

ALGUNAS REFLEXIONES DIEZ AÑOS DESPUÉS DE LA CELEBRACIÓN DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

Loretta Ortiz Ahlf¹

I. Introducción

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) sin duda representa uno de los acuerdos comerciales de mayor importancia para México, Estados Unidos y Canadá. A partir de septiembre de 1990 las delegaciones de los tres países se reunieron para analizar las diferentes opciones de negociación del TLCAN.

El 5 de febrero de 1991, los presidentes de México y Estados Unidos y el primer ministro de Canadá decidieron emprender negociaciones trilaterales. El objetivo común era celebrar un tratado trilateral de libre comercio que eliminará progresivamente los obstáculos al flujo de bienes, servicios e inversión, protegiera progresivamente los derechos de propiedad intelectual y estableciera mecanismos justos y expeditos para la solución de controversias.

El 12 de junio de 1991, en Toronto, Canadá, se iniciaron las negociaciones formales, que concluyeron el 12 de agosto de 1992. Los tres mandatarios firmaron el Tratado de Libre Comercio de América de Norte el 17 de diciembre. Posteriormente, el poder ejecutivo de los tres países lo sometieron a la aprobación de sus poderes legislativos, el Senado de México lo aprobó el 22 de noviembre de 1993, la Cámara de Comunes y el Senado de Canadá hicieron lo mismo el 27 de mayo y el 23 de junio de 1993, respectivamente; y la Cámara de Representantes y el Senado de los Estados Unidos el 17 y el 20 de noviembre de 1993.

Uno de los objetivos del TLCAN era crear un mercado más extenso y seguro para los bienes y servicios en sus territorios, lo cual conllevaría a la creación de nuevas oportunidades de empleo, mejorar las condiciones laborales y los niveles de vida en los tres países.

¹ Directora del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, profesora de derecho internacional, panelista del Capítulo XIX del TLCAN, Consejera Legal Especial del ACCAN y autora del libro Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

En México durante 2001 el PIB disminuyó en 0.3% y en 2002 se elevó únicamente 0.9; el PIB per cápita dado el crecimiento actual de la población de 1.4%, declinó en 0.2 % en 2001 y en 0.01% en 2002, es probable que este estancamiento continué durante 2004 como lo indica la mayoría de los pronósticos que sitúan en 2% o menos el crecimiento del PIB. El poder real de compra de un salario promedio es más bajo actualmente de lo que fue en 1994, antes de la desastrosa crisis financiera que duró de diciembre de 1994 a mediados de 1997.²

En los últimos años, la inversión mexicana pública y privada ha declinado en términos reales; la inversión extranjera directa, que en parte consiste en la compra de activos existentes también ha disminuido. El nivel real desempleo abierto se encuentra entre el 10 y 11 % de la fuerza laboral. Se ha desarrollado un sector muy fuerte de “economía informal” (caracterizado por la falta de pago de impuestos) el cual podría estar conformado cerca de 40% del PIB.³

La emigración regular temporal y permanente hacia Estados Unidos se estima de cerca de 400 mil personas al año, ilegalmente ingresan a los Estados Unidos 105,000 mexicanos, según la Comisión binacional mexicano-estadounidense. Según las estimaciones, el número total de inmigrantes ilegales en Estados Unidos ascendió de cuatro millones en 1995 a seis millones en 1998 y en 2003 entre ocho y diez millones.⁴

Se registraron importantes aumentos de exportaciones, que en parte han hecho surgir la noción de que la economía de México está creciendo y desarrollando. Las exportaciones totales en 2002 fueron de 161 mil millones de dólares. La composición de las exportaciones de México cambió notablemente: una proporción menor de petróleo crudo (12.5) una mayor de exportaciones manufactureras (85%) y una ligera mejoría, pero aún muy baja proporción de productos agropecuarios (3%). Sin embargo, más de la mitad de los productos manufacturados exportados fueron el valor bruto de las operaciones de vinculadas con la maquila, las maquiladoras importaron libres de impuesto 97% de sus insumos materiales.⁵

A diez años de la entrada en vigor del TLCAN en México, las oportunidades de empleo son menores, los niveles de vida distan mucho de ser los mejores si se considera que el mismo trabajo en Estados Unidos de un obrero, asalariado o profesionista equivale a 10 veces más de lo que se percibe por el mismo trabajo un trabajador en México,⁶ quizás por esta razón entre otras emigran los mexicanos.⁷

A largo plazo la inmigración mexicana podría irse reduciendo a medida que el bienestar en México se aproxime al de Estados Unidos, en el 2000, el PIB per capita estadounidense era entre nueve y diez veces superior al mexicano. Señala Huntington⁸

2 México en la era de la información. Este País, abril 2004, p.89

3 México en la era de la información. Ob. cit. (1), p. 90.

4 Huntington Samuel P., *El desafío hispano*, Letras Libres, Abril 2004, México, p.14.

5 México en la era de la información. Ob. cit. (1), p.90.

6 Huntington Samuel P., Ob. cit. p.16.

7 Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, Condición Jurídica de los Migrantes Indocumentados, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José Costa Rica, 2003, p.12.

8 Huntington Samuel P., Ob. cit. p.16.

que si esa diferencia se redujera de tres a uno, los incentivos económicos para la emigración podrían disminuir también sustancialmente. Sin embargo para alcanzar ese ingreso per capita de los mexicanos, se requiere que México experimente un crecimiento vertiginoso, a un ritmo que superará con mucho al de Estados Unidos.

La negociación del TLCAN debió de haber contemplado para evitar este recuento negativo, constituir un fondo de recursos que fueron aportados con la finalidad de que a los diez años de entrada en vigor del mismo, las asimetrías entre México, Estados Unidos y Canadá fueran menores, un ejemplo en ese sentido lo ubicamos en la Unión Europea, dichos países apoyaron financieramente y asistieron de inicio a los miembros de la Unión que guardaban una situación desventajosa frente a los demás socios comerciales.

Al tomar medidas similares se hubieran evitando situaciones tan paradójicas como la de tener que enfrentar el gobierno de México, a través de sus representaciones consulares, alrededor de 383 casos de defensa de los derechos humanos de trabajadores migrantes mexicanos, por discriminación laboral, salarios no pagados, indemnización por enfermedades adquiridas en centros de trabajo y accidentes de trabajo entre otros motivos. ⁹Lograr la implementación y aplicación del TLCAN requería no sólo de reformas legislativas, sino de tomar todas aquellas medidas necesarias y suficientes, para mejorar las condiciones vida de la población más marginada, conformar una sociedad igualitaria que consuma y con ello constituir uno de los mercados más extensos.

II. Mecanismos de solución de controversias del capítulo XIX y XX

Una de las razones que motivaron la celebración del TLCAN, era contar con mecanismos de solución de controversias imparciales que permitieran a México aplicar la normatividad internacional en materia de comercio internacional de manera predecible y adecuada, diez años después, conviene reflexionar en algunos de los problemas que en este rubro se han presentado, a la luz de los casos resueltos, para determinar, si amerita una revisión el tratado. Entre dichas cuestiones ubicamos la relativa a la naturaleza del mecanismo de solución de controversias del capítulo XIX y XX.

La definición del mecanismo del Capítulo XIX, fue una cuestión planteada en la revisión de la resolución definitiva de la investigación *antidumping* sobre las importaciones de placa en rollo originarios y procedentes de Canadá (Caso Mex- 96-1904-02) y ameritó una opinión concurrente, en la cual, se puntualiza cuales son las características generales del arbitraje internacional tanto público como privado y menciona las siguientes:

1. El órgano decisorio de la controversia no es un órgano con el carácter formal jurisdiccional. Se trata de juzgadores elegidos por las partes en controversia.
2. El procedimiento que se sigue está regido por normas jurídicas establecidas por las partes en conflicto

⁹ Opinión Consultiva OC-18/03, Ob. Cit. (nota 1), p.12.

3. La decisión se dicta conforme a normas jurídicas de fondo que las partes hayan determinado o que sean aplicables según el derecho internacional.
4. Para que una diferencia pueda ser sometida al arbitraje es menester que se produzca consentimiento en tal sentido por los presuntos litigantes.
5. El consentimiento para someter una diferencia al arbitraje puede referirse en especial a esa controversia o puede haberse emitido en forma general para cierto tipo de controversia o para toda controversia, con o sin reservas.
6. Los árbitros pueden ser uno o varios, según lo hayan determinado libremente las partes que aceptan someter una diferencia al arbitraje.
7. Para formalizar el acuerdo de someter una diferencia al arbitraje internacional, es menester hacerlo a través de un tratado de arbitraje o bien, mediante una cláusula compromisoria que puede abarcar controversias entre Estados o entre particulares, en la inteligencia de que se pueden establecer excepciones sobre cuestiones que no se someterían al arbitraje y que en la práctica se conocen como reservas.
8. Es objeto del acuerdo entre las partes que llevan una controversia al arbitraje: el número de árbitros, la forma de designación, las normas del procedimiento y las normas de fondo aplicables para resolver el conflicto.
9. Los árbitros no deben exceder los límites que les hayan sido señalados en el compromiso arbitral, en la cláusula compromisoria o en el tratado arbitral.
10. Entre Estados sólo proceden recursos contra el laudo arbitral si así se ha convenido, en caso contrario el laudo será definitivo. Entre particulares, éstos deben sujetar a las disposiciones de los tratados internacionales aplicables, que en la generalidad de los casos establecen la posibilidad de que los laudos sean impugnados cuando los árbitros exceden sus facultades.¹⁰

Después de señalar, las características generales del arbitraje internacional público y privado, los panelistas de la opinión concurrente señalan que el panel binacional reúne rasgos muy particulares, que lo perfilan como órgano de arbitraje *sui generis* por las razones siguientes:

1. Sus integrantes no requieren ser juristas.
2. Las normas del procedimiento ante el panel fueron establecidas con anterioridad por las partes del TLCAN.
3. El panel carece de facultades para ejecutar sus decisiones finales.
4. Poseen un carácter mixto similar a otros tribunales de arbitraje como es el caso del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones previsto en el Capítulo XI del TLCAN.

¹⁰ Opinión Concurrente de los Panelistas Lucía Reyna Antuña Rodolfo Terrazas Salgado respecto al criterio de revisión, facultades del panel y aplicación de los principios generales del derecho, correspondiente a la Parte III de la Decisión Final, D.O.F. 6 de Febrero de 1998.

Vinculado con la naturaleza del mecanismo de solución de controversias del Capítulo XIX, en una sentencia de amparo del Juez Séptimo de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, destaca:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1904 del citado Tratado, se establece un tribunal que deberá resolver un determinado caso, en la especie, el Panel Binacional constituido para conocer el asunto Mex-94-1904-01, de lo que se concluye que, al estar previsto dicho panel en una norma del mencionado tratado, que se ha incorporado al derecho nacional, constituye un tribunal que se ha integrado también en el orden jurídico nacional.

Los tribunales que se constituyen de conformidad con el artículo 1904 del citado tratado, tienen la facultad, atribuida directamente a ellos y no a otra autoridad previamente constituida, de ordenar que la autoridad investigadora realice ciertas conductas para corregir los vicios que advierta en su actuación. Por su parte, la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, autoridad investigadora, no tiene jurídicamente la posibilidad de incumplir el aludido dictado por un tribunal constituido de conformidad con artículo 1904 del multicitado tratado... el laudo reclamado en este juicio de garantías sí es un acto de autoridad susceptible de impugnarse a través del juicio de amparo, máxime que su obligatoriedad deriva directamente de una norma jurídica mexicana, potestad pública, que puede afectar las garantías individuales de los particulares.¹¹

Tanto de la opinión concurrente como de la sentencia del juez séptimo derivan las siguientes observaciones, ambas reflejan problemas operativos del mecanismo regulado en el Capítulo XIX:

1. El mecanismo del Capítulo XIX no crea un tribunal de carácter nacional para ningún Estado Parte, los paneles se constituyeron para resolver conflictos entre los Estados Parte que celebraron el TLCAN, los cuales en razón de su soberanía gozan de inmunidad y no se sujetarían a un tribunal nacional a menos de que renunciaran a la misma.
2. Por el hecho de constituirse los paneles del Capítulo XIX mediante un tratado no se crea un tribunal nacional. México es Parte de tratados que se incorporan a nuestro sistema jurídico que establecen mecanismos de solución de controversias internacionales y no por ello crean tribunales nacionales, un ejemplo extremo de esta situación lo ubicamos en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
3. No constituyen razones suficientes para calificar a los paneles de órganos arbitrales sui generis, el que no requieran ser juristas, la elección de los árbitros en general recae en las partes en conflicto sin que requieran ser juristas y que las reglas procesales del procedimiento seguido por el panel binacional se hayan establecido con anterioridad por las Partes. Las reglas de procedimiento de un órgano arbitral

¹¹ Sentencia del Juicio de Amparo 574/96, USX Corporation Inland Steel Company contra Actos del Panel Binacional, 31 de marzo de 1997.

pueden establecerse indistintamente con anterioridad o no, en muchos tratados se incorporan vía anexo del tratado y a pesar de ello forman parte del instrumento.

4. La naturaleza de los paneles del Capítulo XIX se ajusta a la de un tribunal arbitral internacional, cuya operatividad no debe confundirse con el arbitraje privado comercial internacional o con el arbitraje entre inversionista y Estado como el previsto en el Capítulo XI del TLCAN. Confirman esta conclusión el hecho de que la ejecución de una resolución de un Panel del Capítulo XIX, no está sujeta de conformidad con el artículo 1905 del TLCAN,¹² a los procedimientos contem-

12 Artículo 1905. SALVAGUARDA DEL SISTEMA DE REVISIÓN ANTE EL PANEL.

1. Cuando una Parte alegue que la aplicación de la legislación de otra de las Partes:
 - a) ha impedido la integración de un panel solicitado por la Parte reclamante;
 - b) ha impedido que el panel solicitado por la Parte reclamante dicte un fallo definitivo;
 - c) ha impedido que se ejecute el fallo del panel solicitado por la Parte reclamante, o una vez dictado le ha negado fuerza y efecto obligatorios respecto al asunto particular examinado por el Panel;
 - d) no ha concedido la oportunidad de revisión de una resolución definitiva por un tribunal o Panel con jurisdicción, independientemente de las autoridades investigadoras competentes, que examine los fundamentos de la resolución de estas autoridades y si éstas han aplicado adecuadamente las leyes internas en materia de antidumping y cuotas compensatorias al dictar la resolución impugnada, y que emplee el criterio de revisión relevante señalado por el Artículo 1911; la Parte podrá solicitar por escrito consultas con la otra Parte respecto a las afirmaciones. Las consultas comenzarán dentro de los 15 días siguientes a la fecha de solicitud de las mismas.
2. Si el asunto no ha sido resuelto dentro de los 45 días de la solicitud de consultas o en cualquier otro plazo que las Partes consultantes convengan, la Parte reclamante podrá solicitar la instalación de un comité especial.
3. A menos que las Partes implicadas convengan algo distinto, el comité especial se instalará dentro de los 15 días siguientes a la solicitud y realizará sus funciones de conformidad con las disposiciones de este capítulo.
4. La lista de los candidatos para integrar los comités especiales será la establecida conforme al Anexo 1904.13.
5. El comité especial estará integrado por tres miembros, seleccionados de acuerdo con los procedimientos establecidos en el Anexo 1904.13.
6. Las Partes fijarán reglas de procedimiento de acuerdo con los principios establecidos en el Anexo 1905.6.
7. Si el comité especial formula un dictamen positivo respecto a una de las causales especificadas en el párrafo 1, la Parte reclamante y la Parte demandada iniciarán consultas en un plazo no mayor de 10 días y procurarán llegar a una solución mutuamente satisfactoria dentro de los 60 días posteriores a la emisión de la determinación del comité.
8. Si dentro del plazo de 60 días, las Partes no llegan a una solución mutuamente satisfactoria, o la Parte demandada no ha demostrado, a satisfacción del comité especial, haber corregido el problema o los problemas respecto a los cuales el comité ha formulado un dictamen positivo, la Parte reclamante podrá suspender respecto de la Parte demandada:
 - a) el funcionamiento del Artículo 1904; o
 - b) la aplicación de aquellos beneficios derivados del Tratado que las circunstancias ameriten.
9. En caso de que la Parte reclamante suspenda el funcionamiento del Artículo 1904 respecto a la Parte demandada, esta última podrá suspender recíprocamente el funcionamiento del Artículo 1904. Si cualquiera de las Partes decide suspender el funcionamiento del Artículo 1904, lo notificará por escrito a la otra Parte.
10. El comité especial podrá reunirse de nuevo, a solicitud de la Parte demandada, para determinar si:
 - a) La suspensión de beneficios por la Parte reclamante de acuerdo con el inciso 8 b) es ostensiblemente excesiva;
 - b) La Parte demandada, ha corregido el problema o los problemas respecto a los cuales el comité formulará un dictamen positivo.

El comité especial presentará, dentro de los 45 días posteriores a la solicitud, un informe a ambas Partes que contenga su determinación. Si el comité especial concluye que la Parte demandada ha corregido el problema o los problemas, se dará por terminada la suspensión que apliquen de acuerdo con los párrafos 8 y 9 de la Parte reclamante, la Parte demandada, o ambas.
11. Si el comité especial formula un dictamen positivo respecto a alguna de las causales especificadas en el párrafo 1, el día siguiente a la fecha en que se emita la decisión del comité especial:

plados en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional o a la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, ya que, estas resultan aplicables a un arbitraje privado o bien mixto entre un inversionista y un Estado.

5. El mecanismo de ejecución de un laudo arbitral internacional (como el establecido en el Capítulo XIX) conlleva la aplicación de las contramedidas o represalias pacíficas con la finalidad de que el Estado Parte que resultó afectado por el incumplimiento de otro Estado Parte sancione dicha situación.

La Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas define a las contramedidas de la siguiente manera:

La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación de ese Estado para con otro Estado quedará excluida si el hecho constituye una medida legítima según el derecho internacional contra ese otro Estado, a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito de ese otro Estado.¹³

La suspensión de beneficios contemplada en el Artículo 1905, corresponde a las represalias o contramedidas aplicadas por el Estado parte afectado por el incumplimiento del TLCAN en las situaciones previstas en dicha disposición, en la negociación del TLCAN se adoptó la decisión en lo relativo a las resoluciones en materia *antidumping* y cuotas compensatorias el sujetar al cumplimiento de las mismas a los Estados Partes signatarios del TLCAN y considerar a los nacionales de las Partes (personas físicas o morales) como terceros perjudicados en los procesos y mecanismos de solución de controversias, en ese sentido señala el Artículo 1904:

-
- a) se aplazarán los procedimientos de revisión del panel o del comité de impugnación extraordinaria conforme al Artículo 1904;
 - i) respecto a la revisión de cualquier resolución definitiva de la Parte reclamante que haya solicitado la Parte demandada, si tal revisión se solicitó después de la fecha en que se solicitaron las consultas de acuerdo al párrafo 2 de este artículo y en ningún caso después de los 150 días anteriores a un dictamen positivo expedido por el comité especial, o
 - ii) respecto a la revisión de cualquier resolución definitiva de la Parte demandada que haya solicitado la Parte reclamante, a petición de esta última; y
 - b) se interrumpirá el plazo para solicitar la revisión por parte un panel o un comité, de acuerdo al Artículo 1904.4 o al Anexo 1904.13 y no correrá de nuevo sino de conformidad con el párrafo 12.
12. Si cualquiera de las Partes suspende el funcionamiento del Artículo 1904 de acuerdo al párrafo 8 (a), se dará por terminada la revisión ante un panel o un comité aplazada de acuerdo al párrafo 11 (a) de este artículo, y la impugnación de la resolución definitiva se remitirá irrevocablemente al tribunal interno competente para su resolución de conformidad con lo siguiente:
- a) respecto a la revisión de una resolución definitiva de la Parte reclamante solicitada por la Parte demandada, a petición de cualquiera de las Partes, o de una parte en la revisión del panel de acuerdo al Artículo 1904;o
 - b) respecto a la revisión de una resolución definitiva de la Parte demandada, solicitada por la Parte reclamante, o por una persona de la Parte demandante que es parte en la revisión del Panel de acuerdo al Artículo 1904.
- Si cualquiera de las Partes suspende el funcionamiento del Artículo 1904 de conformidad con párrafo 8 (a), se reanudarán los plazos que se hayan interrumpido de acuerdo al párrafo 11(b).
- Si la suspensión del Artículo 1904 no se hace efectiva, se reanudarán los procedimientos suspendidos de revisión ante un panel o comité de acuerdo al párrafo 11(a) y cualquier plazo interrumpido de acuerdo al párrafo 11 (b).

13 Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Asamblea Documentos Oficiales, Quincuagésimo Primer Período de Sesiones, Suplemento No.10 (A/51/10), Naciones Unidas, Nueva York, 1996, p.145.

1. Según se dispone en este artículo, cada una de las Partes reemplazara la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas sobre antidumping y cuotas compensatorias con la revisión que lleve a cabo un panel binacional.
2. Una Parte implicada podrá solicitar que el panel revise, con base al expediente administrativo, una resolución definitiva sobre antidumping y cuotas compensatorias emitida por una autoridad investigadora competente de una Parte importadora, para dictaminar si esa resolución estuvo de conformidad con las disposiciones jurídicas en materia antidumping y cuotas compensatorias de la Parte importadora...
4. La solicitud para integrar un panel se formulará por escrito a la otra Parte implicada dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la resolución definitiva en cuestión se publique en el diario oficial de la Parte importadora.
7. La autoridad investigadora competente que haya dictado la resolución definitiva en cuestión tendrá el derecho de comparecer y ser representada por abogados ante el panel. Cada una de las Partes dispondrá que las personas que por otro lado, de conformidad con el derecho de la Parte importadora, estarían legitimadas para comparecer y ser representadas en un procedimiento interno de revisión judicial de la resolución de la autoridad investigadora competente, tengan el derecho de comparecer y ser representadas por abogados ante el panel...
9. El fallo de un panel en los términos de este artículo será obligatorio para las Partes implicadas con relación al asunto concreto entre esas Partes implicadas con relación al asunto concreto entre esas Partes que haya sido sometido al panel.

De la lectura del artículo 1904, se aprecia que las Partes legitimadas para solicitar la constitución de un panel o solicitar un procedimiento interno de revisión son las Partes signatarias del TLCAN (México, Estados Unidos y Canadá), en cambio las personas físicas y morales de la nacionalidad de las Partes, pueden ser llamadas por las Partes del TLCAN a comparecer a través de sus abogados ante el panel o en el procedimiento interno de revisión judicial de la resolución aunque no con el carácter de partes sino de terceros perjudicados.

Más adelante señala el artículo 1904:

14. Para poner en práctica las disposiciones de este artículo, las Partes adoptarán reglas de procedimiento a más tardar el 1° de enero de 1994. Dichas reglas se basarán, cuando corresponda, en reglas procesales en grado de apelación judicial e incluirán reglas relativas al contenido y trámite de las solicitudes para integrar los paneles, la obligación de la autoridad investigadora competente para remitir al panel el expediente administrativo del procedimiento, la protección de información comercial reservada, información gubernamental clasificada y otra información privilegiada (incluidas las sanciones contra personas que intervengan ante los paneles y hagan uso indebido de esa información); intervención de particulares; limitaciones a la revisión arbitral por errores aducidos por las Partes o por particulares, presentación y trámite; cómputo y prórroga de plazos, forma y contenido de los memoriales y otros documentos, reuniones previas o posteriores a las audiencias, mociones, exposiciones orales, solicitudes de reposición de audiencias; y desistimiento voluntario de revisión ante el panel. Las reglas se formularán de modo que se expida el fallo definitivo dentro de los 315 días siguientes a la fecha en que se presente la solicitud de integración de un panel.

Las Reglas de Procedimiento del Artículo 1904 para la Revisión de Resoluciones Definitivas en Materia de Cuotas Antidumping y Cuotas Compensatorias y del Comité de Impugnación Extraordinaria del TLCAN fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 20 de junio de 1994, el plazo del artículo 1904 de 315 días se redujo a 260 días hábiles contados a partir del día siguiente de la publicación en el Diario Oficial de la Federación de la resolución de inicio de la investigación.

Dichas Reglas modificaron la intención de las Partes signatarias del TLCAN al considerar en los procesos frente a los paneles o en la revisión judicial interna, como partes a las personas físicas o morales nacionales de los Estados Parte del TLCAN, con lo cual se dan soluciones esquizofrénicas, ya que, en caso de obtener una resolución favorable de un panel una persona física o moral y rehusarse la otra Parte (el Estado importador) a cumplir con dicha resolución y modificar su resolución, el particular se ve impedido para realizar cualquier acción y se afecta con ello el derecho que tiene de acceso a la justicia.

De conformidad con el Capítulo XIX sólo los Estados en caso de incumplimiento pueden adoptar medidas como la suspensión de beneficios, sin contemplar en ningún momento, por ejemplo, una indemnización en el caso de que se haya impuesto una cuota compensatoria a una persona física o moral de la nacionalidad de las Partes incumpliendo las disposiciones del TLCAN, ya que, carecen de subjetividad internacional.

Otra cuestión vinculada con el capítulo XIX es la relativa, al criterio de revisión, señala el primer párrafo del artículo 1904 que las Partes “reemplazarán la revisión judicial interna” de las decisiones que dicten en caso de prácticas desleales por la de un panel binacional. En las negociaciones se manifestó en diversas ocasiones que la intención que debería primar en la redacción de dicho artículo era la de establecer “un recurso de revisión cuyo ejercicio no era obligatorio sino potestativo toda vez que se conservarían los procedimientos ordinarios internos... de revisión, revocación, anulación...En caso que se optase por alguno de ellos, se excluía automáticamente el otro”.¹⁴

De conformidad con el citado artículo 1904.3, el panel aplicará los criterios de revisión señalados en el Anexo 1911 y los principios generales del derecho que de otro modo un tribunal de la parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora competente. Los criterios de revisión que establecieron las Partes son:

- a) Canadá, Sección 18.1 (4) del Federal Court Act respecto a toda resolución definitiva.
- b) Estados Unidos, la Sección 516 (b) (1) (B) de la Tariff Act de 1930, con sus reformas, excepto la resolución a que se refiere el sub-inciso (ii), y el establecido en la Sección 516 (b) (1) (A) de la Tariff Act de 1930, con sus reformas, respecto a una resolución que dicte United States International Commission en el sentido de no iniciar la revisión conforme a la Sección 751 (b) de la Tariff Act de 1930, con sus reformas; y

¹⁴ Cruz Miramontes Rodolfo, El TLC controversias, soluciones y otros problemas conexos, Ed. Mac Graw Hill, Serie Jurídica, México, 1997, p. 12.

- c) México el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, o cualquier ley que lo sustituya, basado solamente en el expediente.

A primera vista, todo parece indicar, con base al Anexo 1911, que la situación entre los tres países es equivalente, sin embargo tanto en el caso de Estados Unidos como en el Canadá, la práctica jurisdiccional imprime diferencias de importancia. Por ejemplo, en el caso de Canadá, el Canadian International Trade Tribunal se considera un tribunal especializado, cuyas resoluciones únicamente pueden modificarse cuando se presente un error manifiestamente absurdo, criterio determinado conforme a los precedentes anteriores, en esa situación los panelistas se encuentran sujetos a una camisa de fuerza demasiado estrecha que les da poco margen de maniobra. En cambio en el caso de México el criterio de revisión no se modifica por la práctica posterior de los tribunales, por cuanto se parte de un sistema de derecho escrito.

En estas circunstancias debería modificarse el criterio de revisión para permitir a los panelistas independientemente del derecho que deba aplicarse, norteamericano, canadiense o el mexicano contar con el mismo mandato de las Partes, sin que operen restricciones impuestas por la práctica de los órganos jurisdiccionales internos.

Por lo que se refiere al Capítulo XX, su aplicación difiere del Capítulo XIX, desde el principio se marco de manera muy clara, que dicho procedimiento de solución de controversias estaría regido por el derecho internacional que las Partes en el mismo corresponderían a los Estados Parte e incluso se marco como un procedimiento no sujeto a la transparencia al que quedó sujeto el del Capítulo XIX, en el artículo 2012, se señala:

- b) las audiencias ante el panel, las deliberaciones y el informe preliminar, así como todos los escritos y las comunicaciones con el mismo, tendrán el carácter de confidencial.

El procedimiento del Capítulo XX resulta aplicable cuando surja una controversia en la cual no resulte aplicable cualquiera de los procedimientos previstos en el TLCAN, puede iniciarse con la solicitud de consultas respecto de cualquier medida adoptada o en proyecto, o respecto de cualquier asunto que pudiese afectar el Tratado. También puede solicitarse que se reúna la Comisión de Libre Comercio que deberá reunirse 10 días después de la solicitud, salvo que se acuerde otra cosa.

La Comisión podrá convocar asesores técnicos o crear los grupos de trabajo o de expertos que consideré necesarios, recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación, o a otros procedimientos de solución de controversias, así como formular recomendaciones para apoyar a las Partes consultantes a lograr una solución mutuamente satisfactoria. Si no se logra una solución después de haberse reunido la Comisión en los plazos previstos en el inciso 1, del artículo 2008, cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito el establecimiento de un panel arbitral.

Salvo acuerdo diverso de las Partes contendientes, el panel debe presentar un informe preliminar dentro de los 90 días siguientes al nombramiento del último árbitro. Dicho informe debe contener:

- a) Las conclusiones del hecho incluyendo cualquiera derivada de una solicitud conforme al artículo 2012 (5).
- b) La determinación sobre si la medida en cuestión es o puede ser incompatible con las obligaciones derivadas del TLCAN, o es causa de anulación o menoscabo de beneficios o cualquiera otra determinación solicitada en el acta de misión; y
- c) Sus recomendaciones, cuando las haya, para la solución de la controversia.

El panel debe emitir su determinación final 30 días después de emitir su informe preliminar, salvo acuerdo diverso de las Partes contendientes. La ejecución deberá consistir, siempre que ello sea posible, en la no ejecución o la derogación de la medida disconforme con el TLCAN o que sea causa de anulación o menoscabo de beneficios. A falta de resolución podrá entregarse una compensación.

Si dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la determinación final, las Partes contendientes no llegan a una solución mutuamente satisfactoria, la Parte reclamante podrá suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente contra la cual se dirigió la reclamación, hasta el momento en que las Partes alcancen un acuerdo sobre la resolución de la controversia. La Parte reclamante procurará suspender primero los beneficios dentro del mismo sector o sectores que se vean afectados por la medida o por otro asunto que el panel haya considerado incompatible con el tratado, o que haya sido causa de anulación o menoscabo de beneficios. Si la Parte reclamante considera que no es factible ni eficaz suspender beneficios en el mismo sector o sectores, podrá suspender beneficios en otros sectores.

El mecanismo descrito corresponde a un procedimiento conciliatorio, en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional se expresa que la tarea de la Comisión de Conciliación consiste en dilucidar las cuestiones controvertidas, reunir para tal efecto toda la información necesaria y emitir recomendaciones dirigidas a las partes.¹⁵ La gran diferencia con el mecanismo del Capítulo XIX radica en que concluye con una recomendación, sin embargo de igual forma, que en el caso del Capítulo XIX, las consecuencias por el incumplimiento son idénticas, se aplican las sanciones del derecho internacional, las contramedidas que consisten en la suspensión de los beneficios de manera proporcional o equivalente.

Permanece la pregunta porqué el manejo confidencial, en esta clase procesos, la respuesta atiende a la temática de los problemas que esta llamada a resolver, corresponden a problemas vinculados con cuestiones de política interna de ambos países que resolvieron, las Partes que requerían de confidencialidad.

III. El Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte

El Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (ACCAN), establece en sus artículos 14 y 15 un procedimiento de denuncia ciudadana por la falta de aplicación

¹⁵ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Asamblea Documentos Oficiales, Quincuagésimo Primer Período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/51/10), Naciones Unidas, Nueva York, 1996, p.158 y s.s.

efectiva de la legislación ambiental de los Estados Parte.¹⁶ El procedimiento previsto no constituye un mecanismo de solución de controversias, el Secretariado recibe peticiones de organizaciones no gubernamentales, personas físicas o morales, quién informará al Consejo para que determine si se elabora un expediente de hechos, si resuelve en sentido afirmativo el Consejo, el expediente de hechos final deberá estar a disposición del público en un plazo no mayor de 60 días, fase en la cual concluye el procedimiento.¹⁷

16 Para la debida aplicación de los artículos 14 y 15 del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte, se emitieron las Directrices, las cuales se encuentran subordinadas al ACCAN, la última revisión a las mismas es del 28 de junio de 1999.

17 Artículo 14:

1. El Secretariado podrá examinar peticiones de cualquier persona u organización sin vinculación gubernamental que asere que una Parte está incurriendo en omisiones en la aplicación efectiva de su legislación ambiental, si el Secretariado, juzga que la petición:
 - a) se presenta por escrito en un idioma designado por es Parte en una notificación al Secretariado;
 - b) identifica claramente a la persona u organización que presenta la petición;
 - c) proporciona información suficiente que permita al Secretariado revisarla, e incluyendo las pruebas documentales que pueden sustentarla;
 - d) parece encaminada a promover la aplicación de la ley y no a hostigar una industria;
 - e) señala que el asunto ha sido comunicado por escrito a las autoridades pertinentes de la Parte y, si la hay, la respuesta de la Parte; y
 - f) la presenta una persona u organización que reside o está establecida en el territorio de una Parte.
2. Cuando considere que una petición cumple con los requisitos estipulados en el párrafo 1, el Secretariado determinará si la petición amerita solicitar una respuesta de la Parte. Para decidir si debe solicitar una respuesta, el Secretariado se orientará por las siguientes consideraciones:
 - a) si la petición alega daño a la persona u organización que la presenta;
 - b) si la petición, por si sola o conjuntamente con otras, plantea asuntos cuyo ulterior estudio en este proceso contribuiría a la consecución de las metas de este Acuerdo;
 - c) si se ha acudido a los recursos al alcance de los particulares conforme a la legislación de la Parte; y
 - d) si la petición se basa exclusivamente en noticias de los medios de comunicación.

 Cuando el Secretariado solicite una respuesta, remitirá a la Parte una copia de la petición, así como cualquier otra información de apoyo que la acompañe.
3. La parte notificará al Secretariado en un plazo no mayor de 30 días y, en circunstancias excepcionales en un plazo de 60 días posteriores a la entrega de la solicitud:
 - a) si el asunto es materia de un procedimiento judicial o administrativo pendiente de resolución, en cuyo caso el Secretariado no continuará con el trámite; y
 - b) cualquier otra información que la Parte desee presentar, tal como:
 - i) si el asunto ha sido previamente materia de un procedimiento judicial o administrativo; y
 - ii) si hay recursos internos relacionados con el asunto que estén al alcance de la persona u organización que presenta la petición y se ha acudido a ellos.

Artículo 15:

1. Cuando considere que, a la luz de la respuesta dada por la Parte, la petición amerita que se elabore un expediente de hechos, el Secretariado lo informará al Consejo e indicará sus razones.
2. El Secretariado elaborará el expediente de hechos, si el Consejo le ordena hacerlo mediante el voto de dos terceras partes de sus miembros.
3. La elaboración del expediente de hechos por el Secretariado, de conformidad con este Artículo, se hará sin perjuicio de cualesquiera medidas ulteriores que puedan adoptarse respecto a una petición.
4. Para la elaboración del expediente de hechos, el Secretariado tomará en cuenta toda la información proporcionada por una Parte y podrá tomar en cuenta toda información pertinente, de naturaleza técnica, científica u de otra que:
 - a) esté disponible al público.

Conforme al artículo 14, cualquier persona u organización no gubernamental puede aseverar que una Parte del ACCAN no aplica de manera efectiva alguna ley ambiental y someter el escrito respectivo al Secretariado de la Comisión para la Cooperación Ambiental. Si se determina que la petición satisface determinados criterios y factores, se solicitará una respuesta a la Parte mencionada en la petición. Tomando en cuenta esa respuesta, la Comisión podría proceder a elaborar un expediente de hechos, según lo estipula el artículo 15.

Un expediente de hechos describe de la manera más objetiva posible el desarrollo del caso, las obligaciones de la Parte conforme a la ley en cuestión, las acciones de la Parte en cuanto al cumplimiento de esas obligaciones y los hechos relevantes de la aseveración presentada en la petición del incumplimiento de la aplicación efectiva de la legislación. Este proceso puede llevar meses y a veces años. Una vez concluido, el Consejo puede, con al menos dos tercios de los votos, hacer público el expediente de hechos final. Un expediente de hechos ofrece información sobre las prácticas de aplicación que pueden servir a los gobiernos, así como a los peticionarios y otros miembros interesados de la ciudadanía.

Sin negarle la utilidad al procedimiento del artículo 14 y 15 del ACCAN, después de 10 años de aplicación, tanto ONGs, el Consejo Consultivo Público Conjunto, y los Consejeros Legales Especiales del ACCAN, han manifestado en diversas ocasiones los problemas de implementación y operatividad que presenta el procedimiento, ubicando básicamente los siguientes:

- a) Las resoluciones del Consejo carecen de objetividad en algunas ocasiones, al reducir el ámbito de afectación material, cuando en la realidad resulta mucho más grave y de mayor amplitud dicha afectación.
- b) La conformación del Consejo provoca en ciertas ocasiones, que las decisiones se adopten sin la debida objetividad, ya que, sus integrantes son al mismo tiempo juez y Parte.¹⁸
- c) Las dificultades para integrar los expedientes y obtener la información ha ocasionado que el procedimiento se retrase, sin ajustarse a los plazos establecidos en los artículos 14 y 15.

b) Sea presentada por personas u organizaciones interesadas sin vinculación gubernamental;

c) sea presentada por el Comité Consultivo Público Conjunto; o

d) elaborada por el Secretariado o por expertos independientes.

5. El Secretariado presentará al Consejo un proyecto del expediente de hechos. Cualquier Parte podrá hacer observaciones sobre la exactitud del proyecto en un plazo de 45 días posteriores a su presentación.
6. El Secretariado incorporará las observaciones que procedan en el expediente final de hechos y la presentará al Consejo.
7. Mediante el voto de las dos terceras partes de sus miembros, el Consejo podría poner a disposición pública el expediente final de los hechos, y la presentará al Consejo.

¹⁸ Artículo 9.

El Consejo estará integrado por representantes de las Partes a nivel de Secretaría de Estado o su equivalente, o por las personas a quienes éstos designen.

- d) Después de los enormes de esfuerzos realizados por el Secretariado y los peticionarios, los resultados son pobres. A diferencia de otros mecanismos de solución de controversias, no concluye el proceso con una reparación de los daños y perjuicios y en diversas ocasiones, la situación que originó la petición continúa, a pesar de la publicación del expediente de hechos (Metales y Derivados).¹⁹

Por otro lado, en materia ambiental se requiere con urgencia, de un procedimiento, que solucione la problemática atinente a los daños transfronterizos entre los tres países, en virtud del cual se repare los daños y perjuicios a las víctimas personas físicas y morales residentes o nacionales de Canadá, Estados Unidos de Norte América y México, por las dificultades que representa acceder a los tribunales de dichos países, cuando las normas de derecho internacional privado ubican en razón de los puntos de conexión, diversos tribunales competentes y legislación aplicable, a falta de una ley uniforme en la materia.

IV. Reflexiones

1. El TLCAN requería la constitución un fondo cuyos recursos se destinarán a fortalecer la industria mexicana y paliar las asimetrías entre México y sus dos socios comerciales, de manera similar al apoyo otorgado por la Unión Europea a aquellos países que han ingresado a la misma y cuya situación de inicio los ubicaba en una situación de desventaja, con esta medida quizás se hubiera logrado el principal objetivo del TLCAN mejorar las condiciones de vida de los habitantes de los tres países.
2. Al operar el mecanismo de solución de controversias del capítulo XIX, como un mecanismo, cuyas Partes en el proceso lo constituyen las personas físicas y morales de los tres Estados, de conformidad con las Reglas de Operación de dicho mecanismo y de manera contraria a lo establecido en el propio texto del TLCAN, que señala que las Partes en dichos procesos son los Estados Parte, se priva a los particulares del derecho de acceso a la justicia, por cuanto la resolución del panel no es revisable. La anterior conclusión resulta clara, si se considera que la resolución del Panel no tiene por objetivo reparar o resarcir a dichos particulares de los daños sufridos por la imposición de una cuota compensatoria violatoria del TLCAN, sino confirmar la resolución del Estado que impuso la cuota compensatoria o devolver el expediente para la revisión de la misma.
3. El criterio de revisión del Capítulo XIX, debería modificarse , tanto en el caso de Estados Unidos, como de Canadá, los ordenamientos jurídicos de ambos, permiten ajustar el mandato de los órganos jurisdiccionales revisores o paneles a los precedentes jurisprudenciales recientes, lo cual conlleva, en algunas ocasiones, a que las facultades

¹⁹ Expediente de Hechos Final Metales y Derivados, Comisión de Cooperación Ambiental de América del Norte, Montreal, Canadá, 2002.

tades del panel se vean limitadas, en razón del criterio de revisión impuesto por dichos precedentes. En cambio en el caso de México, el criterio de revisión se encuentra contemplado con toda exactitud y no puede modificarse mediante precedentes, se requiere de una reforma al Código Fiscal de la Federación.

4. Los procedimientos contemplados en el Capítulo XX y en el Acuerdo Paralelo en materia Ambiental, requieren de una transformación por mecanismos vinculatorios, de manera más urgente en el Acuerdo Paralelo, ya que, la inversión que se realiza para operar dicho Acuerdo, exige para proteger el medio ambiente de sentencias y recomendaciones, y no de la simple publicación de un expediente de hechos.