¿la existencia de paneles de carácter supranacional, es constitucional en la medida que opera una derogación competencial de los tribunales de la Federación en beneficio de los paneles supranacionales?. La respuesta no es sencilla por lo que cabe hacer algunas acotaciones. Si se sostiene que la competencia de los paneles deriva del cumplimiento y aplicación de un tratado internacional, en principio, la respuesta es que dicha competencia es inconstitucional ya que el dispositivo del Art. 104, fracción I claramente establece que la competencia es para los Tribunales federales. Sin embargo, cuando se establece que se trata del cumplimiento y ejecución de tratados internacionales se refiere al caso de su aplicación interna. Esto es evidente, pues se prevé que en su aplicación o en su interpretación un tratado internacional puede provocar algún conflicto o incluso un acto inconstitucional y entonces, serán los tribunales federales los que se deberán pronunciar sobre el particular.

En el caso de los paneles previstos por el capítulo XIX del tratado la cuestión es distinta. En primer lugar, el tratado no se está aplicando internamente, al menos por lo que respecta a la determinación de la competencia de los paneles ya que por su naturaleza, esto son supranacionales. Independientemente que ya

(36) Art. 104, fracción I "Corresponde a los tribunales de la Federación conocer: I.- De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano. Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal. Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado"

existe precedente al respecto (37), en el caso presente, se abre una instancia para dirimir una controversia surgida de un acto de autoridad de un Estado extranjero, Estado parte en el tratado, y que es, en la especie, el importador que a través de su autoridad investigadora ha decidido que procede la aplicación de impuestos compensatorios que afectan los intereses de un productor mexicano. El principio de la competencia establecida por el Art. 104 fracción I de la Constitución no sería aplicable en este caso y por lo tanto, los paneles no podrían ser considerados como inconstitucionales.

Sin embargo, hay que analizar el caso inverso. Se trata de una resolución definitiva emitida por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI) por la que se lesiona el interés de un productor extranjero (estadounidense o canadiense). En este caso se trataría de un acto de autoridad mexicana que va a ser juzgado por un tribunal distinto a los previstos por el Art. 104, fracción I de la Constitución ya que la decisión final de SECOFI se habrá basado en una ley federal: Ley Reglamentaria del Art. 131 de la Constitución y por tanto, en este caso, la competencia de los paneles sería inconstitucional. sin embargo, esta cuestión puede ser analizada desde dos perspectivas diferentes: la de la reciprocidad y la de la materia.

En cuanto a la reciprocidad, México acepta por el TLC que cuando un productor mexicano sea afectado en sus intereses por una resolución de autoridad estadounidense o canadiense, su controversia se resuelva en un foro supranacional, podría por tanto, a la inversa aceptar que cuando la lesión a intereses sea a un productor de alguno de los países parte en el Tratado también se dirimiera en ese mismo foro. Pero queda la duda en la medida de que, a pesar de la reciprocidad, el dispositivo del Art. 104 fracción I es claro al establecer que tratándose de leyes federales conozcan los tribunales de la Federación y no otros. Desde la segunda perspectiva, en una interpretación estricta del dispositivo Constitucional se puede ver que se refiere a cuestiones

(37) Que por cierto es muy amplio y variado y se inicia con la Convención para el arreglo de reclamaciones de ciudadanos de los Estados Unidos de América contra el gobierno de la República Mexicana de 11 de abril de 1839 y otras dos Convenciones semejantes firmadas el 4 de Julio de 1868 y el 31 de Mayo de 1911. Lo mismo que la Ley de 24 de Noviembre de 1917 por la que se constituyen 2 Comisiones de reclamaciones u otras posteriores como fueron las de 8 y 10 de Septiembre de 1923 y la de 19 de Noviembre de 1941. Sobre estas Convenciones de reclamaciones consultar Díaz, L.M. México y las Comisiones Internacionales, Ed. UNAM, México, 2 tomos, 1983.

del orden civil o criminal y no a cuestiones de orden mercantil y comercial (38). Por lo que en principio no aplicaría el Art. 104, fracción I y entonces es posible la competencia del Panel. Una interpretación de este tipo, sin embargo, nos llevaría a la conclusión de que si no hay competencia de los tribunales federales entonces habrá, necesariamente, de parte de los jueces y tribunales del orden común de los Estados y Distrito Federal, máxime que se están afectando intereses de particulares, por lo que esta posible solución no aportaría mayores elementos. De este breve recorrido puede concluirse que la cuestión de la competencia, en el caso específica de una resolución definitiva emitida por SECOFI y presentada a los paneles no queda totalmente resuelta.

Veamos ahora otro aspecto no menos importante e íntimamente vinculado al anterior. El panel dicta una resolución que no puede ser susceptible de apelación ante los tribunales internos. El Art. 1904.9 y 11 del Tratado es claro en este sentido. Aquí cabe otra reflexión. Si el afectado con la resolución del panel es un productor mexicano, éste ya no tendrá ningún recurso interno salvo el juicio de amparo, si considera que se le está violando una garantía constitucional. El juicio de amparo también procedería en la medida que el tratado va en contra del Art. 15 de la Constitución que, en su última parte establece que no se autoriza la celebración de tratados en los que se alteren las garantías y derechos establecidos por la Constitución. Este punto de vista tiene dos comentarios: que en realidad no ha habido lesión de garantías en la medida de que al afectado se le abrió la posibilidad de recurrir a una instancia de apelación que fue el panel, en donde pudo probar y alegar todo lo que a su derecho hubiere convenido y segundo, que el juicio de garantías establecido por la Constitución sólo es procedente cuando el acto reclamado es un acto de autoridad y en este caso, el panel no es autoridad para los efectos del juicio de amparo.

Si por el contrario, se trata de un productor extranjero, conforme al Art. 24 de la Ley Reglamentaria del Art. 131 de la Constitución, no está legitimado para concurrir en apelación ante el Tribunal Fiscal de la Federación que es el Tribunal revisor de las decisiones de SECOFI, por lo que ese importador, al

(38) Ver cita No. 29. Aunque cabe aclarar que la Suprema Corte de Justicia ha interpretado que la materia mercantil debe incluirse dentro de lo que la Constitución considera "Cuestiones de Orden Civil".

no tener la posibilidad de apelación tendría que iniciar un juicio de amparo.

De lo que hemos visto, México difícilmente puede ratificar el TLC y aceptar que inhibe a sus tribunales internos de la posible revisión que pudiese haber de las decisiones de los paneles a menos que reforme su Constitución. En este sentido caben tres cuestiones: una, México puede ratificar el TLC con una reserva y en el momento oportuno hacer la reforma constitucional, dos, ratificar tal como esta el TLC y esperar a como resuelven los tribunales de los Estados Unidos esta cuestión específica y de ahí sacar conclusiones (39), y tres, una vez ratificado el tratado o en el momento de su ratificación hacer las modificaciones legislativas e incluso constitucionales que despejen los posibles problemas que se han mencionado.

Como puede apreciarse existen algunos problemas que pueden surgir en el caso específico de los paneles establecidos por el Capítulo XIX del Tratado y a los que tan sólo me he referido someramente para ilustrar lo complejo de los efectos de un instrumento internacional como el TLC que, por su naturaleza moderna, plantea una amplia serie de cuestiones novedosas que, como lo indiqué anteriormente, la jurisprudencia y la doctrina mexicanas habrán de estudiar y resolver en los casos concretos y bajo las circunstancias precisas que la realidad vaya presentando.

(39) La doctrina estadounidense ha planteado problemas similares en el caso de los Estados Unidos, entre otros, consultar: Christenson, G.A. y Kimberly, G. Constitutionality of Binational Panel Review in Canada - U.S. Free Trade Agreement, en: "The International Lawyer", Vol. 23 No. 2, Verano de 1989. pp: 401 y sigs. y Antidumping and Counter-Vailing Duty Dispute Settlement Under the U.S. Canada Free Trade Agreement: is the process Constitutional?, en: "Cornell International Law Journal" Vol. 23, 1990, pp. 529 y sigs.