

# EL NEOPROTECCIONISMO Y LOS PÁNELES COMO MECANISMOS DE DEFENSA CONTRA LAS PRÁCTICAS DESLEALES

Víctor Carlos GARCÍA MORENO  
César E. HERNÁNDEZ OCHOA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La liberalización del GATT y el resurgimiento de las barreras no arancelarias.* III. *México y las barreras no arancelarias.* IV. *Diversos tipos de restricciones no arancelarias en el comercio internacional moderno.* V. *Importancia relativa y relaciones entre los diversos tipos de restricciones no arancelarias.* VI. *El proteccionismo en el comercio internacional.* VII. *Neoproteccionismo y páneces.* VIII. *Descripción del sistema incorporado en el capítulo 19 del ALC Canadá-Estados Unidos.* IX. *Efectos del sistema del capítulo 19.* X. *Implicaciones del modelo incorporado en el capítulo 19 para México.* XI. *Modificaciones que la entrada de México introducirá en el sistema de páneces.*

## I. INTRODUCCIÓN

Este ensayo plantea el problema del “neoproteccionismo”. Señalar en qué consiste, por qué surge, de qué manera se manifiesta y cuál es su importancia para el proyecto de desarrollo mexicano son los objetivos del mismo.

El sistema de páneces es, hasta ahora, una de las instituciones más novedosas ensayadas con la cual se ha enfrentado el neoproteccionismo.<sup>1</sup>

Aun cuando existe entre los partidarios del libre comercio un gran consenso al respecto, el hecho es que resulta difícil probar la existencia del neoproteccionismo. Si bien la prueba patente de su existencia se encuentra en el crecimiento acelerado de las barreras no arancelarias

<sup>1</sup> Los “páneces” y el resto de los mecanismos del capítulo 19 del Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos fueron “*específicamente* diseñados para enfrentar los problemas causados por la aplicación de medidas proteccionistas internas a las importaciones de la otra parte”. Graham, William C., *Dispute Resolution in the Canada/U.S. Free Trade Agreement: One Part of a Complex Relationship*, Mimeo, July, 1991, pp. 36.

en el comercio internacional, no es del todo evidente que las nuevas barreras no arancelarias sean en realidad proteccionistas. Para unos, una resolución administrativa que impone derechos *antidumping* es, generalmente, una barrera proteccionista; para otros, es una forma legítima de evitar que, compitiendo deslealmente, un exportador extranjero destruya la industria local. Para los primeros, una que detiene las importaciones de un país bajo el expediente de que violan las regulaciones sanitarias, es una fórmula proteccionista; para los segundos, es una forma de proteger la sanidad pública, etcétera. Por lo anterior, referirse a la ambigüedad de las barreras no arancelarias es clave para formular cualquier propuesta que se pretenda eficaz en la resolución de los problemas que se presentan en el debate.

El hecho de que este ensayo comience con el tema del “neoproteccionismo”, pareciera indicar una toma de partido al sugerir, equivocadamente, que para uno fuera más importante la libertad del comercio que el establecimiento y vigilancia de límites razonables al mismo para la protección de la industria y de la salud pública.

Por otro lado, cegarse ante un panorama comercial en el cual surge cotidianamente un mayor número de barreras que hacen cada vez más difícil exportar nuestros productos a otros mercados, pareciera indicar una indiferencia irresponsable ante las necesidades de la estrategia comercial en la que nuestro país ha fincado sus esperanzas de desarrollo.

Lo cierto es que, como veremos a lo largo del ensayo, las dos posiciones encierran un gran contenido de verdad y representan las dos caras del problema que atacan los páneles. El neoproteccionismo, patente en el resurgimiento de las barreras no arancelarias, a partir de los años setenta, es también el problema de una serie de mecanismos jurídicos que no han funcionado adecuadamente para resolver las dificultades que presentan las prácticas desleales, la salud, la ecología y las normas de calidad para el comercio internacional.

## II. LA LIBERALIZACIÓN DEL GATT Y EL RESURGIMIENTO DE LAS BARRERAS NO ARANCELARIAS

La tendencia que se había manifestado en el mundo occidental gracias a la actividad del GATT había sido en el sentido de una creciente liberalización del comercio mundial que no tiene paralelos en la historia. Antes del GATT y a partir de la segunda mitad del siglo XVIII

en Europa, fundamentalmente Francia e Inglaterra, habían experimentado etapas intermitentes de liberalización que, sin embargo, tuvieron carácter regional. En este sentido el GATT se presentó en octubre de 1947 como el primer proyecto de gran magnitud en la historia del comercio internacional.

La técnica en la que esta institución fundó su éxito liberalizador se basaba en gran medida en la obligación que sus miembros contraían de convertir las complicadas barreras al comercio que utilizaran (*e.g.* permisos de importación) en aranceles y, posteriormente, disminuir éstos gradualmente a través de negociaciones. Los aranceles tenían la ventaja de que constituían medios de protección transparentes, fáciles de identificar y cuya magnitud (la tasa arancelaria) era un indicador confiable para los exportadores. Bajo este esquema, que simplificaba y aclaraba los obstáculos al comercio, los países miembros del GATT podían confiar en que al lograr que sus socios bajaran el nivel de sus aranceles, mejoraban también sus posibilidades de comerciar con ellos. El descenso de las tasas arancelarias, logrado en las últimas décadas en el marco del GATT, hizo mucho por definir los flujos del comercio internacional.

Sin embargo, a partir de los años setenta ha habido una proliferación de barreras comerciales diferentes a los aranceles. Las causas de dicho fenómeno, llamado también “neoproteccionismo”, se encuentran en la reacción de obreros y empresarios afectados por nuevas importaciones que comenzaron a fluir de países anteriormente relegados del comercio. Estos sectores afectados presionaron políticamente a sus gobiernos pidiendo mayor protección.<sup>2</sup> La aparición de nuevos controles a los flujos de comercio internacional permitidos por el derecho internacional<sup>3</sup> dotó a los gobernantes de los mecanismos necesarios para atender las presiones de sus ciudadanos sin violar —al menos en las formas— las prohibiciones establecidas. Por otra parte surgieron esquemas novedosos que permitieron a las principales potencias económicas limitar sus importaciones sin violar la letra de las normas del GATT, aunque contravinieran totalmente su espíritu.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Los empresarios y obreros de textiles y acero de Estados Unidos desarrollaron un intenso cabildeo y utilizaron su fuerza política para obtener el apoyo del Congreso para sus demandas.

<sup>3</sup> Establecidos en la ronda de negociaciones en Tokio en 1979, los códigos de conducta del GATT, sirvieron de marco para el establecimiento de nuevas barreras comerciales.

<sup>4</sup> El más claro ejemplo de esto la presentan los acuerdos de restricción voluntaria de exportaciones.

Algunos de los nuevos *obstáculos no arancelarios* que actualmente se presentan a las exportaciones son las cuotas de importación asignadas unilateralmente por sector y por país, los acuerdos de restricción voluntaria de exportaciones, los derechos *antidumping* o compensatorios aplicados de manera abusiva, normas técnicas prohibitivas, salvaguardias aplicadas sin compensación y nuevas legislaciones más restrictivas.<sup>5</sup> La importancia de las barreras no arancelarias puede ser claramente evaluada al verificar que actualmente cerca del 15 por ciento del comercio mundial es afectado por algún tipo de ellas.<sup>6</sup>

### III. MÉXICO Y LAS BARRERAS NO ARANCELARIAS

A partir del inicio de la apertura comercial por el gobierno de Miguel de la Madrid (1983), México comenzó a basar su estrategia de desarrollo en el comercio internacional de productos no petroleros. La apertura comercial, sumada a la entrada al GATT a finales de 1986,<sup>7</sup> y a la suscripción de varios de sus códigos, en 1987, trajo como consecuencia la inmersión de México dentro de las tendencias predominantes —liberalizadoras y proteccionistas— en el comercio mundial.

En este contexto se crea “por primera vez en nuestra historia, un mecanismo [específico] de defensa contra las prácticas desleales de comercio internacional”.<sup>8</sup> El nuevo sistema surgió al expedir México su Ley de Comercio Exterior en enero de 1986 (en adelante LCE)<sup>9</sup> basándose en las disposiciones del GATT.<sup>10</sup> De acuerdo a Ortega Gómez el sistema “nace como consecuencia de una serie de acciones muy decididas de política comercial, tendentes a abrir la economía y a racionalizar los mecanismos de protección con un sistema más transparente y eficiente basado en el arancel”.<sup>11</sup> Es decir, el sistema buscó

<sup>5</sup> Una clasificación —y una lista más exhaustiva— la proporciona el Banco Mundial, *Informe sobre el desarrollo mundial 1987*, Washington, Banco Mundial, 1987, p. 162. Incluye, además de las barreras mencionadas: impuestos al consumo, medidas de control de precios, vigilancia de importaciones (incluido el licenciamiento automático), monopolios estatales, etcétera.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> El 24 de agosto de 1986.

<sup>8</sup> Ortega Gómez, Armando F., “El sistema *antidumping* mexicano: Factor crítico de la apertura”, *Comercio Exterior*, México, vol. 39, núm. 3, marzo de 1989, p. 208.

<sup>9</sup> Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Comercio Exterior, D.O. del 31 de enero de 1986.

<sup>10</sup> Si bien México aún no había ingresado al GATT ya había hecho su solicitud de ingreso.

<sup>11</sup> Ortega Gómez, *op. cit.*, *supra* nota 8, p. 214.

otorgar una protección a la industria nacional contra ciertas formas de competencia desleal (el *dumping* y las subvenciones) y se convirtió en una de las pocas protecciones que existían en una economía fundamentalmente abierta. Para el autor el sistema fue un factor crítico en la apertura comercial ya que en una economía abierta el sector productivo comenzó a enfrentar de manera más abierta la competencia externa. Dado que en su opinión la apertura mexicana fue muy acelerada y dejó muchos huecos regulatorios (notablemente en el área des-coordinada y multisecretarial de la normalización comercial), ese sistema se convertía en una de las pocas defensas de los productores nacionales frente a las importaciones del extranjero y estos productores trataron sin éxito de usarlo para contrarrestar fenómenos como el contrabando, el uso ilegítimo de marcas y, fundamentalmente, la insuficiencia y falta de coordinación de las normas oficiales de calidad que provocaba que el país se llenara de chatarra, saldos y "segundas".<sup>12</sup> Hoy día México es visto como uno de los primeros —y de los más activos— países en desarrollo que ha comenzado a afectar a los productos extranjeros, especialmente con derechos *antidumping*.<sup>13</sup>

Actualmente el comercio internacional es un área estratégica en el proyecto de desarrollo mexicano y los problemas del comercio mundial, en la medida en que los comparte nuestro país, cobran una mayor importancia para nosotros. Las barreras no arancelarias a que se enfrentan los productos mexicanos en el extranjero es una de las preocupaciones principales de nuestra agenda comercial. De acuerdo a Sales, el porcentaje de las exportaciones mexicanas no petroleras afectado por diversas restricciones no arancelarias en Estados Unidos varió entre 12.2 y 21 por ciento entre 1980 y 1986.<sup>14</sup> Este nivel de afectación fue comparable al que Estados Unidos aplicó a sus otros socios comerciales y al que se le aplica a México en otros mercados.

La aplicación de estas reglas a nuestro comercio se ha vuelto un asunto cotidiano. Casi todos los tipos diferentes de barreras no arancelarias afectan o han afectado a las exportaciones de México: normas

<sup>12</sup> El autor señala que gran cantidad de denuncias que intentaron utilizar el sistema para combatir problemas comerciales ajenos al *dumping* y las subvenciones fueron desechadas. Ortega Gómez, *op. cit.*, pp. 213 y 214.

<sup>13</sup> Rowat, Malcolm, "Protectionist Tilts in Antidumping Legislation of Developed Countries and LDC Response: Is Race to the Bottom Inevitable", *Journal of World Trade. Law, Economics, Public Policy*, vol. 24, núm. 6, December 1990, p. 18.

<sup>14</sup> Sales S., Carlos L., *Proteccionismo comercial de los Estados Unidos hacia México. 1980-1986*, ITAM, tesis de licenciatura, 1988, pp. 58-60.

fitosanitarias detienen las exportaciones de aguacate mexicano a Estados Unidos; normas ecológicas evitaron la exportación de nuestro atún; un acuerdo de mercado determina la cuota de acero mexicano en el mercado norteamericano; resoluciones administrativas imponen derechos compensatorios al cemento mexicano, etcétera.

#### IV. DIVERSOS TIPOS DE RESTRICCIONES NO ARANCELARIAS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL MODERNO

El proteccionismo moderno se manifiesta en cinco áreas las salvaguardias; los acuerdos de ordenación de mercados; los acuerdos de restricción voluntaria de exportaciones; los estándares técnicos; y la imposición de derechos compensatorios a los productos extranjeros subsidiarios y de derechos *antidumping* a aquellos productos que se venden a un "precio menor al justo".

##### 1. *Salvaguardias*

###### a) *Características*

Las salvaguardias son la vía legal a través de las cuales un país miembro del GATT podría establecer restricciones cuantitativas a las importaciones. Su desuso creciente y la proliferación de medidas negociadas al margen de los procedimientos del GATT son algunos de los síntomas de decadencia del multilateralismo. Por el contrario, su fortalecimiento es uno de los elementos necesarios para la reactivación del comercio mundial. Las salvaguardias responden a la pregunta de cuándo puede un país incumplir la prohibición del acuerdo de no establecer restricciones cuantitativas al comercio. Se trata de medidas esencialmente protectoras permitidas por el artículo XIX del GATT en aquellos casos en que importaciones inesperadas de ciertos productos causen o amenacen causar serios daños a los productores del país afectado. El artículo XIX también es conocido como "cláusula de escape", puesto que permite a la parte que lo invoca eludir temporalmente sus compromisos con el GATT. Para ser admitidas no deben ser selectivas sino aplicadas conforme a la cláusula de la nación más favorecida (no discriminación), de manera temporal, y otorgando compensación o posibilidad de represalia a la parte afectada. La no selectividad obedece a que lo que se ataca es la importación del producto

y no a ciertos países productores. La legislación norteamericana contempla un procedimiento para aplicar las salvaguardias en Estados Unidos congruente con el GATT. A través de éste, se trata de probar la existencia de los requisitos de las salvaguardias; sin embargo, una vez que el organismo dictamina que la salvaguardia procede, su aplicación final generalmente está sujeta a la discreción del ejecutivo.

*Desuso y desplazamiento.* A nivel internacional, las salvaguardias generalmente no son invocadas dado que el procedimiento establecido por el GATT es tan informal (las reglas son tan pocas y simples) que los países importadores han podido negociar restricciones, fuera del GATT, con los principales países exportadores involucrados. Puesto que la posibilidad de impugnar estos acuerdos no mejoraría la situación del país exportador —ya que, entre otras cosas, el procedimiento puede ser fácilmente bloqueado o dilatado—, se ha podido apreciar internacionalmente la proliferación de medidas —diferentes a las salvaguardias— tomadas al margen del GATT.<sup>15</sup> Tal es el caso de los acuerdos de ordenación de mercado, las cuotas a la exportación y los acuerdos de restricción voluntaria de exportaciones.

*La selectividad en materia de salvaguardias.* Los países desarrollados han criticado severamente el actual mecanismo de salvaguardias del GATT porque no les permite selectividad y han presionado para obtener un código de salvaguardias que incluya este principio como excepción a la cláusula de la nación más favorecida. Para ellos es importante crear un código de salvaguardias que otorgue la posibilidad de “responsabilizar” a ciertos proveedores de un producto por la abundancia repentina del mismo. De esta manera se podrían limitar las exportaciones de los proveedores “culpables” y dejar intocadas las exportaciones de los proveedores más antiguos. Esto equivaldría a permitir discriminar entre los exportadores a los que se podría dirigir una salvaguardia. Necesariamente este principio implica desfavorecer a los productores cuyas exportaciones hayan crecido más dinámicamente en los últimos tiempos (muchas veces países en desarrollo). La selectividad es buscada por los países desarrollados porque en ocasiones no les favorece por razones políticas o por temor a la capacidad de respuesta de la otra parte, el afectar, a través de una salvaguardia, a todos los productores de un bien. Hasta 1986 Estados Unidos había implementado 15 salvaguardias aun cuando había recibido autorización para

<sup>15</sup> “[D]esde 1978 los casos de limitación voluntaria de exportaciones han superado a las medidas de salvaguardia en una proporción de 3 a 1.” Banco Mundial, *op. cit.*, *supra* nota 5, p. 180.

implementar 30.<sup>16</sup> Las 15 no implementadas muestran hasta qué punto puede serle útil a este país el obtener la selectividad que demanda.

## 2. *Acuerdos de ordenación de mercados*

A través de los acuerdos de ordenación de mercados, Estados Unidos ha establecido cuotas a la exportación de ciertos productos que otros países pueden realizar a este país cuando se estima que las importaciones están causando daños a la industria norteamericana. Estos acuerdos se basan en la ley norteamericana y constituyen una especie de salvaguardia al margen de los mecanismos del GATT. Dado que estos acuerdos introducen restricciones cuantitativas a las importaciones y que generalmente son tomados de manera discriminatoria, involucran una violación a las disposiciones del GATT.<sup>17</sup> Para efectuarlos, Estados Unidos ha obtenido permiso del GATT y se ha visto obligado a otorgar compensación a sus miembros en otras áreas o a permitir la posibilidad de represalias.<sup>18</sup> Estos acuerdos generalmente se negocian con los principales proveedores del producto en cuestión. Paralelamente se implementa unilateralmente una serie de medidas —nada ordenadas— que determinan las cuotas de los proveedores más pequeños. México se ha visto sometido a los acuerdos de ordenación de mercado en acero y textiles, y a cuotas en productos como azúcar y chocolate.

## 3. *Acuerdos de restricción voluntaria a las exportaciones*

Mediante los acuerdos de restricción voluntaria de exportaciones, un país se compromete a no exportar un porcentaje superior a una parte determinada de su producción de ciertos productos a otro país. A diferencia de los acuerdos de mercado ordenado, el país importador (Estados Unidos) no aplica ninguna medida para hacer cumplir el acuerdo que depende sólo de la autorrestricción del exportador. Desde luego, la restricción “voluntaria” sólo es aceptada por el país exportador para evitar el riesgo de la imposición de una restricción no voluntaria y para respetar formalmente la prohibición de barreras cuantitativas del GATT.

<sup>16</sup> Sales, S. Carlos, *op. cit.*, *supra* nota 14, p. 60.

<sup>17</sup> El artículo XI del GATT prohíbe el uso de restricciones cuantitativas y el artículo XIII señala que cuando se apliquen no deberán ser discriminatorias.

<sup>18</sup> Las represalias pueden consistir en el permiso del GATT para afectar al país violador con una medida equivalente a la sufrida.



#### 4. *Obstáculos técnicos al comercio*

##### a) *Características*

Los estándares técnicos son necesarios para acceder al mercado global y se refieren tanto a las características del proceso productivo como a la calidad que deben reunir los productos. Involucran, generalmente, normas de seguridad, sanidad, protección al medio ambiente o protección a los consumidores, por lo cual el establecimiento de éstas es un asunto que cae dentro del ámbito de decisión soberana de cada país. Dada su importancia para acceder los mercados mundiales, la aspiración del libre comercio en esta área es lograr una mayor armonización de los estándares técnicos mundiales. El GATT ha establecido un código en la materia, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, suscrito por México e implementado por la Ley sobre Metrología y Normalización.<sup>19</sup>

##### b) *Utilización proteccionista*

La manifestación proteccionista en estas normas se presenta cuando se les da un uso arbitrario, ya sea al aplicarlas o al modificarlas con el objeto de frenar las exportaciones de terceros países. En esas ocasiones los estándares técnicos se convierten en barreras técnicas al comercio. La solución aplicada por el código del GATT consistió en establecer el principio de tratamiento nacional por el que cada signatario se obliga a garantizar un trato igual tanto a productos nacionales como extranjeros en materia de estándares técnicos. El mismo código establece el principio de que no se deben crear normas técnicas con el objeto de levantar barreras al comercio, de que los firmantes deben adoptar las normas técnicas internacionales cuando éstas existan y de que deben notificar los cambios en estas normas a los demás miembros. Esta es una de las áreas donde el GATT ha logrado avances significativos estableciendo criterios básicos, sin embargo, la madurez de las normas es todavía incipiente y, en general, se admite que el GATT no ha logrado que el Código tenga un impacto significativo para evitar los problemas en esta área. Las razones del fracaso del GATT son varias,

<sup>19</sup> El Código fue suscrito el 24 de julio de 1987 y aprobado por el Senado el 4 de diciembre del mismo año. La ley que lo aplica se publicó en el *Diario Oficial* el 26 de enero de 1988. Witker, Jorge, *Códigos de Conducta del GATT suscritos por México*, México, UNAM, 1988, p. 108.

por una parte no ha sido admitida todavía la validez de la intervención de organismos internacionales en esta área. Los estándares técnicos siguen siendo considerados parte de las áreas donde los estados ejercen su soberanía, y éstos se muestran reticentes a ceder facultades a organismos internacionales para que vigilen su aplicación. A lo anterior se suma el hecho de que —fuera de la Comunidad Europea— no existen muchos estudios que evalúen los efectos económicos adversos de dichos estándares, razón por la cual es difícil convencer a los diversos actores de la necesidad de asumir compromisos internacionales más estrictos.<sup>20</sup>

Por lo anterior la responsabilidad y el desarrollo principal en esta área tiene lugar a nivel nacional y en ocasiones descansa en instituciones no gubernamentales. En Estados Unidos muchas medidas relacionadas con los estándares son establecidas por instituciones privadas (*i.e.* el Underwriters Laboratory) y que por lo tanto implicará no sólo coordinación entre gobiernos sino también entre particulares. En México las llamadas normas oficiales mexicanas son publicadas en el *Diario Oficial*. Por varias razones, las soluciones que se pueden presentar a los problemas de proteccionismo en esta área son mucho más complicadas y exigen mayores esfuerzos de coordinación.

## 5. Derechos antidumping y derechos compensatorios

### a) Características

Las normas sobre *dumping* y subvenciones buscan atacar, a nivel internacional, las formas más comunes de competencia desleal. En ese sentido, son necesarias para una competencia sana entre empresas de diversos países, siendo aceptadas y usadas en versiones similares por varios miembros del GATT, entre ellos México, Canadá y los Estados Unidos. La adopción de códigos internacionales y leyes nacionales en estas materias ha buscado frenar la generalización del *dumping* y de las subvenciones en el comercio.<sup>21</sup> El *dumping* consisten en la expor-

<sup>20</sup> Patterson, Eliza, "International Efforts to Minimize the Adverse Trade Effects of National Sanitary and Fitosanitary Regulations", *Journal of World Trade*, vol. 24, núm. 2, april 1990, pp. 94-95.

<sup>21</sup> Los mecanismos *antidumping* y antisubsidios erigen barreras al comercio permitidas por el GATT, que los reglamenta en el Código *Antidumping* (Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT) y en el Código sobre Subvenciones y Derechos Compensatorios (Acuerdo relativo a la interpretación y aplicación de los artículos VI, XVI y XXII del GATT). México, además de haber suscrito el primer

tación de bienes a un precio inferior a su precio interno o al costo de producción, con la consecuente afectación a la producción de mercancías similares en el mercado extranjero. Es una distorsión inducida por las empresas en el funcionamiento del mercado. Las subvenciones gubernamentales son otra manera de competencia desleal, pues llevan al abaratamiento artificial de los precios de un producto y también implican un daño a la industria doméstica que compite en desventaja: son una distorsión inducida por los gobiernos en el funcionamiento de los mercados.

El mecanismo tradicional con el que se enfrenta tanto el *dumping* como las subvenciones en diversos países, es muy similar y consiste en el establecimiento de derechos a la entrada de estos productos. El derecho se fija de acuerdo a la cantidad necesaria para contrarrestar la ventaja indebida que tiene el producto extranjero. Es decir, se aplica un derecho *antidumping* que iguale el precio de la mercancía al precio en que se vende en el mercado del exportador, o un derecho compensatorio que reste la subvención otorgada al producto.

#### b) Proliferación de derechos compensatorios y derechos antidumping

Un ejemplo de la creciente importancia de estos nuevos métodos se puede observar en el aumento exponencial de la imposición de derechos compensatorios por los Estados Unidos: de 1897 a 1930 se aplicaron 12 veces; de 1930 a 1939, 34 veces.<sup>22</sup> En las últimas décadas la conducta de Estados Unidos ilustra el crecimiento acelerado de los derechos compensatorios y los derechos *antidumping*: de 1970 a 1974 sólo impuso 11 veces derechos compensatorios a países extranjeros, en tanto que de 1975 a 1979 fueron 104, y de 1980 a 1985, 171.<sup>23</sup> México no escapa a

código y haberse comprometido a suscribir el segundo, regula el *dumping* y los subsidios en la Ley de Comercio Exterior y en el Reglamento contra Prácticas Desleales de Comercio Internacional. Estados Unidos regula los derechos compensatorios desde 1897; sin embargo, su legislación sobre *dumping* y subvenciones es ahora el *Trade Agreement Act* de 1979. Tanto México como Estados Unidos siguen la mayor parte de los lineamientos establecidos en los códigos del GATT.

Puede surgir legislación sobre *dumping* en otras leyes, e.g. propiedad industrial.

<sup>22</sup> Hufbauer, G. C. y Shelton Erb, J., *Subsidies in International Trade*, Washington, Institute for International Economics, 1984, p. 15.

<sup>23</sup> Button, K. R., "The United States-Canada Free Trade Agreement: An Overview and an Assesment for the U.S. Non-ferrous Metals and Forest Products Industries", en *Law and Policy in International Business*, Georgetown, vol. 20, núm. 4, 1989, p. 770 n21.

esta tendencia: para junio de 1988 había 25 procedimientos vigentes seguidos en nuestro país contra productos extranjeros en materia de *dumping*.<sup>24</sup>

#### V. IMPORTANCIA RELATIVA Y RELACIONES ENTRE LOS DIVERSOS TIPOS DE RESTRICCIONES NO ARANCELARIAS

Esta sección busca establecer las relaciones que se dan entre diversas barreras arancelarias y determinar cuál es la importancia relativa de cada una. A través de ella se busca determinar si la idea del Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos de que los páneles se concentren sobre los mecanismos *antidumping* y antisubvenciones refleja una estrategia correcta para México o si nos convendría enfocar la atención de las negociaciones en otras barreras no arancelarias. De acuerdo a Gary Horlick los mexicanos debemos pensar en el tipo de decisiones en las que México debe querer tener voz para decidir en qué área nos conviene negociar páneles. Para ello es necesario pensar en todas las decisiones unilaterales que nos afectan a nosotros. Él sugirió, por ejemplo, el horario de aduanas o las reglas de origen. Señaló que Israel al negociar su Acuerdo de Libre Comercio con Estados Unidos creó páneles en materia de reglas de origen que podrían servir como ejemplo para México.<sup>25</sup>

##### 1. Las dos barreras no arancelarias más importantes

El área de derechos compensatorios y *antidumping* es, en los años ochenta, el sustento ideológico de las restricciones de importaciones y una de las que mayores susceptibilidades despiertan en las relaciones comerciales internacionales. Cuantitativamente, es una de las dos más importantes en términos de la magnitud de las barreras comerciales que erige y tiene una estrecha relación causal con la negociación de los acuerdos de restricción voluntaria de exportaciones (en adelante ARVE's), que es la otra barrera de tal magnitud. Como lo señalan Finger y Murray respecto a Estados Unidos:

Las leyes de competencia desleal constituyen la medida conforme a la cual las importaciones son evaluadas en los ochentas y el funda-

<sup>24</sup> Witker, Jorge, *Curso de derecho económico*, México, UNAM, 1989, p. 300.

<sup>25</sup> Gary N. Horlick, Preguntas y respuestas sobre su ponencia (apuntes tomados en El Colegio de México, el 26 de febrero de 1991).

mento racional en base al cual se justifica al mayor parte de las restricciones a las importaciones. Sin embargo, las investigaciones de *dumping* y subvenciones no constituyen la forma a través de la cual las restricciones a las importaciones se implementan siempre. Antes bien, la mitad de las investigaciones que se han emprendido en los ochentas han llevado a la restricción negociada de exportaciones más que a la imposición de derechos *antidumping* o compensatorios.<sup>26</sup>

## 2. *Relación causal entre derechos antidumping o compensatorios y ARVE's*

De acuerdo a Finger y Murray los ARVE's son tan importantes como los mecanismos administrativos contra la competencia desleal y se desprenden en muchos casos de la presentación de denuncias de la industria local que activan estos mecanismos.

La relación causal entre las investigaciones *antidumping* y antisubvenciones y los ARVE's queda expuesta cuando se observa que "[c]asi la mitad (348 de 744) de los casos (durante el periodo 1980-1988) fueron suspendidos por acuerdos que llevaron a ARVE's".<sup>27</sup>

Esta relación no es accidental, antes bien parecería que en algunos casos existe una actitud consciente de utilizar los argumentos de competencia desleal para llevar a los exportadores extranjeros a la mesa de negociaciones. Finger y Murray ponen el ejemplo de la industria norteamericana del acero que inició investigaciones contra casi todos los exportadores de acero con el objeto de presionar al gobierno a negociar.

## 3. *Mayor importancia de los derechos antidumping o compensatorios para los países menos poderosos*

Si bien, por regla general, parecería que un país como México tiene tantas posibilidades de ser afectado por la imposición de derechos *antidumping* o compensatorios como por la de un ARVE, esto no tiene lugar en la práctica, ya que en general los derechos compensatorios y *antidumping* se reservan para los países menos poderosos y los ARVE's para los países de mayor peso, como lo señalan Murray y Finger:

La fuerza política del país exportador tiene influencia en la forma de restricción de importaciones que el gobierno utilizará. Un país

<sup>26</sup> Finger, J. Michael y Tracy Murray, "Policing Unifair Imports: the United States Example", *Journal of World Trade*, Geneve, vol. 24, núm. 4, august, 1990.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 45.

poderoso recibirá la cortesía de un arreglo negociado [ARVE], un país menos poderoso recibirá, a su tiempo, una resolución dictada a través de los canales administrativos normales.<sup>28</sup>

Estos hallazgos están corroborados por otras fuentes. De acuerdo al Banco Mundial en los últimos tiempos se observó una tendencia a que las exportaciones de los países en desarrollo fueran crecientemente más afectadas por derechos compensatorios: de 1975 a 1979 las exportaciones de estos países pasaron de representar un tercio a casi dos tercios del total de importaciones afectadas en Estados Unidos.<sup>29</sup> Estos mecanismos parecen constituir un freno al comercio que afecta particularmente a los países en desarrollo. La razón de esto reside en que las investigaciones sobre derechos *antidumping* o compensatorios constituyen barreras "porosas" que pueden ser superadas por las empresas a través de costosos litigios.<sup>30</sup> Dado que el costo de un juicio no puede ser soportado por las empresas menores, existe un sesgo en estos mecanismos que favorece a las empresas mayores de los países desarrollados.<sup>31</sup>

#### 4. *La selectividad de los mecanismos de defensa contra prácticas desleales*

Una razón de la proliferación de las denuncias de *dumping* o subvenciones en Estados Unidos es que para los productores locales resulta preferible acudir a las investigaciones contra prácticas desleales que a las salvaguardias. Como Finger y Murray señalan:

Para los denunciantes, los casos de competencia desleal tienen varias ventajas procedimentales [frente a las salvaguardias]; pueden estar dirigidos a importaciones originadas en un país en particular y el presidente no tiene la autoridad de hacer a un lado una resolución en sentido afirmativo.<sup>32</sup>

Desde luego, esa ventaja sólo entra en juego si los mecanismos contra la competencia desleal pueden ser manipulados con fines proteccionistas.

<sup>28</sup> *Idem*, p. 48.

<sup>29</sup> Banco Mundial, *op. cit.*, p. 186.

<sup>30</sup> *Idem*, pp. 186-187.

<sup>31</sup> Los costos varían en diversos países. En México un litigio de esta naturaleza es menos oneroso que en Estados Unidos.

<sup>32</sup> Finger y Murray, *op. cit.*, *supra* nota 26, p. 49.

### 5. *La importancia menor de las otras barreras*

La salvaguardia o cláusula de escape destaca por su relativa poca importancia dentro de las barreras no arancelarias. En Estados Unidos, por ejemplo, durante el periodo que va de 1980 a 1988 se han implementado 4 salvaguardias por año en promedio. Las normas técnicas (o fitosanitarias) si bien tienen un impacto similar al de los mecanismos *antidumping* se encuentran menos sistematizadas y menos sujetas a disciplina internacional. Su aparente falta de importancia puede deberse más bien a la limitada literatura que sobre ellas existe. Por otra parte, el hecho de que estén bajo control de actores no gubernamentales y que se presuma frecuentemente el derecho soberano de los estados a conservar el control sobre ellas,<sup>33</sup> las convierte en barreras no arancelarias poco idóneas para ser atacadas por mecanismos con las características de los paneles. Finalmente los acuerdos de mercado ordenado tienen las dificultades que ya hemos referido y que consisten básicamente en que entran en conflicto con el GATT y generan dificultades internacionales a los países que los implementan. Por lo anterior su utilización no es tan difundida como la de otras barreras.

### 6. *Implicaciones para México*

¿Cuáles son las conclusiones de esta sección en relación con los problemas mexicanos? La primera es que si se trata de escoger alguna de las barreras arancelarias que se erigen frente a nuestro comercio, resulta estratégicamente correcto atacar prioritariamente el área de los derechos *antidumping* y antisubvenciones. Estos constituyen uno de los dos tipos de barreras no arancelarias más importantes y a través de ellos se llega, normalmente, a la otra (que son los ARVE's). Por otra parte, como país menos poderoso, es el área que tiene mayor relevancia para nosotros, ya que nos afecta en mayor proporción y, por sus costos, resulta más difícil de superar para nuestras empresas.

## VI. EL PROTECCIONISMO EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

Hasta este punto hemos hablado del crecimiento de las barreras no arancelarias y descrito el funcionamiento y relaciones que se estable-

<sup>33</sup> Estos elementos han sido tomados de Patterson, *op. cit.*, *supra* nota 20, pp. 90-102.

cen entre las principales de éstas. El objetivo de lo anterior fue establecer las consideraciones económicas que motivan la creación de los pánales y que determinan que se escoja —entre otras— el área de los derechos *antidumping* y compensatorios.

En este apartado nos acercaremos directamente al problema del neoproteccionismo, en especial en la estratégica área de los derechos *antidumping* y compensatorios. La simple descripción de las características y magnitud de las nuevas barreras no arancelarias no explica la razón por la que algunas barreras, en especial los derechos *antidumping* o compensatorios, funcionan alejados de la racionalidad que les asignaron sus creadores. Para explicar el neoproteccionismo es necesario describir las condiciones necesarias y suficientes para que éste se presente.

La determinación de estas condiciones resulta muy importante para el desarrollo de este ensayo ya que entender la mecánica de la enfermedad (el proteccionismo) ayuda a entender el tratamiento (los pánales).

Debe señalarse que gran parte de lo referido sobre el proteccionismo ha sido tomado de estudios sobre Estados Unidos. Si bien algunos de los aspectos pueden ser apropiados para describir la situación mexicana o canadiense, se aplican principalmente a Estados Unidos. Nos avocamos a desarrollar el proteccionismo en Estados Unidos pensando hacer referencia al problema más grave del comercio mexicano en el mercado extranjero más importante.

El proteccionismo es un problema especialmente acuciante para países como el nuestro debido a la estructura de su mercado y de su industria. En general la industria de los países en desarrollo que adoptan un modelo dirigido a las exportaciones es particularmente susceptible de ser afectada por la imposición de derechos *antidumping* o derechos compensatorios. La razón de esto estriba en que el modelo dirigido a las exportaciones requiere la producción de grandes volúmenes de mercancías para poder alcanzar precios competitivos en el mercado global. A diferencia de la industria de los países desarrollados, la de los países en desarrollo generalmente no cuenta con un mercado interno lo suficientemente grande para absorber estos volúmenes de producción. De esta manera, cuando las barreras no arancelarias le son impuestas afectan a la mayor parte de sus ventas. Por esa razón es más útil para nosotros que para otros países evitar el proteccionismo de estos instrumentos.



### 1. *El origen complejo del neoproteccionismo*

En esta sección haremos referencia a algunas de las causas generales que motivan el surgimiento del proteccionismo en tiempos recientes.

### 2. *El crecimiento de los flujos comerciales y el surgimiento de grupos de presión*

La principal causa del surgimiento del neoproteccionismo a nivel mundial debe encontrarse en el crecimiento de los flujos comerciales en el marco del GATT a que ya hemos hecho referencia. Una consecuencia lógica del crecimiento de los flujos comerciales es el reajuste que experimentan las industrias de diversos países en razón de sus ventajas comparativas y competitivas.<sup>34</sup> Dentro de un ambiente de fuerte competencia en los mercados internacionales algunas industrias locales tienden a desaparecer y otras a crecer.

Este proceso no siempre es experimentado fácilmente por una sociedad determinada. Aun cuando estas políticas benefician directamente a los consumidores al ofrecerles mejor calidad y menores precios, estos beneficios tienden a reflejarse de manera deficiente en la realidad política debido al hecho de que los consumidores rara vez constituyen grupos organizados. Por el contrario los empresarios y obreros de las industrias afectadas que de pronto se encuentran al borde de la quiebra y en desempleo como consecuencia de la desaparición de su industria sí constituyen grupos organizados. Los sindicatos de trabajadores y las organizaciones de empresarios normalmente presionan a sus gobiernos para que estos los protejan de la competencia extranjera. En países como Estados Unidos esa presión se da fundamentalmente a través del cabildeo en el Congreso. En otros países, como México, las organizaciones de trabajadores y empresarios negocian directamente con el gobierno.

A lo anterior se añade el hecho de que la presión proteccionista a la que están sujetos los gobiernos provienen —en los países desarrolla-

<sup>34</sup> Una ventaja comparativa es la que surge del hecho de que un país tenga una mejor dotación natural de ciertos recursos. Por ejemplo, para un país que tiene abundante mano de obra barata, ésta es su ventaja comparativa; igualmente para un país que geográficamente se encuentra cerca de un gran mercado de consumo ésta representa una ventaja comparativa. Por otra parte, las ventajas competitivas son ventajas creadas por los propios países. Por ejemplo el hecho de que un país cuente con una infraestructura de transporte muy eficiente, o que cuente con mano de obra muy bien calificada.

dos— principalmente de las ramas menos dinámicas de la economía; esto es, justamente de las que compiten con las exportaciones de los países en desarrollo.

El impacto de influencias políticas externas en la determinación de derechos compensatorios o *antidumping* no es en absoluto infrecuente. En el pasado, los grupos de interés en las industrias norteamericanas afectadas por las importaciones han tenido la capacidad de obtener el apoyo político necesario para conseguir la protección. En relación a esto Debra Steger señala:

El problema enfrentado en el pasado por las industrias canadienses bajo el sistema norteamericano de defensa contra prácticas desleales ha resultado de las incertidumbres causadas por los pocos casos en que la influencia política parece haber sido empleada para influir las determinaciones de las entidades investigadoras.<sup>35</sup>

Hay varios ejemplos de casos donde se ha advertido influencia política en la investigación de prácticas desleales en Estados Unidos.<sup>36</sup> Steger señala que la determinación preliminar en el caso "Softwood Lumber from Canada",<sup>37</sup> parece haber sido influenciada en cierta medida por consideraciones políticas. Además como resultado de una determinación final negativa por el DOC en el caso Certain Softwood Products from Canada,<sup>38</sup> iniciativas de ley fueron introducidas en el Congreso para enmendar la definición de subsidio compensable de tal manera que esta incluyera expresamente ciertas prácticas en materia de precios de recursos naturales.<sup>39</sup>

Pero el proteccionismo de las leyes *antidumping* no aparece sólo en su mala aplicación, sino también en la posibilidad de que se reformen en el futuro para dar cabida a demandas intrínsecamente proteccionistas surgidas en el Congreso norteamericano. Al respecto los investigadores han observado que el proteccionismo es en gran medida el

<sup>35</sup> Steger, Debra P., "The Dispute Settlement Mechanism of the Canada-U.S. Free Trade Agreement: Comparison with the Existing System", *Understanding the Free Trade Agreement*, Ottawa, Institute for Research in Public Policy, 1988, pp. 56-57.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> (1986), 51 Fed. Reg. 37453, *op. cit.*, *supra* nota 35, p. 69 n13.

<sup>38</sup> (1983), 48 Fed. Reg. 24159, referida en Steger, *op. cit.*, *supra* nota 35, p. 69 n13.

<sup>39</sup> Iniciativa del congresista Bonker, HR 1648, e iniciativa del congresista Gibbon, HR 2451, introducidas en la 1a. sesión del 100o. Congreso, referida en Steger, *op. cit.*, *supra* nota 35, p. 69 n13.

resultado de una serie de leyes comerciales que otorgan a organismos norteamericanos una mayor discrecionalidad para decidir en materias de política comercial. Las demandas proteccionistas han venido presionando al Congreso cada vez más<sup>40</sup> y han tenido como resultado la promulgación de un conjunto de leyes cuyo contenido es crecientemente más restrictivo para el comercio extranjero. Un caso norteamericano, el de la Ley Omnibus de Comercio y Competitividad de 1988, se ha convertido en paradigmático cuando se habla de las tendencias proteccionistas en el derecho norteamericano.<sup>41</sup> Es probable que estas tendencias aumenten en el futuro.

### 3. *Difusión de normas comerciales más vagas y procedimientos más complejos*

Otra de las razones que han hecho posible el crecimiento de las barreras no arancelarias consiste en el establecimiento de normas comerciales de carácter más vago que dejar mayor amplitud discrecional a los gobiernos encargados de aplicarlas. Estas normas se presentan en dos niveles, el de los tratados internacionales y el de la legislación interna en materia de comercio internacional. Sin la vaguedad y amplitud de las normas comerciales internacionales los gobiernos encontrarían difícil si no imposible el utilizarlas de una manera diferente a la planeada por sus creadores. Una muestra del problema de vaguedad se encuentra en la amplitud de las definiciones de subvención y *dumping* que se encuentran en los códigos de conducta del GATT y que generalmente se transfiere a las legislaciones nacionales.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> En Estados Unidos "ha habido cada vez más intentos del Congreso para enmendar las leyes para remediar algunos de los casos que los intereses norteamericanos han perdido". Steger, *op. cit.*, *supra* nota 35, pp. 56-57.

<sup>41</sup> Al evaluarla James F. Smith señaló que: "Las modificaciones parecen ser proteccionistas, esto es, al aumentar los factores que la ITC [Comisión de Comercio Internacional] puede considerar legítimamente al decidir sobre un caso de daño material, aumenta la posibilidad de que la determinación sea afirmativa y se impongan derechos, lo cual no era intención del GATT". "La ley de prácticas desleales estadounidenses y el acuerdo de libre comercio entre Canadá y Estados Unidos y la ley omnibus de comercio y competitividad", en García Moreno, Víctor Carlos (Coord.), *Duodécimo seminario nacional de derecho internacional privado*, México, UNAM, 1988, p. 290.

<sup>42</sup> Malcolm Rowat dice que al implementar los códigos del GATT los países han incrementado la vaguedad y amplitud de sus contenidos para poder aplicarlos a su gusto. Además señala que "incluso cuando la legislación implementadora nacional es considerada consistente con el GATT de cualquier forma involucra un sesgo proteccionista debido a que el código [...] del GATT en sí mismo contiene suficientes ambigüedades". Rowat, M., *op. cit.*, *supra* nota 13, p. 6.

Esta vaguedad de las normas resulta particularmente ilustrativa cuando, al comparar diversos mecanismos de control de importaciones se advierte que sus diferencias son menos reales que aparentes. Para Finger, Hall y Nelson las definiciones de *dumping* y subvención son tan amplias que finalmente el aspecto relevante de las investigaciones *antidumping* o antisubvención es la determinación del daño (igual que en las salvaguardias). De acuerdo a esos autores las diferencias entre las salvaguardias y los procedimientos *antidumping* y antisubvenciones no son económicas (ya que ambos responden al daño producido a productores locales por importaciones extranjeras), sino legales (una responde al daño resultante de las exportaciones extranjeras y la otra a la justicia en las relaciones de comercio, además, una discrimina y la otra no) y funcionales (unos casos son más grandes y despiertan más la atención pública, mientras que los mecanismos *antidumping* y anti-subvenciones son la cláusula de escape de los pobres).<sup>43</sup>

En este sentido los autores señalan:

Se encontró que en casi todos los casos de competencia desleal que llegaban a una resolución formal, el gobierno de Estados Unidos determina que los extranjeros son desleales —esto es, que la mercancía extranjera ha sido vendida con *dumping* o subsidiada. Cuando el gobierno de Estados Unidos rechaza una petición solicitando una restricción de importaciones casi siempre es debido a que la prueba del daño es negativa —es decir, el gobierno determina que las importaciones denunciadas no causan un daño grave a los productores domésticos. Lo anterior sugiere que las definiciones de subsidio y *dumping* son tan amplias que la racionalidad económica de los mecanismos para combatir el comercio desleal es en realidad la misma racionalidad económica de la cláusula de escape (salvaguardias).<sup>44</sup>

Además, los complejos procedimientos seguidos para la aplicación de estas leyes dejan espacios abiertos a la discreción de las autoridades y a la negociación de las partes.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Finger y Murray, *op. cit.*, *supra* nota 26, p. 49.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 39.

<sup>45</sup> Sales, *op. cit.*, *supra* nota 14, p. 175. El autor sugiere que una solución a la problemática que presentan estos mecanismos es la utilización de cabildeo; es decir, sugiere contrarrestar una presión (local) con otra presión (extranjera). Sin embargo, esa vía no reconoce que las leyes norteamericanas pueden ser útiles si son bien aplicadas, sobre todo porque al tener nosotros ese mismo tipo de barreras, nos interesa que funcionen para lo que fueron diseñadas y no que se apliquen en función de las presiones.

En sí, estos hechos: vaguedad de las leyes y complejidad de los mecanismos administrativos que las aplican, son sólo problemas técnicos del derecho comercial internacional y no tendrían por qué generar un mayor proteccionismo. Sin embargo, al combinarse con los efectos sociales negativos de la competitividad internacional (desempleo y quiebras en las áreas poco competitivas) y con el surgimiento de nuevos grupos sociales, políticamente significativos y que demandan protección del gobierno, se generan resultados proteccionistas. Lo anterior, siempre y cuando las condiciones necesarias para una alianza entre el gobierno y los sectores afectados están presentes, es decir, que el gobierno necesite apoyo político de sus ciudadanos y que existan grupos organizados que pueden otorgarlo a cambio de protección.

#### 4. *Aplicación discrecional de normas vagas en procedimientos complejos*

La vaguedad de las leyes y acuerdos internacionales, la complejidad de los mecanismos administrativos que utilizan para implementarlos y la existencia de grupos de presión da pie a la aplicación discrecional de las normas por la administración pública, generando un mecanismo de "protección contingente", que se utiliza para ayudar a las industrias locales cuando las importaciones extranjeras ponen en peligro su posición competitiva. Los datos empíricos parecen generar resultados que apoyan esta hipótesis. Esto puede verse más claramente en el caso de exportaciones mexicanas a Estados Unidos. Para Sales resulta significativo que exista una relación entre aumentos de más del 50 por ciento en las exportaciones de un producto en el año anterior y la iniciación de investigaciones con el objeto de imponerles derechos *antidumping* o compensatorios; la misma relación aparece en el caso de normas técnicas aplicadas a las exportaciones más dinámicas de frutas y legumbres mexicanas hacia Estados Unidos.<sup>46</sup> Lo anterior parece confirmar el uso de estos mecanismos para otorgar protección contingente a los productores locales.

#### 5. *Utilización de las barreras no arancelarias como instrumentos de política exterior*

Existe una tentación constante entre los gobiernos de los países poderosos de utilizar las barreras no arancelarias como instrumentos de

<sup>46</sup> *Idem*, pp. 84 y 114-116.

su política exterior. Nuevamente la discrecionalidad de los mecanismos administrativos que aplican las normas de comercio internacional permite a países como Estados Unidos utilizar la política comercial como instrumento de negociación para obtener concesiones de otros países a través de la "administración" de las barreras al comercio.

La relación México-Estados Unidos ha estado marcada por temores en este sentido. La tradicional independencia de la política exterior mexicana respecto a la estadounidense ha dado pie a continuas presiones comerciales de Estados Unidos hacia México. El embargo del atún mexicano es sólo uno de los varios episodios en ese problema. En vista de que antes de la apertura la dependencia comercial de México frente a su vecino del norte era menor, todo indica que si el país quiere garantizar la independencia de su política exterior deberá contar con mecanismos como los páneces, que le permitan evitar el proteccionismo estratégico de Estados Unidos.

## VII. NEOPROTECCIONISMO Y PÁNELES

El orden del neoproteccionismo debe buscarse en la interacción de varios factores: el crecimiento de los flujos comerciales, las quiebras empresariales, el surgimiento de grupos de presión, la vaguedad de las normas del comercio internacional y la complejidad de los procedimientos administrativos que las implementan, la discrecionalidad de los gobiernos en la aplicación de las normas y el hecho de que puede utilizar esta discrecionalidad para responder a presiones políticas internas o para generar presiones políticas externas. Debe subrayarse que en muchos casos ninguno de estos elementos constituye por sí mismo una causa suficiente para generar una manifestación neoproteccionista, antes bien, es la interacción de varios la que, dependiendo de la circunstancia, puede producirla. Por lo mismo cualquier medida que neutraliza algunas de las causas podría, en principio, evitar el proteccionismo.

Algunas características de los páneces fueron diseñadas para atacar estas causas. El hecho de que constituyan instancias supranacionales ajenas a las necesidades políticas de las partes, que sus decisiones tengan carácter obligatorio, que sus miembros necesiten reunir bastantes características de suficiencia jurídica (es decir, que no sea fácil nombrar políticos), etcétera.

### VIII. DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA INCORPORADO EN EL CAPÍTULO 19 DEL ALC CANADÁ-ESTADOS UNIDOS

#### 1. Los diversos "sistemas" del capítulo 19

Dentro del capítulo 19 existen tres estipulaciones diferentes que afectan los casos de prácticas desleales en el comercio internacional. La primera consiste en una prohibición de realizar enmiendas a los estatutos legales que regulan las prácticas desleales sin efectuar previamente notificaciones y consultas con la otra parte. La segunda consiste en un grupo de trabajo establecido por el tratado que busca desarrollar un sistema sustituto de reglas para enfrentar las prácticas depredadoras. En tercer lugar se encuentran las estipulaciones que crean y rigen un sistema de paneles binacionales *ad-hoc* para la revisión de las resoluciones definitivas generadas por los organismos administrativos de ambos países.

#### 2. Temporalidad del sistema de paneles

El sistema de paneles tiene un carácter transitorio. De acuerdo a las reglas tiene una vigencia de 5 años prorrogable en una sola ocasión por dos años más. El sistema vigente entre Canadá y Estados Unidos ya ha durado tres años, lo cual presenta la incertidumbre de cuál sería la situación para México de firmar su tratado a fines de 1992 fecha en la cual el sistema vigente tendría de 1 a 3 años más de duración. La idea es que al terminar su vigencia el sistema de paneles sea sustituido por un nuevo sistema basado en las reglas menos restrictivas desarrolladas por el grupo de trabajo. Si las partes no han implementado las reglas desarrolladas por el grupo de trabajo el ALC establece la posibilidad de que cualquiera de las partes dé por terminado el ALC con el único requisito de una notificación seis meses antes.

#### 3. Jurisdicción de los paneles

Los paneles pueden resolver las disputas que surjan con motivo de las resoluciones definitivas de derechos *antidumping* o compensatorios.<sup>47</sup> Estas resoluciones deben haber sido emitidas por la autoridad competente a cargo de las investigaciones de prácticas desleales en cada

<sup>47</sup> Artículo 1904, *The Canada-U.S. Free Trade Agreement*.

país. Normalmente esas disputas caen bajo la jurisdicción de los tribunales federales, sin embargo, los paneles remplazan la revisión judicial en la materia.

Las resoluciones definitivas (*final determinations* en inglés) atacables a través de la revisión ante los paneles se encuentran especificadas en el cuerpo del Acuerdo. Respecto a México aquí va a plantearse una cuestión controvertida dado que será necesario ver cuál es la resolución administrativa que debe considerarse definitiva para efectos de los paneles. Si es la que recibe el nombre de "resolución definitiva que impone cuotas compensatorias" y corresponde a las *final determinations* de la legislación estadounidense o canadiense o la que resuelve el recurso administrativo de revocación y que, si bien no tiene un equivalente en las legislaciones mencionadas, es la única que tiene jurídicamente el carácter de definitiva. Todo hace suponer que canadienses y estadounidenses se resistirán a admitir la segunda para efectos del tratado trilateral, los paneles no pueden revisar resoluciones que no sean definitivas de acuerdo al tratado.

La jurisdicción de los paneles les permite determinar si las resoluciones definitivas se ajustan a lo establecido en las normas de derechos *antidumping* y compensatorios (*antidumping or countervailing duty law*) aplicables en el país en que la resolución fue dictada. El acuerdo define "normas de derechos *antidumping* y compensatorios" de una manera amplia incluyendo en tal definición a todas las leyes, precedentes judiciales, exposiciones de motivos del legislador y prácticas administrativas. Los paneles están obligados a considerarlas en la misma medida en que un tribunal nacional lo haría.

Por lo demás las resoluciones no son afectadas por el capítulo 19 en los casos en que ninguna de las partes solicite la revisión por los paneles, o cuando la resolución definitiva aplique una resolución judicial que revisara una resolución administrativa, o cuando se trate de una resolución definitiva que surja directamente de una revisión judicial iniciada antes de la entrada en vigor del Acuerdo. Las resoluciones de los paneles no estarán sujetas a apelaciones ante los tribunales nacionales.<sup>48</sup>

#### 4. El "standar" de revisión judicial

Una obligación de los paneles es aplicar el "standar" nacional de revisión judicial. La traducción literal de este concepto es difícil, se

<sup>48</sup> Esta afirmación debe leerse con reservas.



refiere al nivel de escrutinio al que los paneles deben someter las resoluciones locales y está directamente vinculado con la idea de los casos en que un tribunal local está autorizado a revocar la decisión administrativa que impone derechos *antidumping* o compensatorios. El "standar" incluido en el ALC no corresponde al utilizado por los tribunales de última instancia sino el comúnmente utilizado por los tribunales judiciales de primera instancia en materia administrativa.

Para el caso mexicano el "standar" de revisión judicial se encuentra establecido en el Código Fiscal de la Federación en el artículo 238 donde se estipulan las causales de nulidad de las resoluciones administrativas. La palabra "standar" tiene una connotación difícilmente traducible del original y que se refiere a la profundidad a la que un organismo judicial puede llegar en su revisión de los actos administrativos. Por esta razón se habla de "estándares" más o menos rigurosos. Por ejemplo, el "standar" estadounidense es menos riguroso que el canadiense, razón por la cual es más fácil que un tribunal norteamericano revoque una decisión administrativa a que el canadiense lo pueda hacer.

### 5. *Solicitud de revisión*

Las partes en el acuerdo tienen la capacidad de presentar solicitudes para la creación de paneles. Sin embargo cualquier persona legalmente capacitada para acudir a la revisión judicial en la legislación interna también puede solicitar la creación de paneles. En México de acuerdo a lo anterior los importadores de mercancías afectados por resoluciones negativas tendrían, además del gobierno mexicano, la capacidad para solicitar el establecimiento de paneles. Existe un procedimiento diseñado para que el panel pueda comenzar a establecerse aun antes de que se haya dictado la resolución definitiva y para que los plazos para pedir la revisión a cargo de un panel no se entrecrucen con los plazos para pedir la revisión judicial.

### 6. *Los panelistas*

Cada una de las partes incluyó una lista de 25 individuos que podían actuar como panelistas. Dichos individuos deben reunir una serie de requisitos como ser ciudadanos de uno de los países partes, tener buen carácter, alta reputación y haber sido escogidos en base a su objetividad, confiabilidad, buen juicio y familiaridad con el derecho comer-

cial internacional. Además se requirió que la mayor parte de los panelistas fueran abogados facultados para ejercer la profesión. La lista de panelistas no obliga a las partes a escoger a los panelistas de entre los individuos incluidos en ella, siempre y cuando los individuos ajenos reúnan los requisitos exigidos a los panelistas.

Cada pánel se encuentra integrado por cinco miembros. Para escogerlos cada una de las partes procede a seleccionar a dos y el quinto panelista es escogido por acuerdo entre las partes. Existen plazos estrictos de tiempo dentro de los cuales las partes puedan llegar a un acuerdo respecto a la integración del panel, si no llegan a un acuerdo respecto al quinto panelista se escoge al azar. En privado las partes pueden vetar cuatro veces a un panelista escogido por la otra parte. Un panelista abogado debe ser elegido para presidir cada panel.

Las decisiones dentro de los páneles se toman por una mayoría de votos, el quórum necesario para las votaciones es del 100% de los miembros. Las decisiones de los páneles deben ser por escrito y estar razonadas. Se admiten opiniones disidentes entre los panelistas.

El Acuerdo establece también un Código de Conducta que debe ser observado por los panelistas ya que de lo contrario la parte podría retirar al panelista que lo viole y nombrar a uno nuevo.

### *7. Procedimiento ante los páneles*

Las reglas de procedimiento adoptadas por los páneles siguen las pautas de las reglas aplicadas por los tribunales judiciales de apelación. Sin embargo, tales reglas se ajustan a un calendario muy estricto que prevé 30 días para la presentación de la queja, 30 días más para la remisión del expediente administrativo por la autoridad impugnada, 60 días para que el quejoso presente su demanda, 60 días para que su contraparte presente la contestación de la demanda, 15 días para la entrega de réplicas (réplica y dúplica), de 15 a 30 días para que el pánel se reúna y tenga una audiencia oral y 90 días para que emita su resolución escrita.

Las personas facultadas para participar en los procedimientos incluyen a la autoridad impugnada, y a cualquier persona que hubiera estado facultada para participar en los procedimientos nacionales de revisión judicial en la materia.

### 8. *Laudos de los páneles*

Los páneles pueden afirmar la resolución definitiva o revocarla. La autoridad administrativa debe acatar la decisión del pánel en un tiempo tan breve como sea necesario. En ningún caso se permitirá que el acatamiento de la decisión demore más tiempo del que la autoridad tiene para emitir una resolución definitiva. En caso de que se pretenda revisar una decisión se hará ante el mismo pánel.

### 9. *Resumen de páneles de revisión*

Dentro del Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos se estableció un procedimiento de arbitraje bilateral a través de un organismo denominado "pánel" con el cual se reemplazaría la revisión judicial de resoluciones definitivas de derechos *antidumping* o compensatorios existente, cuando dicho procedimiento fuera requerido por cualquier país miembro. El pánel binacional sería establecido, a petición de cualquier país, para la revisión de resoluciones definitivas de derechos *antidumping* o compensatorios realizadas ya sea por el Departamento de Comercio de Estados Unidos (DOC), o la Comisión de Comercio Internacional de Estados Unidos (ITC), el Departamento Nacional Canadiense de Ingresos, Aduanas e Impuestos al Consumo (DNR) o el Tribunal Canadiense de Importaciones (CIT). La tarea del pánel consiste en determinar si la entidad investigadora efectuó su decisión cumpliendo los requisitos legales establecidos por la legislación interna. Para ello se estableció como requisito que el pánel aplicara las normas e interpretaciones legales de revisión judicial vigentes en el país donde la investigación administrativa tuvo lugar. La decisión del pánel es obligatoria para los países miembros y sus organismos.

### 10. *Páneles para disputas sobre cambio de leyes*

Se aplica a cambios propuestos así como a cambios realizados que el otro país cree que puedan afectar materialmente la operación del FTA. Se prohíbe la aplicación de leyes posteriores en materia DA/CVD al otro país a menos que la legislación específicamente señale que se le va a aplicar. Se requiere notificación previa por escrito (actualmente no hay derecho a notificaciones). Se requiere que si el otro país lo pide se realicen consultas (aunque no haya sido notificado), (actualmente no hay derecho a consultas, ni canales formales obligatorios). Se requiere

que los cambios sean consistentes con los Códigos del GATT y con el objeto y propósito del ALC (que al ser muy amplios dan a los páneles establecidos un gran campo de interpretación). Se requiere que haya pánel binacional (del mismo grupo de panelistas que revisan las decisiones de autoridades en AD/CVD). Éste pánel genera una opinión declaratoria sobre consistencia con *a)* los Códigos del GATT; *b)* con el objeto y propósito del GATT, y *c)* con las decisiones previas de los páneles. Se requiere consultas posteriores a la recomendación del pánel dentro de 90 días. Se permite legislación similar o terminar el ALC con notificación previa de 60 días (derecho a la represalia similar, pero sólo a la similar).<sup>49</sup>

### 11. *La enmienda de leyes en materia de derechos antidumping o compensatorios*

Si un país miembro pretende enmendar sus leyes *antidumping*, será necesario que nombre específicamente al otro país interesado en la legislación propuesta y que notifique a ese país de las enmiendas. El país interesado puede solicitar consultas con el país que propone las enmiendas legales. Cualquier cambio propuesto debe ser consistente con el GATT, los Códigos Antidumping y de Subsidios, así como con el objeto y propósito del ALC. Si las consultas de gobierno a gobierno fracasan en conseguir una solución, el país interesado puede solicitar que un pánel binacional sea nombrado para revisar y emitir una opinión declaratoria sobre los cambios propuestos, los dos gobiernos serán requeridos a entrar en consultas compulsivas por un periodo de 90 días dentro de los cuales deberán buscar una solución mutuamente satisfactoria. Si el país que propone las enmiendas no acata la opinión del pánel y, si no se alcanza una resolución mutua dentro de los siguientes 9 meses, el país afectado por las enmiendas propuestas puede promulgar legislación similar o finalizar el ALC 60 días después de que lo notifique.<sup>50</sup>

### 12. *Grupo de trabajo sobre nuevas reglas en materia de derechos compensatorios y antidumping*

Comentario sobre la existencia del grupo de trabajo

<sup>49</sup> Horlick, Gary N. y Debra A. Valentine, "Improvements in trade Remedy Law and Procedure under the Canada-United States Free Trade Agreement", *Understanding the Free Trade Agreement*, Ottawa, Institut for Research in Public Policy, 1988, p. 100.

<sup>50</sup> Steger, Debra P., *op. cit.*, *supra* nota 35, p. 52.

El ALC, por su naturaleza, es un documento evolucionario; algunas de sus reglas, por ejemplo aquellas relacionadas a leyes sobre derechos *antidumping* y compensatorios, leyes de propiedad intelectual, comercio en servicios, servicios financieros, suministro gubernamental y agricultura, estarán sujetas a posteriores negociaciones y desarrollo. El ALC contiene compromisos bilaterales específicos para continuar negociaciones y para desarrollar nuevas reglas en nuevas áreas. Ningún acuerdo internacional para regular una relación comercial de esta magnitud puede ser estático. Los cambios económicos e institucionales requieren que las reglas e instituciones sean modificadas a lo largo del tiempo para responder a las condiciones cambiantes.<sup>51</sup>

## IX. EFECTOS DEL SISTEMA DEL CAPÍTULO 19

### 1. *Introducción*

Los paneles mejoran las condiciones y características de la etapa de revisión judicial en las disputas en materia de derechos *antidumping* y compensatorios. Sin embargo, dentro de ellos han surgido algunos problemas que atañen a su creatividad y falta de apego a los precedentes locales, así como a la posibilidad de que de su actuación surjan principios legales diferentes a los que privan en el interior de los países. En general las características son favorables pero vale la pena ver más detalladamente el sistema para poder evaluarlo.

### 2. *Ventajas de los paneles*

Los principales efectos del sistema de paneles consisten en mejorar las condiciones de la revisión judicial. Aun cuando, como hemos visto, la mayor parte de los problemas no surgían en esa etapa tampoco se corregían en ella. Lo cierto es que al volverla mucho más eficiente le dieron un impacto favorable muy significativo sobre los procedimientos administrativos. Dicho con otras palabras, si bien los problemas se concentran en la etapa de las investigaciones administrativas sobre prácticas desleales, al sustituir la revisión judicial por un procedimiento internacional mucho más accesible, rápido, simple, especializado y confiable, se generó un impacto muy favorable sobre los casos de los países involucrados. La revisión a través de los paneles disminuye el

<sup>51</sup> *Idem*, p. 50.

efecto desalentador sobre el comercio que tales disputas crean mientras se ventilan lentamente a través de los tribunales o de los mecanismos de resolución de disputas del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Tarifas (GATT).

Por otra parte, el involucramiento de ciudadanos de ambos países en el proceso de resolución de disputas deberá, a su vez, promover la armonización de las leyes de comercio internacional de los dos países. Esto será benéfico en la medida en que ambos gobiernos van a estar negociando reglas comunes en el área de derechos compensatorios y *antidumping* para reemplazar a las existentes, que cada vez son vistas más como anticuadas o como barreras a un comercio económicamente deseable.<sup>52</sup>

### 3. *Mayor acceso y representación*

El sistema de paneles mejora las posibilidades de acceso de las pequeñas y medianas empresas —lo cual es de particular importancia para México— dado que les libra del peso considerable que representaba el costo de interponer las apelaciones por sí mismas.

Bajo el ALC, un particular facultado para apelar una resolución definitiva de derechos *antidumping* o compensatorios puede solicitar que su gobierno inicie una revisión por un panel binacional. Si se le requiere en ese sentido, el gobierno está obligado a solicitar la revisión.<sup>53</sup>

Bajo el sistema anterior en Estados Unidos y Canadá el pequeño y mediano empresario tenían que cargar con el peso financiero de la apelación lo cual originaba que accedieran sólo quienes podían pagar el costo de la apelación.

### 4. *Menores costos y tardanzas para exportadores*

Tanto Gary Horlick como Debra Steger coinciden en los menores costos y tardanzas generadas por los paneles respecto al procedimiento judicial. “La ventaja más impresionante es que el proceso de revisión panelística binacional operará con mayor celeridad que los actuales

<sup>52</sup> Horlick y Valentine, *op. cit.*, *supra* nota 49, pp. 103-104.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 110.

procedimientos de revisión judicial de Estados Unidos y Canadá.”<sup>54</sup> Esta ventaja se traduce en otra: “Las partes adquieren una mayor habilidad para calcular los costos y beneficios de una apelación.”<sup>55</sup> La incapacidad de determinar costos es una de las razones que desalientan el recurso a la revisión judicial y que la tardanza motivaba a los abogados a no recomendar estos recursos.

De acuerdo a Debra Steger las principales consecuencias prácticas de los paneles consisten en mejorar los costos y tiempos en la revisión judicial. Para la autora “el mecanismo de paneles bilaterales para la revisión de casos de derechos *antidumping* y compensatorios deberá reducir las tardanzas y los costos de revisar las resoluciones definitivas de las agencias en los tribunales de Estados Unidos y Canadá”.<sup>56</sup>

Los costos y la tardanza son dos elementos tradicionalmente vinculados.

El sistema actual es frecuentemente caro para los exportadores canadienses; no sólo tienen que pagar los gastos de litigar, sino que después de una determinación preliminar afirmativa, deben pagar derechos preliminares o provisionales sobre cualquiera de los productos que exporten.<sup>57</sup>

Después,

Los procedimientos del panel binacional deberán proporcionar un importante beneficio comercial a los exportadores canadienses. Ellos asegurarán que la determinación final sea revisada expeditamente, dentro de un máximo de 315 días contados a partir de la fecha de publicación de la determinación de la entidad. Dado que las peticiones de revisión y la presentación del caso deben ser realizadas por un gobierno miembro, el costo para la firma privada involucrada en una acción CVD o AD será reducido. Actualmente, los exportadores canadienses involucrados en una investigación de derechos compensatorios o *antidumping* en Estados Unidos deben soportar todos los costos de presentar su caso ante el DOC, la ITC, la Corte de Comercio Internacional y la Corte de Apelaciones para el Distrito Federal. También, dada la posibilidad de enmiendas legislativas realizadas por el Congreso, las firmas canadienses deben defender

<sup>54</sup> *Idem*, p. 108.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> Steger, *op. cit.*, *supra* nota 35, p. 50.

<sup>57</sup> *Idem*, p. 58.

su caso ante el *staff* del Congreso y los departamentos gubernamentales, tales como el Representante de Comercio norteamericano (USTR). Los procedimientos de revisión binacional del ALC harán más simple, más barato y más rápido para los exportadores canadienses el buscar la revisión de determinaciones finales AD o CVD norteamericanas.<sup>58</sup>

De acuerdo a Gary Horlick existen varios problemas en el funcionamiento de estas cortes. Uno de los más importantes se refiere al tiempo que les lleva decidir un asunto. Este problema es relevante debido a que implica un costo económico. Durante ese periodo el exportador se ve afectado por una resolución final que lo obliga seguir pagando derechos por los productos que exporte mientras esa resolución mantenga su vigencia. En principio ninguna de ambas cortes está sujeta a términos legales dentro de los cuales tenga que llegar a una decisión final. Sin embargo, la experiencia muestra que la primera apelación ante la CIT “toma cuando menos un año” y que “una tardanza de dos a tres años entre la resolución administrativa definitiva y la decisión de la CIT no es infrecuente”.<sup>59</sup> “Debido a lo anterior las partes que buscan apelar las resoluciones administrativas generalmente destinan al menos dos años para la [primera] apelación.”<sup>60</sup> Horlick cita en su apoyo los cuatro casos canadienses que fueron apelados en Estados Unidos. Uno tomó un año cuatro meses; dos casos tomaron, cada uno, dos años dos meses; uno más tomó cuatro años cinco meses.<sup>61</sup> La siguiente apelación ante la CAFD toma “un año o más”. Debido a lo anterior “los asesores legales de las empresas [no debe olvidarse que G. Horlick es un abogado de este tipo] frecuentemente señalan a sus clientes que la apelación simplemente no vale ni el dinero ni el tiempo que implica”.<sup>62</sup> En Canadá la apelación de resoluciones sobre la existencia de subsidios, dumping y del daño a la industria relacionado a éstos se realiza, generalmente<sup>63</sup> ante la Corte Federal de Apelaciones (en adelante FCA, de acuerdo a sus siglas en inglés). En raras ocasiones las apelaciones de la FCA pueden ser atendidas por la Suprema Corte de Ca-

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> Horlick y Valentine, *op. cit.*, *supra* nota 49.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> *Idem*, p. 118, n. 4.

<sup>62</sup> *Idem*, p. 108.

<sup>63</sup> Dado que algunas determinaciones especiales tienen que ser apeladas primeramente ante el Consejo de Tarifas o Tariff Board.



nadá (Supreme Court). El proceso de apelación ante la FCA puede durar de dos a cuatro años.

##### 5. *Mayor predecibilidad y uniformidad en las decisiones. Predecibilidad de la revisión*

*Un procedimiento con resultados más predecibles.* “[L]os procedimientos del panel binacional muy probablemente resultarán en determinaciones más predecibles en los casos de Estados Unidos que involucren exportadores canadienses dado que habrá cinco panelistas decidiendo un caso en vez de un solo juez. Las decisiones emitidas por cinco panelistas tienen mayor probabilidad de ser consistentes con decisiones anteriores que las decisiones emitidas por una sola persona.”<sup>64</sup> Las decisiones actuales de la Corte de Comercio Internacional de Estados Unidos no han tenido esa predecibilidad y continuidad, prueba de ello son las “decisiones (muchas veces confusas) incompatibles sobre el importante asunto de la “especificidad” para determinar si un subsidio es o no compensable bajo la ley norteamericana”.<sup>65</sup>

##### 6. *Efecto moderador sobre los procedimientos administrativos*

“El poder de los paneles binacionales para tomar decisiones obligatorias deberá tener un efecto moderador sobre los gobiernos miembros y sus entidades investigadoras.”<sup>66</sup> “Hoy día no se la creen que la revisión judicial les haga algo.” La autora señala que hoy día existe la percepción de que en Canadá las decisiones de las entidades investigadoras no será revocadas. Por su parte, en Estados Unidos la ITC y el DOC piensan que sus decisiones no serán revocadas por la Corte de

<sup>64</sup> Steger, *op. cit.*, *supra* nota 35, p. 58.

<sup>65</sup> Por ejemplo, en el caso *Carlisle Tire & Rubber Co. vs. United States* (1983), 564 F. Supp. 834 el juez determinó que los subsidios generalmente disponibles no son compensables. Por el contrario, en el caso *Bethlehem Steel Corp. vs. United States* (1984), 590 F. Supp. 1237 el juez estableció que los subsidios generalmente disponibles, excepto las medidas fiscales, sí son compensables. De manera similar a lo anterior, en los casos *PPG Industries Inc. vs. U.S.* (1987), 661 F. Supp. 258, *Al Tech Specially Steel Co. vs. U.S.* (1987), 661 F. Supp. 1206; *Can-Am vs. U.S.* (1987), 664 F. Supp. 1444 se sostuvo la prueba de especificidad y se declaró que subsidios generalmente disponibles no son compensables. Por el contrario, en el caso *Cabot Corp. vs. United States* (1985), 620 F. Supp. 722 se rechazó la prueba de especificidad.

<sup>66</sup> Steger, *op. cit.*, *supra* nota 35, p. 59.

Apelaciones de Distrito Federal, aun cuando la CIT pueda remitir asuntos específicos a la entidad interesada varias veces.

La actuación de los paneles ha probado su efectividad en ese sentido. De acuerdo a Debra Steger el caso de las Frambuesas Rojas (Red Raspberries) probó que los paneles tienen el poder de corregir las decisiones de las dependencias gubernamentales. Ha habido 2 ó 3 reportes de paneles que revocan las decisiones de éstas. Señaló que los casos iniciales están teniendo un impacto significativo en la toma de decisiones de las dependencias de Canadá y Estados Unidos.<sup>67</sup> Debra Steger dice que ITC se enojó bastante con la segunda decisión de los paneles, protestó la violación del ALC, de la legislación estadounidense y dijo que no iba a cambiar su decisión salvo para ese caso en específico, pero que lo anterior no constituiría un precedente. La ITC no pudo apelar ante la corte de Comercio Internacional y el reto extraordinario fue tan riguroso en sus requisitos que decidieron no seguirlo.<sup>68</sup>

En general de acuerdo a Debra Steger el sistema de paneles parece trabajar más a favor de Canadá dado que han tramitado más protestas canadienses y menos de Estados Unidos. Ella señala que esto puede deberse a que simplemente ha habido más protestas canadienses.<sup>69</sup>

### *7. Mayor equilibrio entre las partes y mayor percepción de equidad*

El hecho de que en los paneles de revisión al menos dos miembros sean del otro país deberá asegurar una expresión equilibrada y un reconocimiento de las interpretaciones legales canadienses y estadounidenses en la materia. Además, dado que los participantes ante los paneles son más que en procedimientos normales las opiniones serán más equilibradas. Tanto las partes involucradas, como el órgano investigador cuya decisión es impugnada, y los dos países están facultados para presentar argumentos ante el panel. "Dado que representantes de Estados Unidos y Canadá tomarán parte en la toma de decisiones, los puntos de vista de todas las partes tienen mayor probabilidad de ser tomados en consideración." Esta participación ampliada a su vez debe generar al menos la impresión de una aplicación más equitativa de las leyes de competencia desleal. "En la medida en que los dos países trabajen juntos para interpretar las leyes del otro y en que los órganos administrativos de los dos países trabajen para aplicar la interpretación

<sup>67</sup> *Ibidem.*

<sup>68</sup> *Ibidem.*

<sup>69</sup> *Ibidem.*

conjunta de sus leyes, deberá haber una convergencia en la aplicación de las ya muy similares leyes de comercio exterior de ambos países.”<sup>70</sup>

Finalmente los paneles producen un mejor ambiente entre los empresarios:

La naturaleza binacional del sistema de resolución de disputas también aumentará la impresión entre los empresarios de que las leyes de competencia desleal se aplican justa e imparcialmente. Independientemente de si las resoluciones actuales están influenciadas por factores políticos, la impresión de que tales casos son decididos sobre bases políticas puede afectar el comportamiento empresarial. La confianza en la justa aplicación de las leyes de comercio de cada país deberá mejorar el ambiente empresarial y aumentar la voluntad de exportar al otro país. Esto, a su vez, deberá ayudar a eliminar cualquier distorsión de la inversión entre los dos países y deberá explotar más eficientemente las ventajas comparativas.<sup>71</sup>

#### 8. *Mayor especialización en las decisiones*

De acuerdo a Gary Horlick el informe más reciente realizado para el gobierno de los Estados Unidos sobre el funcionamiento de los paneles mostró que la calidad de éstos es muy buena y mejor que la de las Cortes estadounidenses. La razón de ello estriba —según Horlick— en que mientras que los miembros de las Cortes norteamericanas no saben casi nada sobre las leyes que regulan la competencia desleal, los panelistas sí las conocen dado que son abogados que se dedican a litigar o enseñar cuestiones relacionadas con éstas y por lo mismo las conocen bien.<sup>72</sup>

#### 9. *Desarrollo de un derecho comercial norteamericano*

Varias razones apuntan en el sentido de que los paneles en materia de dumping y subsidios colaborarán en el desarrollo de un derecho comercial norteamericano común entre Canadá y Estados Unidos.

#### *Las leyes van a tener que ser consistentes*

a) Los desarrollos legislativos de los países involucrados serán con mayor probabilidad, gracias a los paneles AC/CVD y al sistema gene-

<sup>70</sup> Horlick y Valentine, *op. cit.*, *supra* nota 49, p. 109.

<sup>71</sup> *Idem*, p. 110.

<sup>72</sup> Gary N. Horlick, *op. cit.*, *supra* nota 25.

ral de resolución de disputas, más consistentes con el GATT, los códigos y el FTA.

*Las leyes serán aplicadas con mayor uniformidad*

b) Los paneles binacionales AD/CVD promoverán mayor uniformidad en la aplicación de las leyes AD/CVD de los respectivos países involucrados.

Se crearán nuevos expertos nacionales en las leyes de los otros países.

c) "La creación de un grupo de expertos (los miembros de los paneles) familiarizados con la aplicación de las leyes de comercio del otro país ayudará en el desarrollo y negociación de principios comunes."<sup>73</sup>

Horlick no duda que la interpretación de los paneles, aunque se aplique a leyes diferentes de países diferentes "deberá desarrollar aproximaciones similares en relación a áreas específicas de esas leyes. Los principios y aproximaciones comunes podrían, a su vez, proporcionar las bases para esfuerzos futuros para armonizar las áreas en conflicto de las leyes comerciales canadienses y estadounidenses que siguen existiendo".<sup>74</sup>

Horlick liga lo anterior a la existencia de un grupo de trabajo que aspira a crear un grupo de normas comunes sobre subsidios y *dumping*, y da a entender que la armonización implícita que se da a través del trabajo de los paneles y los mecanismos de resolución de controversias, apoya indirectamente a ese grupo de trabajo. "El límite de cinco años de los mecanismos de resolución de disputas (con la posibilidad de extensión de dos años) dará a las partes el tiempo necesario para entender las fortalezas, debilidades y diferencias en las leyes comerciales de cada quien y para desarrollar la necesaria perspectiva común. Más aún, el término deberá forzar la acción específica [de armonizar las leyes]."<sup>75</sup>

10. *Problemas de los paneles*

Hasta ahora la literatura sobre el tema no ha sido muy explícita en relación a los posibles problemas de los paneles. Sin embargo, se les ha criticado el hecho de que sus interpretaciones puedan contravenir las desarrolladas simultáneamente por las tribunas judiciales. Otro as-

<sup>73</sup> Horlick y Valentine, *op. cit.*, *supra* nota 49, p. 113.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> *Idem*, pp. 113-114.

pecto criticado es el hecho de que los paneles aplican un "standar" de revisión más riguroso a Estados Unidos que a Canadá. Finalmente se ha señalado que han rebasado en ocasiones los límites que les impone el Acuerdo y han desarrollado interpretaciones muy amplias.

## X. IMPLICACIONES DEL MODELO INCORPORADO EN EL CAPÍTULO 19 PARA MÉXICO

De lo visto hasta ahora podemos concluir que a México le conviene adoptar medidas similares a las del ALC Canadá-Estados Unidos en materia de resolución de disputas sobre resoluciones administrativas en prácticas desleales. Varios aspectos del modelo incorporado en el capítulo 19 podrían ser adoptados directamente por México. Sin embargo, antes de abordarlos enfrentaremos la cuestión relativa a la comunicabilidad de estas disposiciones a un país que sigue una tradición legal muy diferente de la canadiense o estadounidense. En seguida abordaremos las implicaciones del modelo del capítulo 19 para México. Primeramente nos referiremos a los aspectos de definición técnica legal, tales como determinar el significado que en México asumen diversos términos utilizados por Estados Unidos y Canadá como podrían ser los "paneles", la "revisión judicial", los "estándares legales", mismos que hasta ahora hemos utilizado sin mayores explicaciones para dar fluidez a la lectura pero cuyo significado más preciso necesita ser abordado. Posteriormente trataremos de determinar cuáles serían los cambios que la entrada de México al sistema de Canadá y Estados Unidos traerían para los paneles. Este problema es especialmente interesante en relación a la composición de los mismos y a la discusión en torno a la creación de un tribunal arbitral de carácter permanente.

Quizá el problema de mayor calibre que trae la adopción del Capítulo 19 sea el relativo a la constitucionalidad de la sustitución de la revisión judicial mexicana por la revisión binacional a cargo de los paneles. Por su importancia ese problema debería ser desarrollado en capítulo aparte junto con los problemas de derecho internacional que pudieran presentar los paneles.

### 1. *Las diferentes tradiciones legales*

El problema que puede surgir del choque entre las diferentes tradiciones legales de los países partes ante los paneles ha sido señalado fre-

cuentemente, en este apartado presentamos una de sus formulaciones y también algunas de las respuestas que se han dado a ese planteamiento.

Siqueiros señala que

[s]i bien es cierto que los capítulos 18 y 19 del ALC-EUA-Canadá han resultado idóneos para la resolución de controversias en el marco de dicho instrumento, debe tomarse en cuenta que los sistemas jurídicos norteamericanos y canadienses tienen como ascendiente común el *common-law* inglés, lo que facilitó el establecimiento de los mecanismos apropiados en ese contexto. El sistema jurídico mexicano, principalmente en derecho privado, tiene raíces e identidad distinta a sus contrapartes legales. Nuestros negociadores deberán ponderar, con ingenio e imaginación, soluciones de compromiso que permitan alcanzar los objetivos sin menoscabo de nuestro marco constitucional.<sup>76</sup>

Una respuesta a la interrogante del autor mexicano se puede encontrar en los comentarios de Gary Horlick y Debra Steger. Durante una conferencia se planteó el problema de las diferentes tradiciones legales a Gary Horlick; en su respuesta él señaló que si bien había escuchado frecuentemente esa objeción, en términos generales, no se plantea en relación a aspectos específicos. Para Horlick no existen diferentes tradiciones legales en las materias abordadas por el capítulo 19, debido a que estos asuntos son relativamente novedosos en todos los países. En Canadá, por ejemplo, hasta hace poco no existía tradición en materia de *dumping*.

Por otra parte para el autor no existe homogeneidad entre Estados Unidos y Canadá, aunque los sistemas jurídicos de ambos se desprenden del *common-law* inglés. En su opinión los "estándares" legales utilizados en Canadá y Estados Unidos son muy diferentes a la firma del Acuerdo de Libre Comercio.

Además, si bien México no tiene experiencia en la revisión judicial de estos casos, sí existe la posibilidad de realizarla. La falta de experiencia mexicana no le parece muy grave. El autor señala que en Estados Unidos durante los primeros 77 años de existencia de la ley no se presentaron casos de revisión judicial. En general Horlick señaló que

<sup>76</sup> Siqueiros, José Luis, *La resolución de controversias en el tratado trilateral de libre comercio entre México, Estados de América y Canadá*, mimeo, junio de 1991, p. 25.

le parece que el problema técnico sea grande en el área de derechos *antidumping*.

Si bien el autor no lo menciona en el área de subsidios el problema de compatibilidad entre algunos países sería grande pero no por las diferentes tradiciones legales generales sino por las diferentes escuelas económicas seguidas por diversos países. Para poner un ejemplo dos países miembros de la misma tradición legal, Estados Unidos y Gran Bretaña, tienen una posición opuesta en las negociaciones del GATT sobre subsidios. La posición de Canadá y Estados Unidos tampoco es muy cercana. Quizá la posición mexicana sea la más compatible con Estados Unidos debido a la cercanía entre las posiciones económicas de los gobernantes de ambos países.

Dentro de la misma conferencia Debra Steger señaló que el problema de las diferentes tradiciones legales no tenía por qué presentarse en relación con los paneles debido a que éstos se encuentran obligados a aplicar las leyes y los "estándares" internos de la misma manera en que lo hubiera hecho un tribunal nacional. En apoyo a lo dicho por la experta, Gary Horlick apuntó que el efecto de los paneles sobre el sistema jurídico interno es menor debido a que las decisiones de éstos no constituyen precedentes.

En resumen, las respuestas de los autores pueden ser agrupadas en cuatro incisos: *a)* las tradiciones en la materia son recientes, en el caso de Estados Unidos a pesar de la antigüedad de sus leyes, la revisión judicial de estos casos es también novedosa; *b)* los "estándares" aplicados por Canadá y Estados Unidos son diferentes, por lo mismo, las diferencias mexicanas no tendrían por qué ser incompatibles con el sistema; *c)* no existe la posibilidad de que las tradiciones entren en conflicto debido a que los paneles aplican las normas e interpretaciones internas y no las extranjeras, es decir, no hay conflicto de leyes o de principios, ni se presenta el problema de determinar la ley aplicable; *d)* incluso ante la posibilidad de conflicto, que pudiera surgir como resultado de que la resolución de un panel contraviniera la tradición legal interna, no tendría consecuencias más que para ese caso específico porque de acuerdo al tratado las resoluciones de los paneles no constituyen precedentes.

## XI. MODIFICACIONES QUE LA ENTRADA DE MÉXICO INTRODUCIRÍA EN EL SISTEMA DE PÁNELES

### 1. *Ventajas y desventajas de adoptar papeles bilaterales o trilaterales o de instituir un tribunal permanente*

Una pregunta concreta que surge con motivo de la posible inclusión de México dentro del sistema de paneles consiste en determinar si esto convertiría a dichos mecanismos en trilaterales o si seguirían siendo bilaterales. La razón de que esto sea problemático es que si bien la institución puede dar cabida a tres países no es claro que de ello se deba desprender que los panelistas que intervengan en cada caso específico tengan que ser escogidos por los tres países y no sólo por los dos miembros involucrados en la controversia.

### 2. *Páneos trilaterales*

La utilización de paneles integrados por miembros de tres países en partes iguales tiene ciertas ventajas ya que permite lograr una mayor consistencia en los resultados de estos mecanismos.

Si el objetivo perseguido es dar consistencia a las diversas decisiones de los paneles resulta conveniente que se den en un marco institucional similar, la consistencia de la labor de los paneles "podría" aumentar si cada panel fuera trilateral. Dado que el elemento común que da nacimiento a los paneles (en las mentes de canadienses y mexicanos) es la búsqueda de destruir el proteccionismo administrado y las decisiones arbitrarias o parciales de los organismos administrativos estadounidenses la unión de los panelistas de dos países que persiguen un objetivo similar puede resultar benéfica para ambos. En ese sentido puede suponerse que los paneles en que participara México también tenderían a reflejar esa búsqueda y al estar unidos con los de Canadá muy probablemente se fortalecería la imagen de los paneles como una solución al proteccionismo. Por otra parte, no se daría una unificación de criterios entre las tres naciones en asuntos más específicos —e.g. los "estándares" de revisión judicial o de la determinación del daño— debido a que los paneles están obligados a aplicar leyes y estándares nacionales. Sin embargo, lo anterior no es sino aparente ya que, debido a la novedad e imprecisión de los estatutos, existen muchas lagunas legales. Lo cual debe sumarse a que la carencia de consistencia de las decisiones internas en muchos casos no hay estándares locales claros.



### 3. *Ventajas y desventajas de adoptar tribunales permanentes*

Dos factores pueden llevar a que el sistema de paneles sea sustituido por un tribunal permanente. El primero se refiere a la creciente escasez de individuos capacitados para actuar como panelistas.<sup>77</sup> El segundo consiste en la entrada de México al sistema de paneles. Graham ha dicho al respecto: "las complejidades de añadir otra jurisdicción civilista y un tercer idioma [probablemente] requerirían la disponibilidad de especialistas que sólo un tribunal permanente podría proporcionar".<sup>78</sup>

De acuerdo a Steger los tribunales permanentes para la resolución de disputas comerciales tienen la gran ventaja de que generan una mayor consistencia interna entre las diversas resoluciones. El gran problema de estos tribunales es político. Por una parte los nombramientos de jueces hubieran sido mucho más controvertidos y hubieran despertado mucha oposición al ser discutidos en los Congresos de los diferentes países. Por otra parte, la alternativa que presentan los paneles supera esa dificultad puesto que es mucho más difícil oponerse al nombramiento de 50 panelistas.

El factor político sugiere que es mejor conservar el sistema existente, aunque existan razones que hacen deseable la creación de un tribunal permanente.

Diseñar las instituciones para administrar el nuevo acuerdo comercial y para resolver las disputas que puedan surgir, requiere un delicado equilibrio entre los objetivos del Acuerdo y las preocupaciones de los gobiernos miembros acerca de ceder autoridad en la toma de decisiones [soberanía] a un nuevo cuerpo supranacional. Quizá las estipulaciones institucionales del ALC sean lo más que los dos gobiernos pudieron haber acordado en ese momento.<sup>79</sup>

Probablemente, las complicaciones técnicas que introduciría la entrada de México podrían ser evitadas fortaleciendo el secretariado permanente con peritos traductores y con la introducción de especialistas en cuestiones legales mexicanas.

Sin embargo, lo anterior no significa que la aspiración de lograr un tribunal permanente no vaya a adquirir mayor importancia en el futu-

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> Graham, *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 52.

<sup>79</sup> Steger, *op. cit.*, *supra* nota 35, p. 50.

ro, una vez que los paneles se hayan consolidado. Como hemos visto diversas estipulaciones en el ALC Canadá-EUA permiten que la discusión sobre el sistema de resolución de controversias se mantenga viva entre los participantes. Quizá las más importantes sean las referentes al grupo de trabajo que preparará un nuevo grupo de reglas para sustituir las existentes en materia de prácticas desleales y el hecho de que el sistema de paneles está pensando como un sistema de carácter temporal. Por ello, la discusión sobre la constitución de un tribunal permanente debe seguir viva. Debra Steger ha señalado que “[a]un cuando los mecanismos institucionales del ALC [aquí se refiere a los paneles pero también a los otros mecanismos] no son perfectos, deberán evolucionar hacia una institución binacional permanente y con autoridad”.<sup>80</sup>

#### 4. Paneles bilaterales modificados

En nuestra opinión parecería adecuado, por razones políticas y por que el sistema actual ha funcionado satisfactoriamente, conservar en lo fundamental la estructura bilateral de los paneles aun cuando el sistema se vuelva trilateral. Para ello es preciso que los panelistas sigan siendo escogidos por los países involucrados en una controversia, es decir, que si bien el sistema como un todo incluya a tres países, en cada caso específico sólo los dos países involucrados puedan escoger a los panelistas siguiendo el mismo sistema vigente hasta ahora. Sin embargo, eso no quiere decir que los miembros de cada panel tengan que ser todos nacionales de los países que los escojan. En principio debe admitirse la posibilidad de que el quinto panelista pueda ser escogido de la lista del tercer país, aun cuando éste no forme parte de la disputa en cuestión.

La razón en la que fundamento mi preferencia porque en lo fundamental (la composición de los paneles) se preserve el sistema bilateral es que este sistema no irrita tanto las sensibilidades políticas. Un panel trilateral en materia de *dumping*, por ejemplo un caso que involucre la apelación de una resolución mexicana sobre una compañía estadounidense, podría implicar que —siempre— una mayoría de jueces extranjeros resolverían sobre un asunto esencialmente local. Bajo el sistema actual la posibilidad de que sean extranjeros los que decidan sobre la aplicación de las leyes internas de un país en estos casos es de 50% en los paneles Canadá-EUA. Si se convirtieran en trilaterales —una

<sup>80</sup> *Ibidem*.

tercera parte de los panelistas de cada nacionalidad— esa probabilidad se convertiría en una seguridad.

El equilibrio es un asunto muy delicado en esta materia y dado que bajo el sistema vigente ese equilibrio precario ha favorecido a los débiles (a los canadienses) no conviene tocarlo ni alterarlo innecesariamente. Un acuerdo de naturaleza económica debe ser cumplido por voluntad de las partes y por mutua conveniencia; en un acuerdo donde el comportamiento de las partes se basa en reglas y no en el poder de las partes las reglas deben ser lo más justas posibles para evitar que el poder tienda a resurgir como árbitro de las disputas. Un sistema tri-lateral de paneles donde lo único que se aumente sea la lista de los abogados que se puedan escoger es quizá la mejor solución y la que generaría menos complicaciones de organización y permitiría a los mexicanos repetir directamente la experiencia canadiense.

Bajo el sistema que proponemos respecto a la elección del quinto panelista, probablemente lo que sucedería sería que México escogería abogados mexicanos, Canadá escogería a sus nacionales y Estados Unidos también. Sin embargo, el nuevo marco presentaría algunas ventajas puesto que podría ayudar a solucionar el problema de la escasez de abogados para integrar un panel que es un problema que crecientemente ocupa la agenda. Tanto canadienses como norteamericanos podrían, dado el caso, optar por escoger algún abogado mexicano que satisficiera sus pretensiones de imparcialidad cuando la búsqueda de un abogado norteamericano o canadiense amenazara con detener o retener la integración de un pánel.

En general, la naturaleza de las disputas debe ser el principal factor para determinar el organismo adecuado para resolverlas, si el mecanismo debe ser —hasta donde sea posible— bilateral. Sin embargo, en atención a la comunidad de intereses que puede darse entre los dos países débiles en la relación (México y Canadá) interesados ambos en disminuir el proteccionismo norteamericano, debe darse la posibilidad de que un miembro del tercer país sea escogido para actuar en disputas de los otros países. Si bien los efectos de tal acción pueden parecer mínimos su significado no es meramente simbólico, antes bien persigue acercar las posiciones de mexicanos y canadienses sin alterar el difícil —y fructífero— equilibrio logrado en los paneles.