

**INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS
SUPERIORES DE MONTERREY**
CAMPUS MONTERREY
ESCUELA DE GRADUADOS EN ADMINISTRACION
PUBLICA Y POLITICA PUBLICA



**TECNOLÓGICO
DE MONTERREY**

EL CAPITULO XX DEL TLCAN ¿PUEDE MODIFICARSE?

TESINA

**PRESENTADA COMO REQUISITO PARCIAL PARA
OBTENER EL GRADO ACADEMICO DE
MAESTRA EN DERECHO INTERNACIONAL**

POR:

JESSICA JARA URIBE

MONTERREY, NUEVO LEON

MAYO 2010

**INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS
SUPERIORES DE MONTERREY**

CAMPUS MONTERREY

ESCUELA DE GRADUADOS EN ADMINISTRACION
PUBLICA Y POLITICA PUBLICA



**TECNOLÓGICO
DE MONTERREY**

EL CAPITULO XX DEL TLCAN ¿PUEDE MODIFICARSE?

TESINA

PRESENTADA COMO REQUISITO PARCIAL PARA
OBTENER EL GRADO ACADEMICO DE
MAESTRA EN DERECHO INTERNACIONAL

POR:

JESSICA JARA URIBE

MONTERREY, NUEVO LEON

MAYO 2010

INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS SUPERIORES DE MONTERREY

CAMPUS MONTERREY

**ESCUELA DE GRADUADOS EN ADMINISTRACION
PUBLICA Y POLITICA PUBLICA**



**TECNOLÓGICO
DE MONTERREY®**

EL CAPITULO XX DEL TLCAN ¿PUEDE MODIFICARSE?

TESINA

**PRESENTADA COMO REQUISITO PARCIAL PARA OBTENER EL GRADO
ACADEMICO DE:**

MAESTRA EN DERECHO INTERNACIONAL

POR:

JESSICA JARA URIBE

MONTERREY, N.L.

MAYO DE 2010

INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS SUPERIORES DE MONTERREY

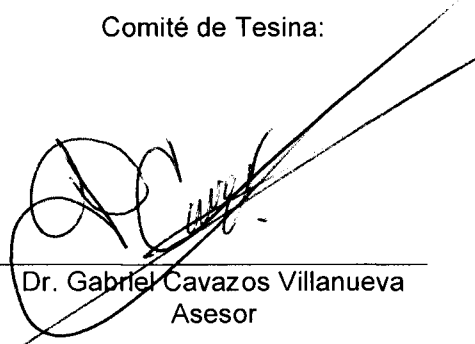
CAMPUS MONTERREY

**ESCUELA DE GRADUADOS EN ADMINISTRACION
PUBLICA Y POLITICA PUBLICA**

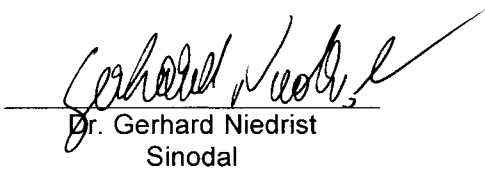
Los miembros del comité de tesina recomendamos que el presente proyecto de tesina presentado por la Lic. Jessica Jara Uribe sea aceptado como requisito parcial para obtener el grado académico de:

Maestra en Derecho Internacional

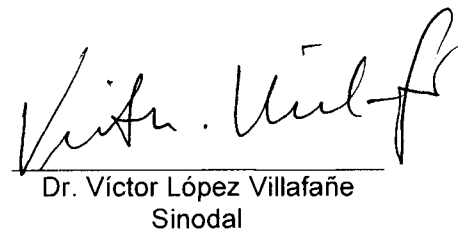
Comité de Tesina:



Dr. Gabriel Cavazos Villanueva
Asesor



Dr. Gerhard Niedrist
Sinodal



Dr. Víctor López Villafañe
Sinodal

Agradecimientos

A Gabriel Cavazos, de quien siempre he aprendido algo nuevo, y que me dio la oportunidad de trabajar con él en el mejor lugar del mundo. Por ser asesor, maestro y amigo.

A Gerhard Niedrist, por su sentido del humor, su apoyo incondicional y todos sus comentarios agradables y constructivos.

A Víctor López, por aceptar ser sinodal, por sus consejos y, por guardar tan buenas impresiones de mí, espero nunca hacer nada que las disipe.

A Dios (siempre le estaré infinitamente agradecida), porque me permite estar aquí y progresar en todos los aspectos de mi vida

A mis amigos en Cuernavaca, D.F. y Monterrey, quienes siempre me dieron ánimos, alegrías y motivos para continuar.

También quiero aprovechar este espacio no sólo para agradecer a quienes apoyaron y estuvieron durante el proceso de redacción de éste trabajo, sino a quienes han estado durante el tiempo que permanecí en EGAP y que me han dado tanto de ellos.

Pero sobre todo, quiero agradecer a mi familia, porque ellos son la piedra angular en mi vida...

Tabla de Contenidos

Introducción	7
Alcance del trabajo.....	9
Esquema del Trabajo de Investigación.....	10
1. El TLCAN. Sus objetivos y sus mecanismos de solución de controversias	12
1.1 Construyendo un acuerdo de libre comercio para Norte América. Antecedentes políticos, económicos y jurídicos.....	13
1.2 Mecanismos de solución de controversias del TLCAN.	24
1.2.1 Capítulo XX.....	24
1.2.2 Capítulo XIX.	25
1.2.3 Capítulos XI y XIV.....	28
1.2.4 Acuerdos Complementarios: ACAAN y ACLAN.....	32
1.3 Consideraciones geopolíticas.....	34
2. La experiencia del Capítulo XX	38
2.1 Los fundamentos para su constitución.....	38
2.2 El procedimiento del Capítulo XX.....	40
2.3 Nombramiento de los panelistas.	44
2.4 Problemas estructurales en los paneles arbitrales.	48
2.5 La entrega de las recomendaciones del panel y el cumplimiento de las mismas..	49
2.6 Puntos de reflexión sobre el capítulo.....	52
3. Análisis de los casos que surgen a la luz del Capítulo XX del TLCAN. La perspectiva Mexicana	54
3.1 Escobas de Mijo.	58
3.1.1 Desarrollo de los hechos, cuestiones jurídicas y aplicación del derecho.	58
3.1.2 Sobre la jurisdicción de un panel para juzgar asuntos presentados ante la OMC.	63
3.1.3 Cuestiones que requieren mejorar.	65
3.2 Servicios de Transporte Transfronterizo.	65
3.2.1 Análisis del caso.	70

3.2.2 Datos actuales del caso.	73
3.3 Análisis sobre la experiencia del Capítulo XX.	74
4. El problema de la jurisdicción TLCAN/OMC. El caso de Alta Fructosa.....	76
4.1 El caso del Jarabe de Maíz de Alta Fructosa.	78
4.1.1 Antecedentes del caso.	79
4.1.2 Hechos y cuestión jurídica a resolver.....	81
Tabla 1	85
4.2 La jurisdicción de la OMC para tratar asuntos relacionados con el TLCAN.	86
4.3 Análisis comparativo con otros mecanismos generales sobre solución de conflictos, firmados por México.	89
5. Conclusiones Finales.....	93
6. Anexos	99
Anexo 1. Tablas de Casos presentados ante los Capítulos XIX y XI.	99
Paneles Binacionales de Revisión Integrados de Acuerdo con los términos del Capítulo XIX del TLCAN, 1994 -2003.	99
Anexo 2. El Programa Piloto sobre la apertura del Autotransporte Transfronterizo del TLCAN.	100
Bibliografía	103

Tabla de Abreviaturas y Acrónimos

ACAAN	Acuerdos Paralelos de Cooperación Ambiental de América del Norte
ACLAN	Acuerdos Paralelos de Cooperación Laboral de América del Norte
ALCCEU	Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y los Estados Unidos
APPRI	Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversión Extranjera
ASEAN	Asociación de Naciones del Sureste Asiático
CANACAR	Cámara Nacional del Autotransporte de Carga
CCA	Comisión de Cooperación Ambiental
CCI	Comisión de Comercio Internacional de Estados Unidos.
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CSCMP	Council of Supply Chain Management Professionals
CUFTA	Canada – United States Free Trade Agreement
EE.UU.	Estados Unidos de Norte América
FMI	Fondo Monetario Internacional
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
IED	Inversión Extranjera Directa
OMC	Organización Mundial del Comercio
OSD	Órgano de Solución de Disputas
PRI	Partido Revolucionario Institucional
SE	Secretaría de Economía
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
UPCI	Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales

Introducción

Con la renegociación del GATT¹ durante la Ronda Uruguay en 1994 y el surgimiento de la OMC, se estableció un mecanismo sencillo para ayudar a los países a resolver las controversias que surgen de los acuerdos comerciales a los que se suscriben. La existencia de estos mecanismos, ha sido crucial para fomentar el comercio internacional, constituyendo una parte esencial de las relaciones diplomáticas de los países y del desarrollo de su economía. La inclusión de estos mecanismos en un tratado comercial ha sido vital para la negociación de muchos de ellos.

Durante las negociaciones del GATT en Doha esta materia fue de especial interés y, posteriormente, el funcionamiento de la OMC también lo incorpora, convirtiendo a las solicitudes que los gobiernos realizan ante esta organización, en asuntos de solución de controversias provenientes de temas comerciales o de inversión, y pronunciándolos como una práctica internacional muy bien aceptada y practicada dentro de la comunidad internacional.

En los últimos 40 años el desbordante crecimiento mundial en materia comercial, ha ocasionado una proliferación de conflictos y diferencias entre gobiernos concernientes a esta materia. Algunos factores importantes para la aparición de estos conflictos se deben al cambio constante en la naturaleza de los hechos, es decir, con la liberalización del comercio y la eliminación de barreras comerciales, las disputas a resolver están más ligadas con prácticas desleales al comercio que con tarifas, cuotas o restricciones fronterizas.

Además, han surgido otros factores comerciales importantes como son: 1) el crecimiento cada vez mayor al comercio en servicios; 2) la aparición de nuevas tecnologías y nuevas formas de comerciar; 3) la protección a los derechos de propiedad intelectual (marcas, patentes y derechos de autor y; 4) la inversión extranjera y la

¹ El Acuerdo sobre la OMC incluye el "Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994". Este instrumento, denominado "GATT de 1994", se basa en el texto del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio original, denominado "GATT de 1947"

participación de particulares en la solución de controversias. Dichos factores, sin duda, han marcado la forma de hacer comercio pero lo más importante: la manera en que se solucionan las distintas controversias que puedan surgir al respecto.

Otro factor al que los mecanismos de solución de disputas comerciales tienen que enfrentarse, está relacionado con la soberanía de los Estados. Cuando los Estados deciden firmar un acuerdo internacional, también deciden los términos y condiciones que éste tendrá en su aplicación y éstos a su vez, se comprometen a cumplir lo establecido. Sin embargo en la práctica, muchos acuerdos no se cumplen en su totalidad lo que podría ocasionar desconfianza en los demás Estados para firmar un acuerdo, sobre todo en temas cruciales para la economía nacional como lo son los acuerdos comerciales.

Al respecto Keohane² nos dice:

“Debido a que los estados-nación son soberanos, pueden potencialmente pasar por alto o negar su responsabilidad jurídica. No se espera que las instituciones internacionales eviten o supriman dicha soberanía ejerciendo autoridad jurídica ante sus miembros, dado que estas instituciones típicamente no poseen esta autoridad. Sin embargo, la existencia de las instituciones puede incrementar la probabilidad de la cooperación entre los Estados mediante el establecimiento de relaciones de trabajo entre ellos, para que tengan idea más clara de lo que pueden esperar unos de otros, y para que pueden adaptarse más fácilmente a nuevas situaciones”.

En los últimos años, se ha desarrollado una figura que influye en la forma en la que los países comercian y que se encuentra contemplada tanto para la OMC, como para el TLCAN: El Modelo del Mercado Eficiente. Este modelo se deriva de una combinación de la teoría de relaciones internacionales del "liberalismo" y la aplicación rigurosa de la doctrina neoclásica económica de libre comercio, consagrados como normas de derecho.

² Keohane, Robert O., *After hegemony: Cooperation and discord in the world political economy*, Princeton University Press, 1984.

Bajo el liberalismo, las naciones no se conciben como autónomas, o como los únicos actores dentro del derecho internacional que tengan influencia sobre los mercados. Por el contrario, los agentes privados juegan una parte "esencial en la sociedad internacional que, al tratar de promover sus propios intereses, logran ejercer influencia en las políticas nacionales de los Estados."³

La teoría pura del libre comercio, por su parte, postula que las empresas, los consumidores, y la fuerza laboral, se benefician cuando los Estados se someten a los rigores de la competencia del mercado mundial bajo la doctrina económica de la ventaja comparativa⁴.

Alcance del trabajo.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte⁵, ha sido el precursor en América sobre instituciones y mecanismos de solución de controversias, que establecen los parámetros de compromiso y acción que los Estados parte del acuerdo deben seguir. En este contexto, han creado provisiones específicas en materia comercial que se han establecido para resolver disputas, las cuales van desde la interpretación del acuerdo a temas mucho más complejos y sofisticados, como la relación que existe entre los Estados y el trato que éstos le dan a agentes externos, como es el caso de los inversionistas.

En este trabajo de investigación, nos limitaremos a analizar estas instituciones creadas con el fin de resolver disputas concernientes a aquellos asuntos relacionados con la interpretación del tratado y su correcta aplicación. Revisando el Capítulo XX el cual es el específico para este tipo de disputas; así como los casos que se desprenden de éste y que involucran a México como una de las partes.

³ Reif, Linda C., *Multidisciplinary Perspectives on the Improvement of International Environmental Law and Institutions*, Michigan Journal of International Law, Vol. 15, No. 723, 1994.

⁴ Shell, Richard G., *Trade Legalism and International Relations Theory: An Analysis of the World Trade Organization*. Duke Law Journal, Vol. 44, No. 5, Marzo 1995, pp. 829-927.

⁵ El Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 01 Enero de 1994.

Siendo el objetivo primordial de este trabajo: resolver si el Capítulo XX, en los años de existencia del Tratado, ha tenido un funcionamiento eficaz en función de los casos que ha resuelto y, de las ocasiones en que ha sido invocado por los Estados; o bien, descubriremos si en realidad es un Capítulo del cual el TLCAN puede prescindir y de ser así, conocer cuál sería el recurso que Canadá, Estados Unidos y México utilizarían, en caso de que surja una disputa que actualmente se encuentre dentro del marco de jurisdicción de éste Capítulo; descubriendo los motivos por los que siendo un capítulo que trata aspectos tan generales, ha arrojado un número reducido de casos en comparación con su homólogo en la OMC⁶ y, con otros mecanismos incluidos dentro del TLCAN.

Esquema del Trabajo de Investigación.

Se ha decidido que el siguiente trabajo de investigación, será presentado para su estudio y comprensión en cuatro capítulos de estudio y análisis y, finalmente, un capítulo para entregar conclusiones.

En el primer capítulo, se describirán los hechos que llevaron a la formación del TLCAN y de sus mecanismos de solución de controversias. Introduciendo, a grandes rasgos, el proceso que se realizó por parte de Estados Unidos, México y Canadá para lograr un acuerdo de apertura comercial, detallando los aspectos y motivaciones que los impulsaron a la creación del mismo. De igual manera, se observarán los objetivos que se perseguían en las negociaciones y su relevancia para la región. Además se expondrán los métodos que se siguen para solucionar cualquier tipo de disputa que surja en materia de este tratado y la coerción que se ejerce para alcanzar los objetivos en cada materia contenida en el mismo, mostrando los mecanismos de solución de controversias del tratado.

El capítulo dos, es en sí muy técnico, ya que detalla el procedimiento del Capítulo XX y analiza el mecanismo de solución de controversias a través de su

⁶ Sobre este punto, se analizará porque en diversas ocasiones los países que conforman el TLCAN, deciden llevar los conflictos provenientes de dicho tratado ante un panel en la OMC antes que resolverlos bajo éste capítulo.

conformación, intentando dar una aproximación a sus debilidades y fortalezas. Se mostrarán los factores contenidos en el procedimiento, que van desde el nombramiento de árbitros (mostrando la eficacia real que este procedimiento tiene), la coerción que ejercen con sus decisiones hacia los estados parte de una controversia y, por supuesto, analizando la efectividad en el cumplimiento de las disposiciones realizadas por los paneles de este capítulo.

Mientras que en el capítulo tres, se estudian los casos que surgieron dentro de éste capítulo. Además, se hará un recuento de aquellos casos que se han resuelto mediante la primera instancia de este mecanismo: el método diplomático, a través de consultas y negociaciones entre los gobiernos parte de una controversia. Posteriormente, se analizarán brevemente, los dos casos los casos que involucran directamente a México como una de las partes, los cuales son: Escobas de mijo y Servicios de Autotransporte.

Posteriormente, en el cuarto capítulo, se realizará el estudio de un caso particular: el caso de la Alta Fructosa. Dicho caso, es importante en el análisis que se intenta construir en este trabajo, dado que cuestiona un punto muy importante: la jurisdicción que la OMC posee en casos relacionados con acuerdos regionales.

Finalmente se entregarán las conclusiones del trabajo, buscando cumplir con el objetivo del mismo, una vez que se tendrán las bases para declarar si la existencia de este capítulo realmente está justificada o, si es necesario que los tres países signantes del TLCAN realicen modificaciones sustanciales al Capítulo, con el fin de asegurar su existencia y permanencia.

El TLCAN.

Sus objetivos y sus mecanismos de solución de controversias

Para muchos especialistas en derecho y en temas comerciales, el tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) surgió, únicamente, respondiendo a las necesidades comerciales que los gobiernos parte consideraban que existían en la región, pero realmente en su lectura podemos darnos cuenta de que va más allá⁷.

Una prueba contundente de este hecho la proporciona México. Después de la Revolución Mexicana existía en México una especie de miedo hacia cualquier tipo de intervención proveniente del extranjero. Se desarrollaron políticas proteccionistas por el partido hegemónico gobernante⁸, haciendo de México un país con una inversión extranjera muy controlada. Esto cambió a partir de 1988, durante la administración de Carlos Salinas de Gortari, cuando se decide que México debía integrarse al Acuerdo Comercial ya existente, entre Canadá y Estados Unidos. Por lo tanto, la firma de este acuerdo fue un gran logro no sólo para México, sino para sus socios comerciales.

En este contexto este primer capítulo busca otorgar al lector, un vistazo general de otros antecedentes que llevaron al origen del TLCAN, así como la forma en la que se entrelazaron diversos factores para concretarlo. Esto revisando cuáles eran las motivaciones políticas, económicas y jurídicas de los tres gobiernos para lograr la firma del tratado. Además, se hace un relato sobre aquellos actores que se oponían al tratado y cuáles eran sus razones.

Posteriormente, en este capítulo se detalla el funcionamiento de los diversos mecanismos de solución de controversias que contiene el Tratado. En esta materia el TLCAN ha logrado innovar al incluir dos acuerdos paralelos en materia ambiental y

⁷ Ewell E. Murphy, Jr. *Proceedings of the Canada-United States Law Institute Conference. NAFTA Revisited: Seeing NAFTA Through Three Lenses*. 23 Canada-United States Law Journal, 1997.

⁸ Partido Revolucionario Institucional (PRI). Creado para institucionalizar la Revolución Mexicana. En 1929. Gobernó en México ininterrumpidamente hasta el 2000.

laboral, los cuales marcaron la pauta a otros acuerdos que tratan temas más sociales en un acuerdo comercial, e incluyen sus propios mecanismos de solución de controversias.

1.1 Construyendo un acuerdo de libre comercio para Norte América. Antecedentes políticos, económicos y jurídicos.

Durante los últimos veinte años, México ha desenvuelto su política exterior mostrándose más abierto hacia la apertura comercial y a la inversión extranjera directa. Dicha apertura se logró con la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el cual permite competir en los mercados internacionales, crear nuevas alianzas y fortalecer las ya existentes.

La administración del presidente Carlos Salinas de Gortari buscaba, al negociar el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, alcanzar dos grandes objetivos, que podían resultar en grandes beneficios para México. Primero, económicamente la alianza con los vecinos del Norte atraería grandes inversiones y capitales que serían útiles para continuar (sino es que iniciar) un crecimiento económico sustentable, lo que a la vez, originaría las bases para un país más estable en lo político y democrático⁹. Además, liberar la economía resultó en la transformación de las relaciones Estado-Sector Privado, abriendo paso a un sector privado más poderoso¹⁰.

Sin embargo, lograr el acuerdo no fue tarea sencilla. Una serie de mitos alrededor de la firma del tratado surgieron durante su negociación, especialmente del lado de Estados Unidos. Muchos congresistas, grupos u organizaciones civiles se mostraban en contra del tratado, a causa de la falta de crecimiento y desarrollo socio-económico de México. Auguraban que con el paso del tiempo la economía estadounidense se vería afectada al reducirse las tasas de empleo.

De igual manera consideraban que el medio ambiente sufriría los estragos de una apertura comercial que llevaría a compañías estadounidenses o canadienses, a una inversión menos limitada en temas ambientales que en sus países, dado que las objeciones en materia política ambiental de México eran pocas y, no existía una

⁹ Castañeda, Jorge G. *Can NAFTA Change Mexico?* Foreign Affairs, September/October de 1993.

¹⁰ *Ibid*⁹.

legislación que obligara a las empresas a cumplir con lineamientos y estándares ambientales requeridos. En pocas palabras, México era visto como el socio comercial “débil y dependiente”.

Una encuesta llevada a cabo en Estados Unidos en Junio de 1993¹¹, confirmaba que los ciudadanos estadounidenses no pensaban en México como un país favorable para negociar, mostrando un porcentaje de 49% que consideraba que su política comercial era injusta. Otra encuesta publicada por el *Wall Street Journal*,¹² mostraba que sólo el 25% de los estadounidenses apoyaban la firma del tratado y un 74% creía que los trabajos de manufactura de los Estados Unidos se irían a México si el tratado se firmaba, perdiendo posibilidades de empleo.

Esto significaba un reto para la parte negociadora mexicana porque había que demostrar a los otros socios comerciales que México era un país capaz de comprometerse en un acuerdo que involucrara partes tan sofisticadas y, que era capaz de adaptarse a sistemas jurídicos distintos porque como bien se sabe, el TLCAN involucra cuatro tradiciones legalistas¹³: El Common Law, que prevalece en nueve de las diez provincias de Canadá y por su puesto en Estados Unidos; la tradición legal francesa de Quebec que prevalece, aunque presenta modificaciones o incorporaciones del sistema del Common Law como las “*dissenting judicial opinions*”¹⁴ y; finalmente en México aplica el sistema civil romano.

Todo esto representaba un reto no sólo para México sino para las otras partes signantes. Había que invalidar los mitos y suposiciones que rondaban las negociaciones del acuerdo. Una de las acciones que se emprendieron para lograr la aceptación del acuerdo, fue la promoción del gobierno estadounidense de una extensa campaña publicitaria. Del 15 de agosto al 17 de Noviembre de 1993 se publicaron en los diarios *The New York Times*, *The Washington Post* y *Los Angeles Times* anuncios donde se

¹¹ Encuesta citada en Skonieczny, A. *Constructing NAFTA: Myth, Representation and the Discursive Construction of U.S. Foreign Policy*. *International Studies Quarterly*, Vol. 45 (No. 3), 433-454., Sep. 2001.

¹² Seib G., *Clinton Needs to Sway the Public on NAFTA Issues as Poll Shows That Many Oppose the Agreement*. *Wall Street Journal*, A24.

¹³ Folsom, Davis W., Folsom, Ralph H. *Understanding NAFTA and its International Business Implications*. M. Bender, NY 1999.

¹⁴ Una *dissenting judicial opinion* es una opinión discrepante por parte de un juez respecto a la opinión del resto de los jueces respecto a la sentencia de un caso. No son vinculantes, pero en ocasiones son citadas en casos posteriores como argumento y han creado modificaciones en la ley.

daban a conocer los puntos a favor y en contra de la firma de un acuerdo comercial con México¹⁵.

En México ocurrió algo similar. El entonces Presidente Carlos Salinas de Gortari presentaba a amplios sectores políticos y sociales del país, la integración económica con Estados Unidos y Canadá como la entrada definitiva de México al Primer Mundo¹⁶, diciendo que el TLCAN sería el boleto para ser ricos, el que “nuestros gobiernos reclaman y nuestros pueblos merecen”.¹⁷ Mientras organizaciones civiles como la Red de Acción Frente al Libre Comercio y líderes políticos como Cuauhtémoc Cárdenas se pronunciaban en contra del tratado alertando a la población de los efectos negativos que la apertura traería para sectores como el agropecuario y el laboral pero sobre todo para la soberanía y la autonomía política del país¹⁸.

En el 2008 la oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos rindió un informe,¹⁹ detallando cuáles de estos mitos han sido derrumbados en este país por cifras positivas. Algunas de ellas son:

- a) el decremento en la tasa de desempleos estadounidense de un 5.1% durante el periodo de 1994-2007, comparado con el 7.1% de 1980-1993;
- b) la inversión que ha aumentado en los EE.UU. en un 117 por ciento desde 1993, en comparación con un aumento del 45 por ciento entre 1979 y 1993;
- c) la exportación agrícola destinada a Canadá o México ha crecido de 22% en 1993 a 30% en 2007, donde México es el destino número uno para la carne, arroz, alimentos de soja, edulcorantes de maíz, manzanas y frijoles; el segundo mercado para maíz, soja y aceites y el tercero para cerdo, aves, huevos y algodón.

¹⁵ *Ibid.* p. 10

¹⁶ Vargas, Rosa E., Muñoz, Patricia. *La prosperidad que se ofreció con el TLCAN nunca llegó*. Periódico “La Jornada” (Reportaje/Tratado de Libre Comercio de América del Norte), Sección Política. 20 de Enero de 2003.

¹⁷ Carlos Salinas de Gortari citado por Vargas, Rosa y Muñoz Patricia. *Ibid*¹⁶.

¹⁸ *Ibid* p. 11

¹⁹ The United States Trade Representative, *NAFTA: Myth versus Facts*, March 2008. Disponible en: <http://www.ustr.gov/sites/default/file/NAFTA--myth-versus-Fact.pdf>

También reporta, que las empresas mexicanas que exportan o que están en regiones que registran una mayor concentración de inversión extranjera, tienen mejores y mayores oportunidades de empleo. Mientras que en cuestiones ambientales, reporta la creación de dos instituciones binacionales el ACAAN y ACLAN²⁰, los cuales certifican y otorgan financiamiento a proyectos de infraestructura ambiental y laboral en la frontera de México con EE.UU., aportando cerca de mil millones para 135 proyectos aproximadamente.

Además, el TLCAN ha favorecido la industria agrícola de alimentos y bebidas mexicanas. La Secretaría de Economía estima²¹ que estas industrias recibieron influjos netos de 11,700 millones de dólares en inversión extranjera, de 1999 a 2006. Mientras que el suministro de hortalizas a los Estados Unidos, ha superado el 15%. La Inversión Extranjera Directa de EE.UU. y Canadá se concentra en servicios financieros (28.9%), comercio (11.8%) e industria automotriz (9.9%); alcanzando la IED acumulada de Canadá en México los 6,500 millones de dólares en 2007. Y finalmente el comercio trilateral en América del Norte aumentó un 5.0% en el 2007²².

Estas cifras representan sin duda alguna un crecimiento y el cumplimiento de algunas de las expectativas sobre el Acuerdo por parte de los Estados Unidos, pero ¿significan lo mismo para Canadá y México? Sobre el tema ambiental, sin duda alguna existe un avance. El gobierno mexicano ha hecho inversiones nuevas en esta materia, aumentando el presupuesto federal en un 81% entre 2003 y 2008.

²⁰ Como respuesta a diversas presiones sociales se negociaron los Acuerdos Paralelos de Cooperación Ambiental (ACAAN) y Laboral de América del Norte (ACLAN), los cuales entraron en vigor en 1994. Son los primeros acuerdos internacionales que involucran temas ambientales y laborales, en acuerdos de tipo comercial. Sus objetivos son: promover la cooperación ambiental o laboral (según sea el caso) entre los tres países y, asegurar el buen cumplimiento de la legislación en dichas materias en cada país. La *raison de être* de estos acuerdos radica, en evitar que los países signantes de un acuerdo de libre comercio como es el TLCAN, contemplen las consecuencias del mismo en temas tan sensibles como el laboral y el ambiental.

²¹ Sub secretaría de Negociaciones Comerciales Internacionales de la Secretaría de Economía. *El TLCAN: 12 años de éxito*, Marzo de 2006. Disponible en la página de la Secretaría de Economía através del siguiente URL: http://www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/tlcan/pdfs/tlcan_general.pdf

²² Representación de la Secretaría de Economía en Canadá. Mexico-Canada Trade and Investment from Canada in Mexico. Obtenido de Secretaría de Economía, Febrero de 2008. Disponible en: http://www.economia-snci.gob.mx/sic_php/pages/files_varios/pdfs/Can_oct07.pdf

En el caso de Estados Unidos y Canadá, desde 1890, ha existido la idea de formar una unión aduanera entre las dos naciones y, mucho antes durante la guerra de independencia de Estados Unidos, se esperaba crear una alianza con las provincias de Canadá para culminar con la invasión británica. Pero es hasta el siglo XX donde se mostró la estrecha relación comercial entre ambas naciones.

En 1911 el 60% de las importaciones Canadienses provenían de Estados Unidos²³ y, en los años posteriores el 70% del comercio entre las dos naciones estaba libre de aranceles. Sin embargo, es hasta el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos (ALCCEU) o CUFTA²⁴ (por sus siglas en inglés) en donde se expresó un compromiso más en forma por las dos partes en cuestiones comerciales.

Dicho acuerdo adopta el principio de Trato Nacional como norma básica. Básicamente plantea el comercio de bienes en productos cárnicos, frutas y verduras, bebidas, alimentos procesados, animales vivos, vino, ropa y textiles, combustibles, maquinaria y aparatos eléctricos. Resaltando sus objetivos, que son:

- a) eliminar las barreras al comercio de bienes y servicios;
- b) facilitar las condiciones de competencia justa en el área de libre comercio;
- c) liberalizar significativamente las condiciones para la inversión;
- d) establecer procedimientos efectivos para la administración conjunta de este acuerdo y la resolución de controversias y;
- e) sentar las bases para la cooperación bilateral y multilateral dirigida a ampliar y mejorar los beneficios de este Acuerdo²⁵

El punto clave del acuerdo, es la eliminación de aranceles y la reducción de barreras arancelarias al comercio; además destaca la aplicación que dicho acuerdo le da al comercio de servicios y a las inversiones, modelo que se retoma en el TLCAN.

Desde la administración de Ronald Reagan, se había propuesto liberalizar esta parte del continente es por ello que la aparición del ALCCEU no tardo mucho²⁶. Al

²³ Folsom, Ralph H. et.al., *NAFTA. A problem-oriented Course book*. St. Paul, MN: West Group, 2000.

²⁴ El Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y los Estados Unidos (CUFTA), se firmó el 2 de enero de 1988 y entró en vigor el 1 de enero de 1989.

²⁵ SUPRA n. 24, p. 13. Art. 102. Adicionalmente, ver Preámbulo.

²⁶ SUPRA n. 23 p. 13.

tiempo en que entró en vigor este tratado, México pidió ser incluido y, finalmente el 10 de junio de 1990, las tres partes acuerdan el establecimiento de un acuerdo para la creación de un tratado de libre comercio, iniciando las negociaciones el 5 de febrero de 1991, y culminando con la firma del tratado el 17 de diciembre de 1992.

Por lo tanto, el ALCCEU no sólo sirve como base para la creación del TLCAN, sino que se podría decir que es una réplica del Capítulo 18, el cual contiene modelos para resolver disputas que ahora están presentes en el TLCAN.

El capítulo 18 enfrenta la necesidad de mantener la armonía de las relaciones entre los Estados, a través de ciertos procedimientos que usualmente se componen, en principio, de notificaciones de un gobierno a otro, las cuales indican el motivo de discordia entre ellos. Son seguidas de un proceso de consultas y negociaciones directas, respecto a las medidas que se tomarán.

Posteriormente, si las consultas o negociaciones no resuelven la disputa, la etapa siguiente es hacer uso de otros recursos diplomáticos como: la mediación, los buenos oficios o conciliación por una tercer parte, e incluso si el método diplomático no resuelve potencialmente el problema, entonces se somete a un panel arbitral²⁷. Dicho panel, es obligatorio y vinculante para ambas partes, en aquellos casos derivados de la interpretación y aplicación del ALCCEU;²⁸ el cual es un procedimiento que no se encuentra dentro del GATT o cualquier otro acuerdo internacional. Además, la parte que resulte ganadora puede aplicar algún tipo de represalia o sanción en caso de incumplimiento por la otra parte.

Si una Parte no lleva a cabo de manera oportuna los resultados de un panel arbitral vinculante y las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre una indemnización adecuada o las medidas compensatorias, la otra parte tendrá el derecho de suspender la aplicación de beneficios equivalentes de este acuerdo para la parte incumplidora²⁹

²⁷ SUPRA n. 24 p. 13 Art. 1806(1)(b)

²⁸ *Ibid.* Art. 1103

²⁹ *Ibid.* Art. 1806(3)

El tratado de libre comercio de América del Norte, retoma parte de lo dispuesto en el ALCCEU, pero además de este mecanismo, el sistema del GATT ha sido de gran peso para la creación de sus mecanismos de solución de controversias. De hecho, no puede entenderse el funcionamiento del ALCCEU y posteriormente del TLCAN, sin revisar antes lo contenido en el GATT.

Esto se debe a que muchos acuerdos regionales, incluyen conceptos provenientes del GATT y retoman sus modelos de solución de controversias, dado que ambos son ampliamente aceptados por la comunidad internacional (incluso por aquellos países que no forman parte de este acuerdo), lo que sin duda proporciona una mayor seguridad y certidumbre al comercio internacional. Es por ellos que no hubo mucha objeción en que así fuera para el caso del TLCAN.

Incluso México que era un nuevo miembro en el GATT³⁰, ya tenía experiencia en utilizar sus mecanismos de solución de controversias, mediante el caso *Tuna/Dolphin* en contra de los Estados Unidos. Por lo tanto, no tuvo objeción en aceptar que los mecanismos que se utilizarían en el TLCAN tuvieran su fundamento en éste acuerdo.

Por lo tanto, el TLCAN tiene su fundamento en el artículo XXIV del GATT. Donde su objetivo es quitar las barreras al comercio mediante un área de libre comercio que expanda el comercio en bienes, servicios y propiedad intelectual; que garantice el crecimiento de la inversión, la creación de nuevos empleos y la mejora en la implementación de normas ambientales. Siendo su fin óptimo: el bienestar y desarrollo socioeconómico, de las partes signantes.

Es importante resaltar, que tanto en el ALCCEU como en el TLCAN, la jurisdicción y la aplicación del GATT así como los compromisos contraídos en este acuerdo, son respetados y reconocidos. Lo que quiere decir que aquellas disputas que surgen bajo el contexto del GATT deberán ser arregladas en ese foro. En el caso del ALCCEU, esto se hace presente en el artículo 1801 (2) que menciona: "Cualquier disputa que surja bajo este Acuerdo y el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, así como acuerdos negociados bajo el GATT, deberán ser resueltos en el foro correspondiente, de acuerdo a las reglas del mismo...". En el TLCAN el artículo 2005,

³⁰Greenwald, Joseph A., *Dispute Settlement in a North American Free Trade Agreement. Annals of the American Academy of Political and Social Science. Free Trade in the Western Hemisphere*, Vol. 526, 2003, p. 172-182.

hace referencia a la exclusión de foro; permitiendo que se revisen aquellos asuntos vinculados con alguna disposición del GATT, mediante las reglas de procedimiento de su órgano de solución de controversias.

Greenwald ³¹ menciona, “mientras la liberalización al comercio tiene éxito en reducir o eliminar las barreras visibles al comercio, el interés en utilizar mecanismos de solución de disputas aumenta”. Con un mecanismo de solución de controversias, se cumple el objetivo principal del TLCAN, que es: promover la cooperación internacional.

Es vital para alcanzar este objetivo, asegurar mecanismos que proporcionen un respaldo a las naciones de que los compromisos que firman tendrán validez y, que en caso del surgimiento de alguna controversia, existe un mecanismo jurídico que ejerza presión para resolver las controversias resultantes de manera práctica, sin violentar la soberanía del otro y, en el entendido de que las partes son altamente sofisticadas. De manera rápida y sin alterar los objetivos o violentar las relaciones existentes y de buena voluntad entre los países.

En pocas palabras, se requería de un mecanismo que generara la suficiente confianza, para que las partes estuvieran dispuestas a negociar y solucionar cualquier controversia que emana del tratado, precisamente en los mecanismos generados por y para el mismo.

Como ya mencionamos, el acuerdo además, tiene la característica de contar con tres sistemas jurídicos completamente distintos. Esto permite que el tratado tenga una riqueza jurídica que se traduce en su texto y, por supuesto, en sus mecanismos de solución de controversias. Como era de esperarse, al no sólo compartir Canadá y EE.UU. un sistema o tradición legal y reincorporar parte del texto del ALCCEU al TLCAN; México tuvo que ser la parte que realizó más ajustes al incorporarse al Tratado.

Zamora³² resalta, que de alguna manera con la firma del tratado, “México buscaba *americanizar* sus leyes, es decir, que el gobierno mexicano buscaba una

³¹ *Ibid* p.3015

³² Zamora, Stephen. *The Americanization of Mexican Law: Non-Trade Issues in the North American Free Trade Agreement*. Law and Policy in International Business, Vol. 24, 1993.

adopción del sistema americano a sus propios problemas económicos y sociales”. De igual forma, menciona que “el TLC permite que esto sea posible, sobre todo en las partes concernientes a servicios, inversión extranjera, derecho de la propiedad intelectual, laboral y medio ambiente”. Por lo que podemos decir que existe una adopción en el sistema mexicano de un sistema de solución de controversias que opera, de manera distinta, con la que sus cortes nacionales y sus abogados están acostumbrados a lidiar.

Este hecho representa un reto para la parte mexicana. Su tradición legalista y, la cultura jurídica que posee, desempeñan un papel importante al momento de resolver un conflicto (sobre todo si es internacional y tan sofisticado como suelen ser los conflictos comerciales); esto es porque no es posible (no sólo para México, sino para cualquier otro país) una adopción completa de un modelo ajeno. Por el contrario, debe tomarse en cuenta este factor y buscar soluciones legales que no causen un choque cultural entre los sistemas legales, que compongan un acuerdo comercial internacional. Sobre todo porque los mecanismos del TLCAN, no sólo permiten sino que utilizan como recurso adicional, el apoyo de instituciones nacionales cuya organización, operación y aplicación de disposiciones, medidas y represalias, son completamente distintas entre sí.

Además del problema existente entre la diferencia de tradiciones legales y la incorporación de mecanismos de solución de controversias a instituciones nacionales, se encuentran factores que han surgido en los últimos cincuenta años, y que se han contemplado o han desembocado en acuerdos más sofisticados. Los Estados no sólo se encuentran dentro de jugadas comerciales como los únicos actores y por lo tanto, como beneficiarios de los mismos. En los últimos años, han aparecido otros sujetos que influyen en el comercio internacional a la vez que obtienen beneficios comerciales y que deben responsabilizarse, en caso de incumplir algún compromiso, me refiero al sector privado y a los organismos no gubernamentales.

Considerando estos factores los gobiernos decidieron crear la OMC, para tratar de homogeneizar el sistema jurídico internacional y crear un mecanismo de solución de controversias más efectivo. Siguiendo esta línea, durante las negociaciones del TLCAN no sólo los gobiernos, sino los sectores privados y algunos grupos políticos y sociales (como es el caso de grupos ambientales y laborales) pusieron gran énfasis en asegurar

mecanismos de resolución de disputas efectivos, de hecho la viabilidad del tratado, así como su existencia prácticamente dependió de la creación de estos mecanismos y de corroborar, en la medida de lo posible, la efectividad de los mismos.

Por lo tanto, la creación de estos mecanismos era un objetivo, que conllevaría al cumplimiento de los demás objetivos. En primer lugar, había que lograr una equidad entre las partes del tratado, esto por las diferencias económicas, sociales e incluso culturales que resaltaban al inicio de las negociaciones del tratado y que ya se mencionaron.

Su firma representaba para el gobierno mexicano una oportunidad de crecimiento y desarrollo, lo cual era bastante obvio para Estados Unidos quien a su vez, estaba convencido de que las reformas que pudieran darse al interior de México para adoptar lo aceptado en el tratado, le permitiría obtener una mayor demanda mexicana de sus productos, y una mejor aceptación de sus inversiones, e incluso, se esperaba que los niveles de migración disminuyeran al lograr que México alcanzara un estado de bienestar similar al de sus aliados.

Simultáneamente, Canadá y México consideraban la importancia de asegurar que Estados Unidos cumpliera con lo pactado, aminorando la asimetría de poder y eliminando la posibilidad de cualquier acción unilateral que contrarrestara los efectos del tratado, convirtiéndose en el único o mayor beneficiario.

Otro de los objetivos de tener un mecanismo de solución de disputas, es asegurarse que los intereses particulares de las partes no tengan mayor peso que el cumplimiento de lo contenido en el tratado y el logro la cooperación transnacional. Este era uno de los temores de México y Canadá. Algunos académicos consideran que esta preocupación y temor por parte de los socios de EE.UU. se debe a que “la política comercial de Estados Unidos se formula y aplica a través de procesos políticos que descentralizan la toma de decisiones y aumentan la influencia política de ciertos órganos gubernamentales como el Congreso (comités o legisladores particulares) o de grupos de

interés que son relativamente pequeños y de representatividad limitada, tales como los sindicatos y las cámaras de comercio”.³³

Un ejemplo de esto es la Ley Helms-Burton o *Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act* de 1996, la cual disponía “acciones en contra de las empresas extranjeras y las personas que trabajen para ellas, que de algún modo se beneficien de propiedades de ciudadanos estadounidenses que fueron confiscadas después de la revolución cubana”, lo cual obviamente dañaba sustancialmente al comercio y las relaciones que surgían de este. El objetivo político de esta ley era bastante obvio: fortalecer el embargo a Cuba, evitando la inversión extranjera en ese país para deteriorar su economía y finalmente propiciar la caída del régimen de Castro.

En el caso de México y Canadá, el temor era que sus inversiones sufrieran daños en consecuencia de esta ley. Es precisamente la sección 103³⁴ de esta ley la que causó revuelo entre la Comunidad Internacional, ocasionado por la violación de los artículos 8 y 9 del estatuto del FMI, artículos 6 y 10 del Banco Mundial, artículos 2 y 11 del Banco Interamericano para el Desarrollo y en su totalidad las bases jurídicas del Tratado de Libre Comercio de América del Norte³⁵.

Finalmente, ni México o Canadá recurrieron al mecanismo de solución de controversias del Capítulo XX del TLCAN para resolver este asunto. Bastó con la creación de leyes nacionales³⁶ que contrarrestaran los efectos de la ley Helms-Burton así como declaraciones hechas por los gobiernos de ambos países en foros internacionales, utilizando el método diplomático de solución de conflictos. Además, la Unión Europea fue la encargada de llevar el caso ante un panel en la OMC, argumentando que era una ley extraterritorial lo que va en contra del Derecho Internacional y de las reglas contenidas en el GATT.

³³ Vega Cánovas, Gustavo, et. al. México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM y El Colegio de México. México, 2005.

³⁴ La sección 103 de la ley Helms-Burton prohíbe préstamos, créditos, financiamientos por los ciudadanos o residentes de Estados Unidos en relación a los bienes confiscados.

³⁵ (Roy, 1997)

³⁶ En el caso de Canadá se implementó *The Foreign Extraterritorial Measures Act* (FEMA). Mientras que México implementó la *Ley de Protección al Comercio y la Inversión de Normas Extranjeras que Contravengan el Derecho Internacional*

A pesar de que la Ley Helms Burton surgió una vez firmado el tratado, es un ejemplo claro de porque Canadá buscaba una protección de medidas similares tomadas por Estados Unidos, con el fin de evitar la imposición de alguna medida arbitraria que interrumpiera el flujo comercial. Tanto México como Canadá velaron porque el TLCAN presentara un mecanismo de defensa en este tipo de controversias y Estados Unidos estaba muy interesado en proteger a sus inversionistas.

Abbott describe a la perfección la situación pre negociación del Tratado diciendo, “el marco institucional y jurídico del TLCAN refleja objetivos muy particulares que los negociadores de Canadá, Estados Unidos y México persiguieron bajo restricciones impuestas por el ambiente político en las negociaciones”³⁷

1.2 Mecanismos de solución de controversias del TLCAN.

1.2.1 Capítulo XX.

En este capítulo se desarrolla un mecanismo general para la prevención y solución de disputas derivadas de la interpretación o aplicación del tratado, sobre aquellas medidas o proyectos de alguna de las partes que pueda ser inconsistente con lo propuesto en el mismo y, por lo tanto, sea causa de anulación o deterioro de algún beneficio esperado por otra parte.

Por la naturaleza de este capítulo, muchos de los casos que se presentan son resueltos mediante vías diplomáticas antes de poder presentar un procedimiento ante un panel arbitral. Por esta razón que existe pocos casos a diferencia de otros capítulos, que tratan temas como inversión o cuotas compensatorias o antidumping. Un punto importante en este capítulo es que el procedimiento sólo pueden iniciarlo los gobiernos de los Estados parte.

Se he decidió no profundizar en este capítulo sus características, ya que hablaremos a profundidad del mismo en los siguientes capítulos.

³⁷ Abbott, Frederick M. *NAFTA and the Legalization of World Politics: A Case Study*. International Organization, Vol. 54, No. 3, 2003, pp. 519-547.

1.2.2 Capítulo XIX.

Considerado uno de los mecanismos de solución de controversias más innovadores. Se encarga de resolver aquellas disputas relativas a la interpretación y/o aplicación de legislaciones *antidumping*, de subsidios y compensatorias. Este mecanismo se estructuró siguiendo un modelo “orientado por reglas”, a diferencia del Capítulo XX que involucra ambos medios, el diplomático y posteriormente el orientado por reglas. Es una continuación del capítulo 19 del ALCCEU.

El objetivo principal de Canadá al incluir este capítulo en el ALCCEU, era desligar las operaciones comerciales canadienses de las acciones que EE.UU. realizaba en contra del comercio desleal, ya que buscaba un acceso más seguro a ese mercado y que a su vez, proporcionara certidumbre a sus comerciantes. Al no aceptar Estados Unidos que Canadá fuera excluido de sus leyes de remedio contra el comercio desleal (*trade remedy laws*) se creó un mecanismo transitorio³⁸ para la resolución de disputas, a través de paneles binacionales integrados por juristas en forma *ad hoc*, que revisarían las determinaciones *antidumping* y las cuotas compensatorias sobre casos particulares y cuyas decisiones tuvieran carácter obligatorio.

Cuando las negociaciones sobre la inclusión de este capítulo al TLCAN iniciaron, México se mostró completamente a favor y ansioso de su inclusión en el TLCAN; sin embargo, tanto Canadá como Estados Unidos se resistieron a incluir a México en dicho mecanismo ya que argumentaban (sobre todo la parte estadounidense) que no podía aplicarse a México por la diferencia en el sistema legal y su falta de transparencia, de informes completos, fallas en el debido proceso y una adecuada revisión judicial³⁹, tal como se explica en el siguiente párrafo:

Un aspecto importante para el gobierno mexicano fue la consideración de hasta qué punto podría tolerar un mecanismo que funcionaba con base en

³⁸ De acuerdo al artículo 1906 del ALCCEU establecía que dichas disposiciones tendrían una vigencia de 5 años, *en tanto se elabora un sistema sustituto de reglas en ambos países sobre cuotas antidumping y compensatorias, que habrá de ser aplicado al comercio bilateral*. Dando como prórroga de este tiempo un periodo de dos años y permitiendo a las partes cancelar su aplicación mediante previo aviso con seis meses de anticipación.

³⁹ SUPRA n.30

procedimientos legales extranjeros [...] a cambio de disponer del mecanismo binacional de la aplicación de cuotas antidumping y compensatorias⁴⁰.

Pero finalmente, este mecanismo logró incorporarse al TLCAN sin presentar muchas discrepancias con su antecesor. El artículo 1904, describe el funcionamiento de este mecanismo:

Cada una de las Partes reemplazará la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias con la revisión que lleve a cabo un panel binacional. Se integra un panel cuando una industria presenta una solicitud de integración de panel ante el Secretariado del TLCAN para requerir que se revise una decisión emitida por una autoridad competente relacionada con las importaciones.

Siendo las autoridades competentes en determinar la existencia de dumping y subsidios: la *Canadian International Trade Tribunal*⁴¹ en Canadá y, *the International Trade Administration* para Estados Unidos. Las autoridades que conducen las investigaciones de daño, para determinar si alguna de estas medidas causo un daño sustancial a la industria nacional, son: *Canadian International Trade Tribunal* (Canadá) y, el *International Trade Commission* (EE.UU.). En México sólo una autoridad se encarga tanto de las determinaciones de dumping y subsidios como del daño que causan y es la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales (UPCI), de la Secretaría de Economía.

Para los Estados Unidos, este fue un punto de preocupación en el Congreso al momento de las negociaciones, debido a la falta de deferencia en las instancias estadounidenses y la incorrecta aplicación del derecho americano por lo paneles⁴². Por su puesto, el interés principal de Estados Unidos era disminuir el número de casos que se presentaban y que perdía. Por lo tanto, un punto crucial es la elección de panelistas ya

⁴⁰ SUPRA n.33

⁴¹ Tribunal Canadiense de Comercio Exterior

⁴²Trebilcock, Michael J., Howse, Robert. *The Regulation of International Trade* .Taylor & Francis Group, London and New York : Routledge, 3rd. Edition ed., 2003.

que son elegidos por su objetividad, confiabilidad, buen juicio y conocimiento de derecho comercial⁴³.

Las decisiones de los panelistas otorgan credibilidad al sistema esto es porque tienen la característica de ser muy completas y cuidadosamente razonadas. Además, a pesar de que los paneles son mecanismos *ad hoc*, sus decisiones son vinculantes, por lo que deben cuidar que no sean inconsistentes o faltas de coherencia legal.

Como ya se mencionó, en el ALCCEU, aunque se trataba de países cuyos sistemas jurídicos son muy similares, la legislación nacional y su aplicación es distinta. Por lo que es razonable que al involucrar a otra parte con un sistema completamente distinto como México, se requería que el funcionamiento de este mecanismo estuviera bien detallado y regulado.

Así que se decidió que los paneles estuvieran conformados por jueces de las partes afectadas, siendo la ley aplicable la de la nación cuya cuota compensatoria o ley antidumping esté en cuestión; es decir, si Estados Unidos impone una cuota compensatoria entonces la ley aplicable será la de Estados Unidos, dado que este capítulo está creado para resolver cuestiones que tienen que ver con derecho nacional. Siendo el foro el lugar de la ley aplicable, es decir en este caso sería Washington. Si el caso se trata de alguna medida impuesta por México, entonces el foro sería la ciudad de México y en el caso de Canadá, Ottawa.

Existe la posibilidad de impugnar la decisión del panel estableciendo un comité de impugnación extraordinaria integrado por tres miembros, los cuales se seleccionan de una lista integrada por quince jueces de un Tribunal de alguna de las partes, dentro del plazo de quince días a partir de una solicitud conforme al Artículo 1904(13), siendo la resolución que el comité tome obligatoria.⁴⁴ En sí este comité no otorga un remedio por sí mismo, sólo confirman o devuelven la disposición final del panel.

A diferencia del Capítulo XX, se han presentado más casos para su solución, de los cuales para Trebilcock el caso *Softwood Lumber*, uno de los más importantes, ha demostrado la fragilidad del Capítulo XIX en el proceso de revisión del capítulo en

⁴³ Ver anexo 1901.2 (1) del TLCAN.

⁴⁴ Ver Anexo 1904.13

casos donde la norma genuina del conflicto subraya la disputa y representa una crisis de legitimidad para este proceso de proporciones considerables.

El caso más reciente resuelto bajo este capítulo es el caso Manzanas de mesa variedades Red Delicious y sus mutaciones y Golden Delicious originarias de EE.UU., el cual es un caso que disputaron México contra Estados Unidos. Los demás casos presentados bajo este capítulo, pueden observarse en el Anexo I de este trabajo.

Finalmente pese a las distintas controversias que surgieron, el TLCAN dejó en su totalidad el capítulo homólogo del ALCCEU. Es un capítulo que opera en un área muy controvertida del derecho nacional y donde muchos intereses nacionales están en juego y, por lo tanto, ha sido muy criticado por muchos especialistas en el tema pero podemos decir que en términos generales, es un capítulo que ha funcionado bien y que ha resuelto controversias, además representa un adelanto sustancial para la solución de disputas en la materia.

1.2.3 Capítulos XI y XIV.

El Capítulo XI se encarga de resolver aquellas disputas concernientes al trato a la inversión extranjera. Mientras que el Capítulo XIV resuelve disputas concernientes a los servicios financieros y establece que la Sección B del Capítulo XX se aplicará, con modificaciones, a la solución de controversias relativas a los servicios financieros. Una lista de expertos en derecho financiero o en la práctica ofrece árbitros para dirimir este tipo particular de disputa.⁴⁵ Sin embargo ningún caso se ha presentado al respecto en este tema, por lo que nos evocaremos a revisar el procedimiento que se lleva en el capítulo XI.

Este capítulo establece un mecanismo para la solución de controversias inversionista contra Estado. Mientras que los capítulos XX, XIX y XIV se refieren a las controversias que surgen entre Estados, el Capítulo XI son controversias entre una parte privada y una Estatal.

⁴⁵ (NAFTA. North American Free Trade Area dispute settlement procedures)

Las quejas sobre este tipo de disputas son llevadas por los inversionistas extranjeros, alegando que el gobierno anfitrión no ha cumplido con sus obligaciones en virtud del Capítulo XI, por lo que pueden recurrir a uno de siguientes mecanismos de arbitraje:

- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial;
- Las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI y;
- Las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Reglas de CNUDMI).

Además de estos mecanismos, el inversionista puede elegir como recurso adicional aquellas cortes nacionales que estén disponibles en la nación anfitriona. El mecanismo de este capítulo es un modelo orientado por reglas, aplicando las consultas entre estados. El fin principal es dar protección a los inversionistas y sus inversiones dentro del TLCAN. Pero siempre se centrará en el arbitraje y no en paneles binacionales como los otros capítulos.

En este capítulo se retoma el principio del GATT de Trato Nacional, por el cual los estados miembros acuerdan otorgar el mismo trato que a los inversionistas nacionales en el mismo rubro industrial. Se encuentra contenido en su artículo 3, mientras que en el TLCAN está contenido en el artículo 1102 que menciona:

1. Cada una de las Partes otorgará [a las inversiones] e inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.

4. [...] Ninguna Parte podrá:

(a) imponer a un inversionista de otra Parte el requisito de que un nivel mínimo de participación accionaria en una empresa establecida en territorio de la Parte, esté en manos de sus nacionales, salvo que se trate de acciones nominativas para directivos o miembros fundadores de sociedades; o

(b) requerir que un inversionista de otra Parte, por razón de su nacionalidad, venda o disponga de cualquier otra manera de una inversión en territorio de una Parte.

Existen algunas excepciones para aplicar este principio. Aunque éste artículo se aplica no sólo a los gobiernos federales, sino que, tanto los estatales como locales deben vigilar que se cumpla, salvo aquellos que se encuentren dentro de las reservas a este artículo, las cuales se encuentran contenidas en el artículo 1108 del TLCAN y Anexos I, II y II del TLCAN.⁴⁶

Otro principio del GATT que se aplica es el de Nación más favorecida, el cual se localiza dentro del tratado en el artículo 1103.

Cada una de las Partes otorgará a [las inversiones y] los inversionistas de otra Parte trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.

Además, el artículo 1105 especifica que cada parte dará a los inversionistas un trato justo y equitativo conforme a derecho internacional, que es el trato mínimo que las partes merecen.

El procedimiento para la solución de cualquier caso en materia de inversiones se explica a continuación. Como se mencionó, antes de presentar cualquier caso ante un tribunal arbitral, las partes son alentadas a la solución diplomática al otorgar un plazo de 90 días para notificar a la otra parte la existencia de una controversia.⁴⁷ Por lo tanto se emprende un periodo de notificaciones y/o negociaciones,⁴⁸ las cuales pueden defender los intereses de un inversionista o bien, de la empresa que controla.

La sección B del capítulo XI, provee las reglas de procedimiento para ser utilizadas en caso de que la parte diplomática no tenga éxito. Un inversionista podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el artículo 1116.

Este capítulo fue toda una innovación para México, ya que fue gran seguidor y precursor de la Doctrina Calvo, la cual hace referencia a una estricta regulación en

⁴⁶ SUPRA n. 33

⁴⁷ Art. 1119 TLCAN.

⁴⁸ Art. 1118 TLCAN.

materia de inversión extranjera y requiere que las disputas sean llevadas únicamente ante cortes nacionales⁴⁹. Sin embargo, el gobierno mexicano cedió al igual que muchos otros países latinoamericanos seguidores de la Doctrina Calvo, y con los que Estados Unidos logró firmar acuerdos comerciales durante los ochentas, gracias a la incorporación de provisiones que incluyan arbitrajes vinculantes y la incorporación de normas que incluyan la compensación dentro del derecho internacional⁵⁰.

No sólo regula el contenido del acuerdo conforme a derecho internacional, sino que va más allá al regular las leyes locales de las partes del acuerdo, es decir, cuando un tribunal arbitral toma una decisión sobre un caso particular, dicha decisión es vinculante y debe hacerse efectiva por las cortes locales del país involucrado.

Para 1999, había un total de 11 casos presentados bajo este capítulo, de los cuales uno había concluido, nueve permanecían activos y dos aparentemente se habían desechado⁵¹. Por mencionar algunos de los más sobresalientes: Metalclad, Ethyl y Loewen.

De acuerdo con Gus Van Harten, profesor adjunto de la Universidad de Derecho de Osgroode Hall, en la Universidad de York de Toronto, el caso más destacado de este capítulo es Loewen ya que es el primer laudo donde con valentía se declaró que el sistema no era una contienda general para los inversores. En el mismo se dijo que los estados retienen importantes intereses que precisan ser respetados. Demostró que los árbitros pueden y deben ejercer prudencia por razones políticas⁵².

Mientras que para Todd Weiler⁵³ los casos más relevantes son Glamis Gold Inc. c. EUA y Grand River Enterprises Six Nations Inc. et al c. EUA⁵⁴. Los cuales aún no cuentan con una resolución, ambos casos involucran la intersección entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de protección de las inversiones, dentro del contexto de los derechos de los pueblos indígenas.

⁴⁹Hufbauer, Gravy Clyde; Schott, Jeffrey J. NAFTA Revisited: Achievements and Challenges. Institute for International Economics. Washington, United States, 2005.

⁵⁰ SUPRA n. 13

⁵¹McKinney, Joseph A., Created from NAFTA: The Structure, Function and Significance of the Treaty's Related Institutions. M.E. Sharpe, United States, 2000.

⁵² Gus Van Harten, en entrevista con Elizabeth Whitsitt para *Investment treaty news*. Entrevista completa disponible en <http://www.iisd.org>

⁵³ Profesor, árbitro, asesor legal y consultor en derecho económico internacional

⁵⁴ Ibid n. 52

Otro caso igualmente importante y controversial ha sido Metalclad, en el cual México fue la parte demandada e involucra medidas ambientales. En el artículo 1110, se expresa que ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea por causa de utilidad pública.

En Metalclad éste ofreció sus servicios al gobierno mexicano comprometiéndose a la limpieza de La Pedrera en San Luis Potosí, a cambio de que se le autorizara la reapertura y expansión del basurero tóxico y obtener ganancias de este hecho; sin embargo diversas autoridades municipales y ambientales protestaron en contra de Metalclad argumentando que en realidad ponía en peligro una especie muy rara de cactus, fundamentando este argumento bajo el artículo 1110. El CIADI declaró que este argumento no era esencial para la decisión del tribunal respecto a la violación del artículo 1110.

Finalmente, el tribunal determinó una indemnización de 16 millones 685 mil dólares con base en el valor de la inversión. La Suprema Corte de la Columbia Británica anuló parcialmente el laudo bajo el argumento de que el tribunal arbitral excedió su competencia al sustentar su laudo en principios de transparencia que no se encuentran en el capítulo 11⁵⁵.

El Capítulo XI es mucho más extenso y posee un mayor control sobre las acciones de los gobiernos, que otros capítulos similares en la OMC y otros acuerdos regionales.

1.2.4 Acuerdos Complementarios: ACAAN y ACLAN.

Como ya mencionamos antes, además de los mecanismos previstos en los capítulos XX, XIX, y XI, también se desarrollaron dos Acuerdos Paralelos: a) Acuerdo de Cooperación Ambiental (ACAAN) que establece un marco normativo para la

⁵⁵ SUPRA n. 33

cooperación, protección y mejoramiento del medio ambiente y; b) Acuerdo de Cooperación Laboral.

La creación de ambos acuerdos respondió a diversas presiones a los gobiernos por parte de grupos sociales; tanto en materia ambiental como laboral. Así que se crearon Comisiones que vigilan el cumplimiento de esos acuerdos.

En el caso de la parte ambiental la Comisión de Cooperación Ambiental (CCA) se encarga de supervisar las disposiciones del Acuerdo y vigilar el objetivo máximo del mismo, el cual es que los tres países cumplan con altos niveles de protección ambiental y organizados en:

- Un Consejo Ministerial, el cual es la autoridad final;
- el Comité Consultivo Público Conjunto conformado por expertos ambientales o académicos de los tres países y se encarga de asesorar al Consejo y el Secretariado sobre los programas que se implementarán y;
- el Secretariado, conformado por expertos y profesionales de los tres países y ejecuta las decisiones de la Comisión.

Para alcanzar el objetivo de este acuerdo, era necesario incluir un mecanismo de solución de controversias el cual funciona mediante tres disposiciones. La primera se refiere a problemas de tipo contencioso y se resuelven a través de lo dispuesto en los artículos del 22 al 36. En segundo lugar, los problemas deben ser persistentes, es decir, los Estados o las empresas causantes del daño deben de incurrir en la práctica u omisión de manera tal que se cause un daño potencial al ambiente. El tercero, se trata de los castigos a este tipo de conductas, los cuales pueden ir de multas hasta la cancelación de ciertos beneficios del TLCAN con el fin de que estas disposiciones se cumplan.

Los asuntos sobre materia laboral siempre son políticamente más sensibles que los ambientales. En el caso del ACLAN, los grupos laborales de los tres países siempre exigían obtener más derechos, muchos de ellos esperaban que se pactara una apertura laboral similar a la que tiene la Unión Europea, con estándares comunes y reglamentos de protección laboral que apliquen a los tres socios. Sin embargo, tales ambiciones no se lograron y el acuerdo se limita a revisar que las legislaciones nacionales se cumplan, así como la promesa de los gobiernos de mejorar los estándares laborales.

El mecanismo de solución de controversias se activa de gobierno a gobierno, mediante la denuncia de alguna ONG, siempre y cuando los Estados decidan que en efecto la denuncia procede y es necesario realizar consultas con el otro gobierno.

En resumen, la mejor definición del TLCAN y sus mecanismos de solución de controversias la dan Cánovas, Vega y Posadas diciendo que “el TLCAN, desde la perspectiva de la juridización, es un acuerdo que establece niveles relativamente amplios de obligatoriedad y precisión a través de un conjunto de normas incluidas en 22 capítulos, en los cuales se detallan de manera muy clara y precisa una serie de obligaciones y derechos de los tres países en una amplia gama de materias relacionadas con el comercio de bienes, la inversión, la propiedad intelectual, el comercio de servicios, etcétera. Incluye además una serie de anexos que elaboran y detallan las obligaciones de las partes y las excepciones a las mismas”⁵⁶.

1.3 Consideraciones geopolíticas.

Antes de continuar con el análisis correspondiente del Capítulo XX y los casos que de él emanan, es importante analizar el contexto geopolítico en el que el TLCAN se originó, el cual sin duda alguna y a poco más de quince años de la firma del tratado, es completamente distinto, o como Oropeza diría “la naturaleza de las intencionalidades y las condiciones económico-político-sociales en las que se realizó, tanto de los países firmantes, como del mundo global y hemisférico que le rodearon, son diametralmente diferentes”⁵⁷.

Además de los obstáculos y el clima político, económico y social que se daba al interior de México, Canadá y Estados Unidos y de aquellas cargas históricas que como vecinos llevaban ante las mesas de negociaciones; existe un factor considerado como muy importante para el surgimiento de un acuerdo que integrara a América del Norte, pese a las asimetrías económicas que posee, y la levantara como un bloque económico importante, se trata del componente asiático.

⁵⁶ SUPRA n. 1833, ver p. XXIX

⁵⁷ Oropeza García, Arturo. *México y el TLCAN en el marco de la integración en América Latina*. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1667/16.pdf>

Al inicio de la década de los 80's, Estados Unidos enfrentaba un momento de decadencia en su historia. En parte tuvo su origen cuando las naciones exportadoras de petróleo lograron el alza en sus precios después de la guerra de Medio Oriente en 1973, al tiempo en que se daban las negociaciones de la Ronda Tokio para el GATT. Al darse un ajuste en los precios del petróleo, la inflación subió, el crecimiento se desaceleró y las monedas fluctuaron, además de que el déficit presupuestario aumentó⁵⁸.

Ante dicho escenario mundial, Japón significó la salvación para Estados Unidos a mediados de los ochentas; ante un panorama interno de déficit provocado por la falta de ahorro y la necesidad de financiar el presupuesto federal. Tan fue así que reemplazó al Reino Unido, quien por la historia que existe entre ambos países, había fungido como el primer comprador extranjero dentro de la bolsa de valores americana.

Tal interacción se dio ante políticas comerciales contrarias. Por un lado, Japón desarrolló su poder comercial bajo un régimen proteccionista. Villafañe⁵⁹ menciona que “exportar y obtener divisas constituía para Japón, no una decisión estratégica, sino un factor más en todo su andamiaje económico”, ocasionado por la situación geográfica de asilamiento de Japón y las condiciones físicas de su territorio. A raíz de un crecimiento acelerado en esta nación, a través de desarrollar el mercado interno para aquellas empresas que antes de la guerra habían sido grandes exportadores; y utilizar el método del comercio exterior⁶⁰, logrando que sus exportaciones complementaran el mercado interno, aportando las divisas necesarias para las importaciones.

El modelo de crecimiento Japonés estuvo controlado en su totalidad por el gobierno, restringiendo el número de importaciones que sus empresas requerían y asegurándose de que éstas fueran estrictamente necesarias. Su reinserción a las relaciones internacionales, fue apoyada en gran parte por Estados Unidos, quien contrariamente suele tener una política comercial donde el libre comercio es la ideología predominante, y las fuerzas del mercado determinan lo que cada país podría producir y la interacción del comercio; cuando en realidad el gobierno debería, idealmente, actuar como un árbitro neutral y no utilizar la política comercial para promover la

⁵⁸ Lovett, William A. et al.; *U.S. Trade Policy. History, Theory and the WTO*. M.E. Sharpe, Armonk, New York, 1999.

⁵⁹ Villafañe López, Víctor. *La nueva era del Capitalismo. Japón y Estados Unidos en la cuenca del Pacífico 1945-2000*. Siglo Veintiuno Editores, México, 1994

⁶⁰ Ibid. p. 31

competitividad de la industria estadounidense, tal como hemos visto principalmente en los últimos treinta años.

Sobre todo si observamos los últimos años de la década de los 80's y principios de los 90's, podemos observar cómo Estados Unidos fue entretejiendo sus alianzas comerciales, de tal manera que pudiera conservar por más tiempo y ante posibles competidores comerciales, el poderío que había ganado durante los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial.

Cuidadosamente observó y apoyó el crecimiento económico de Japón, y astutamente supo ganar un aliado comercial en él, aislándolo de los que serían sus antiguos aliados comerciales:

Japón, fue obligado a dirigirse a mercados distantes, pero también le crearon las condiciones para un mayor establecimiento con sus vecinos del sudeste asiático, política que fue la clave para su dominio global en segmentos del comercio mundial en los años ochenta. Esta política comercial de los Estados Unidos proyectaría la consolidación de los bloques económicos en los noventa.

Como es el caso del TLCAN. Si analizamos el comportamiento de Estados Unidos, podremos observar que todo respondía perfectamente a una serie de estrategias geopolíticas por parte de éste. Además de las negociaciones para la conformación de la Unión Europea, lo que sin duda constituiría un bloque económico fuerte que contrarrestaría el poder de los Estados Unidos y; las negociaciones para la conformación de la OMC; se encontraba la presión de los países del Este Asiático, los cuales se vislumbraban desde ese entonces como naciones cuyo poder económico y comercial crecía de manera acelerada y muchos auguraban, sobre todo en el caso de China o incluso Japón, que podrían llegar a obtener el lugar que en ese entonces tenía Estados Unidos, lo cual hoy en día podemos observar que no está muy lejos de la realidad.

Así que en una buena estrategia geopolítica, Estados Unidos hace uso de sus vecinos para crear un bloque que le permitiera conservar su posición económica ante el escenario mundial: una unión comercial de América del Norte. Como era de esperarse, las negociaciones de éste tratado desencadenaron diversos intentos por parte de las naciones asiáticas de crear un bloque que contrarrestara el peso de América del Norte.

Con todos estos factores, se podría entrever que la apuesta de Estados Unidos se dirigía hacia el regionalismo y a la obtención de beneficios exclusivos.

Por su parte Canadá observó el comportamiento comercial de Estados Unidos y ponderó como ventajosa la unión con éste, asegurando a sus empresas la entrada a ese mercado. Pero también, buscando la protección de sus intereses y de los intereses de sus empresas, ya que conocía bien las políticas que su vecino desarrolla en el ámbito comercial internacional.

No es de extrañar que se haya insistido tanto la inclusión de un mecanismo como el del Capítulo XX, sobre todo porque el mecanismo del Capítulo XIX es completamente novedoso y no se conocía a ciencia cierta la efectividad que podría tener. Sobre el capítulo de inversión, también había ciertas expectativas y se tendría que poner a prueba, por el uso que se hace en éste capítulo sobre mecanismos nacionales para resolver disputas provenientes del tratado y el uso de instancias como el CIADI, que sin duda alguna han resultado bastante satisfactorias.

La experiencia del Capítulo XX

El capítulo XX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, es el Capítulo sobre resolución de disputas más importante por su contenido. Trata los asuntos relacionados con la interpretación del tratado en sí y, la aplicación del mismo y es a su vez, el más general de todos.

Se analizará la composición del capítulo, también el objeto de su surgimiento y la discusión sobre su diseño institucional, el por qué es tan general siendo tan importante. Además se examinará si es necesario realizar modificaciones, con base a la efectividad que ha demostrado en los casos que se han presentado bajo este capítulo y, sobre todo aquellos que se han resuelto. Analizando con esto, si a 16 años de la existencia del tratado, la existencia del capítulo XX aún tiene razón de ser o, si precisamente su diseño, se ha convertido en una barrera para la resolución de disputas.

De igual forma se hará una comparación entre el capítulo XX del TLCAN y su homólogo en la OMC. Con el fin de determinar, cuál es la jurisdicción de la OMC en la revisión de discordias provenientes del TLCAN.

2.1 Los fundamentos para su constitución.

Tanto Canadá como México son naciones dependientes del comercio con Estados Unidos y han celebrado acuerdos en esta materia con dicha nación, lo que ha permitido crear antecedentes para la resolución de conflictos. El predecesor más cercano es el Acuerdo de Libre Comercio de Canadá y Estados Unidos (ALCCEU), tal como vimos en el primer capítulo. En este sentido el predecesor del Capítulo XX sería el capítulo 18 del ALCCEU.

Básicamente el texto del capítulo 18 fue trasladado al capítulo XX, realizando algunas distinciones al incluir a México en el tratado. Uno de esos puntos, se refleja en

la elección de paneles para la solución de controversias. Por un lado, la Comisión del Capítulo 18 elegía a la Mesa que conformaría el panel, incluido el presidente del mismo; mientras que en el TLCAN, son precisamente las partes involucradas en el caso las que eligen quienes conformaran los paneles arbitrales y eligen al presidente del mismo de mutuo acuerdo, o bien, en su defecto por sorteo.

Tanto Estados Unidos como Canadá, estaban muy interesados en hacer que México pudiera sentir cierto nivel de compromiso con el cumplimiento del tratado. Su principal preocupación era asegurar que el mecanismo funcionara, sobre todo porque consideraban que México podría ocasionar problemas en la aplicación de las disposiciones del tratado, al ser el miembro más rezagado en temas sobre la aplicación del debido proceso legal y el cumplimiento de disposiciones; además sabían que el tratado traería muchos cambios económicos y políticos a su nuevo socio, ocasionando hasta cierto punto un incumplimiento del tratado.

Por su parte, México estaba dispuesto a la incorporación del mecanismo del Capítulo 18, por la protección que el Capítulo ofrecía. Sobre todo, al tener un socio comercial como Estados Unidos, cuyas leyes nacionales convenientemente suelen invalidar disposiciones internacionales. Además, México parecía estar dispuesto de probar a sus vecinos del norte, que estaba preparado para cumplir con todo lo dispuesto mostrando una posición que generara confianza.

Canadá, quien también conocía el modo de operar de Estados Unidos, había buscado protegerse desde el ALCCEU y por ello no objetó que se incorporara en el TLCAN, por el contrario, promovió su inclusión en el TLCAN y convenció a Estados Unidos de las ventajas que traería consigo un mecanismo de solución de controversias, ante un socio como México.

Otro fundamento se encuentra en los capítulos 22 y 23 del GATT, los cuales hablan sobre el procedimiento de consultas que deben seguir las partes de una disputa, en caso de que ésta exista y, sobre las causas de anulación y menoscabo de un acuerdo, por el incumplimiento de los objetivos realizado por una de las partes.

Es muy común que los acuerdos contengan dentro de sí disposiciones sobre el procedimiento a seguir en caso de duda en la correcta aplicación de un tratado y que resuelvan aspectos generales del mismo. Sin duda alguna, el Capítulo XX esperaba cumplir con este objetivo.

2.2 El procedimiento del Capítulo XX.

A diferencia del Capítulo XIX, el capítulo XX se desarrolló incorporando un modelo diplomático y utiliza como recurso final, un modelo orientado por reglas. Este Capítulo, se encuentra dividido en tres secciones. La Sección A, se refiere a las instituciones que vigilan el tratado que son: la Comisión de Libre Comercio y el Secretariado. La Sección B está relacionada con el mecanismo genérico de solución de controversias y; la Sección C, describe los procedimientos internos y la solución de controversias comerciales privadas.

Cuando una disputa de carácter general sobre la interpretación, aplicación o la ruptura del Tratado surge, entonces el procedimiento a seguir es primeramente, realizar una serie de consultas entre las cancillerías o el departamento encargado de los asuntos relacionados con el TLCAN, cada uno de los gobiernos afectados. Si las partes no logran resolver sus desacuerdos mediante este primer paso, entonces una de las partes (generalmente la parte reclamante o afectada) envía notificaciones a la Comisión de Comercio del TLCAN, la cual es la máxima institución política del tratado y su principal responsabilidad es precisamente, vigilar el cumplimiento de las disposiciones del acuerdo.

La Comisión está compuesta por representantes de cada parte a nivel de Secretaría de Estado o por las personas que las designen⁶¹. Esta Comisión es trilateral y opera por consenso. Además se encarga de instituir el Secretariado y éste le proporciona asistencia encargándose de la operación, la remuneración, los costos que deben pagarse a panelistas y miembros de los comités y el apoyo administrativo a los paneles instituidos conforme a los Capítulos XIX y XX⁶².

El capítulo XX prevé el uso de recursos diplomáticos o no contenciosos para resolver las controversias que puedan surgir entre las partes, las cuales incluyen consultas, buenos oficios, conciliación y la mediación. El procedimiento de consultas se encuentra detallado en el artículo 2006; mientras que los buenos oficios, conciliación y mediación están contenidos en el artículo 2007 especificando los tiempos que los gobiernos tienen para el uso de este recurso:

⁶¹ Art. 2001.

⁶² Art. 2002

- (a) 30 días después de la entrega de la solicitud para las consultas;
- (b) 45 días después de la entrega de esa solicitud, cuando cualquiera de las partes haya solicitado consultas subsecuentemente o participando en las relativas al mismo asunto;
- (c) 15 días después de la entrega de una solicitud de consultas en asuntos relativos a bienes agropecuarios perecederos; u
- (d) Otro que acuerden.

La Comisión deberá reunirse en los 10 días siguientes a la entrega de cualquier tipo de solicitud de consulta, buenos oficios o mediación.

Si el método diplomático efectuado por la Comisión, no llega a una conclusión positiva entonces cualquiera de las partes puede solicitar el establecimiento de un panel arbitral⁶³, que deberá componerse de cinco panelistas.

Los paneles arbitrales que surgen bajo este capítulo, son mecanismos *ad hoc*, es decir, son creados específicamente para la resolución de cierta disputa y una vez resuelta son disueltos. Su función es “examinar, a la luz de provisiones relevantes del Acuerdo, el asunto llevado ante la Comisión [...] y formular conclusiones, determinaciones y recomendaciones”⁶⁴. El panel puede buscar el apoyo o asesoría de expertos o solicitar un informe escrito de un comité de revisión científica⁶⁵.

Un punto muy importante es que permite a las partes elegir el foro en donde se presentará una disputa, el cual puede ser a través de los propios mecanismos que contiene el tratado o bien, utilizar el procedimiento de solución de controversias conforme al GATT. El artículo 2005 contiene una cláusula de exclusión de foro, exceptuando los siguientes puntos del tratado:

- a) Que una de las partes no esté de acuerdo, previa notificación a la otra parte de esto, con el fin de convenir en un foro único⁶⁶.
- b) Que la disputa sea referente a una acción sujeta al artículo 104, que es sobre materia ambiental y conservación, el cual es exclusivo del procedimiento de solución de controversias de este tratado⁶⁷;

⁶³ Art. 2008

⁶⁴ art. 2015

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ Art. 2005 (2)

- c) En aquellas controversias que surjan respecto a medidas que una parte adopte para la protección de la vida o la salud humana, animal o vegetal, o del medio ambiente y que den lugar a cuestiones de hecho y la parte demandada solicite que se examinen conforme al tratado aplicando los procedimientos de solución de disputas contenidos en él⁶⁸.

El último aspecto del mecanismo de solución de controversias del Capítulo XX, es el informe final del panel. En caso de que las partes no hayan logrado obtener una resolución satisfactoria al conflicto, la parte reclamante puede suspender los beneficios del tratado a su contraparte, con el fin de que ésta acate la resolución que el panel otorgó. Esta suspensión de beneficios, debe ser equivalente al daño causado por la parte demandada, es decir, debe aplicarse la medida al mismo sector o sectores afectados.

Cuando se trata de un caso en donde se afecta a particulares, deben presentarse ante los representantes de su respectivo gobierno (el uso de este procedimiento es exclusivo de los Estados) y solicitar que se revise la medida o proyecto que resulte perjudicial. Debe depender completamente de su gobierno para que represente sus intereses presentando reclamaciones a dichas violaciones en nombre de una parte privada, hasta que se alcance una resolución adecuada a la estructura y finalidad del acuerdo.

El artículo 2012, señala específicamente las Reglas de Procedimiento a las que un panel debe someterse. Estas reglas garantizan el beneficio de al menos una audiencia ante el panel, así como la oportunidad de presentar alegatos y réplicas⁶⁹.

Estas reglas garantizan la provisión de al menos una de las audiencias del panel, así como la oportunidad de proporcionar informes o informes preliminares y finales. Una vez que el panel ha escuchado todos los argumentos y considerado todos los informes presentados por las partes, debe entregar un informe preliminar el cual debe contener: 1) sus conclusiones sobre los hechos; 2) su determinación sobre si la medida

⁶⁷ Art. 2005 (3)

⁶⁸ Ver art. 2005(4) y Sección B del Capítulo VII "Sector Agropecuario y medidas sanitarias y fitosanitarias"

⁶⁹ Sher, Marc. *Chapter 20 Dispute Resolution Under NAFTA: Fact or Fiction?* George Washington International Law Review, 2003.

en el asunto es inconsistente o no con las obligaciones del TLCAN y; 3) recomendaciones para la resolución de la disputa.

Treinta días después de la entrega del primer informe, el panel debe entregar el informe final. Una vez recibido, la partes disputantes deben acordar una resolución final tomando en cuenta la recomendación del panel, lo cual se encuentra en el artículo 2018.

Si después del informe final del panel, las partes no pueden llegar a una solución, entonces la parte demandante aún tiene un recurso adicional el cual se encuentra dentro en el artículo 2019. Este artículo empodera a la parte reclamante para suspender los beneficios a la otra parte y, que sean equivalentes al daño que obtuvo, esto es en el mismo sector o sectores que recibieron el daño por el incumplimiento de una de las partes. Otros mecanismos de solución de controversias, como el del a OMC, proveen a los Estados de hacer uso de éste recurso, tal como veremos más adelante.

Sin embargo, si la controversia no termina ahí y la parte demandada considera que la suspensión de dichos beneficios excede los daños causados, puede solicitar a la Comisión el establecer otro panel únicamente para determinar si es manifiestamente excesivo el nivel de los beneficios que un Parte haya suspendido de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2019.

El artículo 2020 habla sobre los procedimientos internos y la solución de controversias comerciales, indicando que cuando en cualquier disputa que surja puede solicitarse la intervención o interpretación de un tercero, la cual se hará llegar a través de su sección del Secretariado.

De este artículo destaca el inciso tercero que indica

Cuando la Comisión no logre llegar a un acuerdo, cualquiera de las Partes podrá someter su propia opinión al tribunal o al órgano administrativo, de acuerdo con los procedimientos de dicho foro.

Por su parte el artículo 2021 habla sobre los Derechos de particulares y, finalmente el artículo 2022 proporciona la pauta para el uso de Medios alternativos para la solución de controversias haciendo hincapié en que, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros tipos de medios alternativos, para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre.

2.3 Nombramiento de los panelistas.

El procedimiento integrado para la selección de un panel, requiere la existencia de una lista o roster de treinta personas que pueden fungir como panelistas, y que sean designadas por los Estados parte del TLCAN⁷⁰. Los panelistas deben tener conocimientos especializados en derecho, comercio internacional o expertos en algún otro tema que cubra el tratado o que requiera la resolución de la disputa presentada. Dichos panelistas no deben ser empleados directos ni recibir instrucciones del gobierno de alguna de las partes, sino ser independientes; deben haber demostrado un alto código de ética y conducta durante su carrera profesional el cual está establecido por la Comisión⁷¹.

Esta lista de treinta expertos debió entregarse a más tardar el 1 de Enero de 1994, los tres países se comprometieron a hacerlo, pero realmente no sucedió así. Lo cual para muchos representa un punto en contra del buen funcionamiento de este mecanismo por diversas razones, las cuales se analizarán en el transcurso de éste capítulo.

Si la disputa únicamente involucra a dos partes, de esta lista de expertos, se elegirán únicamente a cinco para conformar un panel arbitral. Es lo que los especialistas llaman un *proceso único de selección en reversa*, es decir, una de las partes elige a los dos árbitros nacionales del país contrario y viceversa. Por ejemplo, si se trata de un caso donde las partes sean Estados Unidos y Canadá, entonces Canadá elegirá a los dos árbitros estadounidenses de la lista que Estados Unidos proporcione con aquellos candidatos que previamente propuso.

Ambas naciones eligen al presidente del panel mediante un acuerdo, el cual incluso puede ser nacional de una tercera parte. Si no existe tal acuerdo, entonces una de las partes elegidas por sorteo designará al presidente del panel.

Cuando se trata de un caso donde las tres partes están implicadas en el procedimiento, entonces la parte demandada elegirá dos panelistas los cuales serán un nacional de las otras partes; mientras que las partes reclamantes acuerdan quienes serán

⁷⁰ Ver artículo 2009 del TLCAN y Reglas del Procedimiento del Capítulo XX (62)

⁷¹ Art. 2009 (a)

los dos árbitros nacionales de la parte demandada. El presidente del panel se elige de la misma forma que cuando son dos partes en disputa.

Pese a que se tiene un criterio flexible en la elección de panelistas, ocho de diez panelistas que han servido en dos casos bajo el Capítulo XX a la fecha, han sido profesores de derecho, un abogado y un abogado no oficial del gobierno⁷². Hay que resaltar que bajo el Capítulo XX del TLCAN, no es necesario que el panel de solución de controversias sea compuesto por jueces y abogados sólo porque actúa en el mismo sentido que un arbitraje; además, no revisa las leyes de los países involucrados en el conflicto⁷³.

La elección de los panelistas siempre es un asunto delicado. Son nacionales de las partes involucradas y siempre existe la posibilidad que ocurra alguna situación que genere un conflicto de interés, o que el tema de la elección de un panel se torne extremadamente político. Por esta razón, la decisión de formar una lista avalada por todas las partes, de donde pudiera elaborarse un panel sin que existiera algún tipo de objeción por alguno de los gobiernos, es una decisión muy acertada. Sin embargo, en la práctica dicha lista nunca se concretó como debía, lo que puede significar un punto en contra del mecanismo del Capítulo XX.

Siempre existe la posibilidad de elegir un panel de la lista que los tres gobiernos proporcionaron o bien, que sea completamente externa. Tomando en cuenta este hecho es que pueden surgir los conflictos al respecto dado que las partes tienen el derecho de vetar a cierto panelista, argumentando la existencia de un conflicto de interés en el cual la decisión final del panel pudiera verse afectada⁷⁴.

Con el fin de asegurar la efectividad de un panel, a través de soluciones concretas que sean justas y que los procesos no sean innecesariamente extensos, los paneles deben establecerse a la brevedad posible, sin que exista algún tipo de conflicto. El TLCAN posee un Código de Conducta⁷⁵ bastante rígido, para prevenir los conflictos

⁷² Gantz, David A., *Dispute Settlement under the NAFTA and the WTO: Choice of Forum Opportunities and Risks for the NAFTA Parties*. American University International Law Review, Vol. 1025, 1999.

⁷³ Ver art. 2009. SUPRA n. 13

⁷⁴ Picker, Sydney J., *The NAFTA Chapter 20 Dispute Resolution Process: A view from the inside*. The Canada-United States Law Journal, 1997.

⁷⁵ Para más información al respecto ver el Código de Conducta para los Procedimientos de Resolución de Disputas de los Capítulos 19 y 20 del TLCAN.

de interés o la apariencia de ellos⁷⁶; sin embargo los motivos por los que pueden surgir conflictos son bastante razonables.

Una vez que una disputa se presenta ante un panel arbitral, entonces la confidencialidad del asunto se guarda hasta que la propia Comisión decida hacerlo público. Esto ocurre sólo hasta que el caso ha llegado a una solución, o el informe final es entregado por los panelistas, así que las opiniones y votos se mantienen en estricta confidencialidad.

De igual forma, la identidad de los panelistas es confidencial durante el procedimiento. El fin es no interrumpir el proceso de decisión de los panelistas, evitando la intervención de los medios de información o cualquier otro tipo de presión que pudiera surtir algún tipo de efecto en la decisión final del panel⁷⁷. Sin embargo, estando completamente prohibido por las reglas del Capítulo XX, la identidad de un panel y sus nacionalidades fue revelada en Enero de 1996 por los medios. El proceso pudo seguir su cauce regular y este error no tuvo un impacto negativo en su decisión.

Siempre se generan demasiadas expectativas sobre la posible trascendencia de las decisiones que tomará un panel y el cumplimiento de las mismas, en respuesta a los posibles daños que alguna industria nacional obtendrá al pronunciarse. Este hecho complica más la elección de los panelistas. Se sabe que un tema altamente sensible para uno de los socios comerciales, dentro de su industria nacional, puede sin duda alguna ejercer presión sobre la decisión final de un panel. Por ejemplo el tema de la industria agrícola, ha sido muy controversial desde la víspera de las negociaciones hasta el día de hoy, el caso *Tariffs applied by Canada to certain U.S. origin agricultural products*⁷⁸, es el primer caso presentado ante un panel del Capítulo XX y, es un caso donde los panelistas tuvieron problemas sobre la confidencialidad de su identidad, durante el procedimiento.

Algunos expertos, entre ellos uno de los panelistas envueltos en este incidente el académico Sydney J. Picker, concluyen que este hecho se debió únicamente a que

⁷⁶ SUPRA n. 70

⁷⁷ SUPRA n. 74

⁷⁸ "Aranceles aplicados por Canadá a ciertos productos agrícolas originarios de Estados Unidos". *Tariffs applied by Canada to certain U.S. origin agricultural products*, CDA-USA-1995-2008-01, TLCAN--Capítulo 20-- Artículo 2008, 12/02/1996.

“todos los panelistas eran académicos”, por lo tanto no había ningún interés estatal de por medio o algún tipo de presión, sino que “su preocupación central era el buen funcionamiento del panel y la correcta aplicación del derecho”.

Por lo tanto resulta un gran acierto para el mecanismo del Capítulo XX, abrir los parámetros que se requieren para los panelistas, a aquellos involucrados con el ámbito académico o que no poseen intereses estatales, como es el caso de aquellos abogados contratados por las partes como asesores jurídicos. Picker, además añade que “incluir personas que únicamente están interesadas en el progreso del derecho internacional y de crear buenos precedentes que puedan utilizarse en otras controversias o incluso consolidar modelos de resolución de conflictos, es uno de los mejores aciertos sin duda alguna en el TLCAN”.

Cada panelista tiene derecho a un asistente que pueda apoyarle en el proceso y ellos también entran dentro del proceso para evitar conflictos de interés. Esto sucede pese a que en el Capítulo XX no se especifica nada sobre el derecho de los panelistas a un asistente, ni sobre las funciones de éstos o el procedimiento para su elección, aunque básicamente es el mismo.

El panel debe entregar un informe preliminar y uno final en cada procedimiento. A diferencia del Capítulo 18 del ALCCEU o de la OMC, que sólo requieren la entrega de un informe al final, en el Capítulo de nuestro estudio, se incorporó la entrega del informe preliminar. El motivo por el que se hizo esta modificación no queda claro para algunos académicos, pero es probable que uno de los motivos sea que de ésta manera el panel puede obtener información adicional por parte de los gobiernos involucrados en el caso, al presentar confidencialmente sus ideas iniciales sobre el mismo, lo que permite finalmente, entregar dictámenes más sofisticados, que han sido revisados y pulidos en su forma.

En este sentido los informes preliminares, tienen la característica de servir como una especie de “pre apelación”; es decir, conocer el rumbo que el panel está tomando para determinar una recomendación final, proporciona a las partes la posibilidad de apelar cualquier punto que el panel haya encontrado en su contra o incluso reforzarlos antes del informe final, a través de la entrega de información que pueda ayudar a este fin. Las Reglas Modelo que la Comisión estableció para guiar a los panelistas, fijan fechas límite para la presentación de estos informes y además de proporcionar la

oportunidad de presentar alegatos y réplicas por escrito, otorgan el derecho a por lo menos una audiencia ante el panel.

Finalmente, las decisiones que un panel elabora conforme a un asunto particular, son técnicamente de carácter consultivo y no vinculante, por eso es que son conocidas como recomendaciones. Esto representa una diferencia sustancial del Capítulo 18 del ALCCEU, el cual si proporcionaba la opción de un arbitraje vinculante.

2.4 Problemas estructurales en los paneles arbitrales.

Como ya mencionamos, el Secretariado es la única institución que permanece dentro de éste mecanismo, así que proporciona apoyo a los paneles, ya que éstos no tienen una continuidad después de resolver un caso. Sin embargo, no está facultado para otorgar opiniones respecto a un caso, ni intervenir en los paneles; sino sólo proveer de todo lo que éstos necesiten para su buen funcionamiento. Por lo tanto, no existe algo parecido a una continuidad o memoria jurídica que vaya más allá de las opiniones o resoluciones. Cada panel tiene que empezar de cero, construirse, inventarse a sí mismo mientras intenta llegar a una resolución.

Diversos académicos e incluso ex panelistas, encuentran a que la característica de ser mecanismos *ad hoc* y no institucionalizados de los paneles, es precisamente que no existe un establecimiento *de facto* y por lo tanto carece de una memoria institucional. Una sugerencia para contrarrestar este efecto en los paneles es, contar con personas que tengan una experiencia previa en el proceso. Es muy probable que un antecedente así, permita que el proceso fluya y que los panelistas se concentren más en juzgar las cuestiones de derecho relativas al tratado.

Picker, menciona al respecto

“Creo que el establecimiento de un panel permanente o un tribunal podrá evitar las distorsiones, sino que también se proporcionarán más oportunidades para el establecimiento de procedimientos y procesos relacionados en sí mismos, mientras las partes se reúnen de forma regular y de manera permanente. Incrementar la familiaridad con los procesos si se tiene un tribunal permanente y la interacción entre los mismos miembros del tribunal, puede establecer una cultura institucional que las cortes usualmente tienen y, eventualmente creará

mecanismos formales de resolución de disputas más independientes y sofisticados. Esta puede ser una de las razones de por qué las partes no tienen la intención de que suceda, sin embargo creo que vale la pena destacarlo”.

2.5 La entrega de las recomendaciones del panel y el cumplimiento de las mismas.

Hasta este momento hemos visto que las disputas que surgen entre Estados concernientes a la interpretación del tratado y su aplicación, recaen bajo la rúbrica del Capítulo XX, el cual incluye una serie de procedimientos a través de la vía diplomática. Cualquier procedimiento debe iniciarse con consultas, las cuales son solicitadas por una de las partes. El siguiente paso en caso de que las consultas no resulten, es referir el caso a la Comisión del TLCAN, la cual utiliza expertos en el tema para elaborar paneles o grupos de trabajo, para la asesoría, la mediación o hacer recomendaciones.

Finalmente, como último recurso en caso de que dichas recomendaciones no sean llevadas a cabo, se recurre a los paneles arbitrales no vinculantes con el propósito de alcanzar una decisión final concerniente a una disputa. Las etapas en el procedimiento de éste Capítulo, otorga a las partes en disputa la oportunidad de resolver conflictos de modo cooperativo antes de buscar la resolución ante un tribunal.

Al respecto surgen diversos planteamientos; ¿Qué sucede una vez que un panel arbitral da su recomendación a una de las partes sobre cierto asunto? ¿Cuál es el procedimiento para la aplicación de dichas disposiciones? ¿Cuál es la aplicabilidad de dichas recomendaciones y qué tan efectivas han resultado?

Debemos considerar que el mecanismo de solución de controversias del Capítulo XX es un recurso exclusivo de los Estados, pero no necesariamente impide que intereses particulares se encuentren involucrados en que se resuelva una controversia. De hecho es bastante lógico que en cuestiones comerciales, los aspectos públicos como privados se encuentren estrechamente ligados por los beneficios que traen a ambos; tal como se demuestra con este capítulo, los agentes privados dependen en gran manera de los públicos para alcanzar sus objetivos. Finalmente, este era uno de los intereses u objetivos primordiales del tratado: liberalizar el comercio y ponerlo al alcance de diversos agentes.

Algunos académicos argumentan que es bastante latente en el procedimiento del Capítulo XX la influencia de las partes privadas. Phillip Trimble⁷⁹ argumenta, que el “proceso de representación provee una conexión esencial entre el derecho internacional y las políticas nacionales”. Haciendo de las recomendaciones finales, un punto vital para todas las partes interesadas en la resolución de un caso.

Después de que un panel escucha todos los argumentos y considera todos los informes, entonces debe entregar un informe preliminar que contiene su determinación de los hechos, la determinación sobre si la medida en cuestión es o puede ser incompatible con las obligaciones del tratado y, recomendaciones.

Treinta días después de su emisión, el panel emite el informe final⁸⁰. Al no ser vinculante, corresponde a las partes llegar a una solución mutuamente satisfactoria de acuerdo al artículo 2018. En el caso de que esto no ocurra, existe un recurso adicional que se efectúa treinta días después del informe final del panel, donde el artículo 2019 otorga a la parte reclamante el poder para suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente a la Parte demandada o incluso, puede suspender beneficios en otros sectores si considera que no es factible ni eficaz suspenderlos en el mismo sector o sectores, hasta el momento en que alcancen un acuerdo sobre la resolución de la controversia.

La no resolución de controversias y el tiempo excedido en llegar a una resolución, se hace más patente si se incluyen los casos que iniciaron en consultas y pasaron a instancia de panel⁸¹. Esto ocasiona en cierta medida, que el cumplimiento oportuno de las recomendaciones no sea el esperado.

Podría parecer que el cumplimiento de lo contenido en el Capítulo XX, en el momento oportuno, tiene un efecto “bola de nieve” que de continuar puede desembocar en medidas unilaterales hechas por los países, que es precisamente lo que trata de evitar

⁷⁹ Phillip Trimble citado en: Byrne, Justin; *NAFTA dispute resolution: Implementing true rule-based diplomacy through direct access*. Texas International Law Journal, Julio 2000.

⁸⁰ Art. 2017

⁸¹ Ortiz Mena, Antonio; *La solución de controversias en el TLCAN: un esbozo sobre su desempeño y retos*. Institut Für Iberoamerika-Kunde Arbeitspapiere, No. 2, 2002.

este mecanismo⁸² o que recurran a otros medios alternos para la solución de controversias que deberían tratarse bajo este tratado.

Definitivamente la no implementación de las recomendaciones hechas por los paneles impacta negativamente al comercio, las relaciones entre los estados y la credibilidad del tratado. Sin duda alguna esto es esencial y no es el deseo de las naciones que el comercio se detenga porque de ser así, implicaría un retroceso derrumbando lo que el tratado ha ganado a través de los años. Por lo tanto por un interés en el bien común de las tres partes, es vital asegurarse que todas las recomendaciones sean aplicadas y de este modo, la confianza en este mecanismo permanezca.

Otro punto en contra del mecanismo ha sido la flexibilidad que ha demostrado al momento de tratar de resolver controversias. Quizá se deba al intento que se ha hecho por que la liberalización en varios sectores ocurra, y hay muchos aranceles que ya se han implementado. Es necesario que comience a ser un poco más rígida en la aplicación del tratado y que varios de los procedimientos que se presentan para resolverse bajo este Capítulo, trasciendan más allá de las primeras instancias; o quizá, agilizar el proceso acortando los tiempos que se dan para que se resuelva una controversia mediante el método diplomático.

Un punto importante sobre la flexibilidad que muestra este mecanismo es que cuando se llega a la última instancia, los paneles sólo pueden emitir *recomendaciones* que como ya mencionamos, en ningún momento son vinculantes. Es impensable que el Secretariado o alguna otra institución del TLCAN, puedan presionar o ejercer algún tipo de coerción o influencia para promover la ejecución de dichas recomendaciones.

En realidad se trata de un procedimiento demasiado diplomático, el cual es necesario para promover la buena vecindad y que definitivamente es esencial en las Relaciones entre socios comerciales, pero que finalmente para los asuntos comerciales, requiere que los países se “metan de lleno” por así decirlo, en procedimientos que ejerzan una mayor presión.

Una vez que un panel otorga su informe final, las partes deben nuevamente negociar, lo cual nuevamente toma tiempo y reduce la efectividad de una decisión, ya que si no se logra concretar la fecha y forma en que dichas recomendaciones se

⁸² *Ibid.*

implementarán, entonces lo más probable es que la parte reclamante continúe inconforme y tenga que solicitar una vez más la intervención del Secretariado.

Reforzando la idea que surge sobre la institucionalización de los paneles, la aplicación de las recomendaciones, sin duda alguna también lo requiere. Es comprensible que al ser un acuerdo exclusivamente comercial y de inversión, no se busque comprometer la soberanía de sus participantes, al grado de someterla a una institución *sui generis* como lo es el Tribunal de la Comunidad Europea; pero sí podría tener un efecto mayor similar al que tiene su homólogo en la OMC o bien, el mecanismo del capítulo XIX.

Si el TLCAN ha dado los frutos que los gobiernos esperaban y se siguen esperando aún más resultados del mismo, una buena forma de demostrar el compromiso y la creencia que los gobiernos de las tres partes tienen en el acuerdo, sería mejorar la implementación de las recomendaciones haciéndolas vinculantes, pero asegurándose de que haya un debido proceso legal.

2.6 Puntos de reflexión sobre el capítulo.

Hay tres puntos esenciales que se requieren para mejorar el funcionamiento del capítulo XX: 1) un *roster* o lista de especialistas que puedan conformar un panel, tal como lo habían acordado los tres Estados cuando surgió el TLC; 2) la creación de una memoria institucional que permita a los panelistas ocuparse de las cuestiones de fondo y no de forma y; 3) ahorrar tiempo en asuntos o problemas que realmente no tienen que ver con las cuestiones jurídicas a tratar, sino con la falta de los dos primeros puntos.

Existen opiniones que dan respuesta a estos puntos. Una de ellas es donde se menciona la creación de tribunal permanente, con personas designadas previamente, para solucionar los conflictos de interés y ahorrar tiempo. Esto es porque la influencia negativa que se tiene en el procedimiento de los paneles, dada las ocupaciones y distintos compromisos contraídos previamente por los panelistas, provoca que resulte difícil que coincidan en tiempos y horarios para el panel.

Lo cual es una interacción completamente distinta a la que ocurriría si existieran miembros permanentes para los paneles o que al menos pudieran dedicarle más tiempo

a este mecanismo. Además, están otras cuestiones vitales en la discrecionalidad de los paneles y es la seguridad, si los panelistas estuvieran dedicados completamente, al menos el tiempo que dura un proceso, sería más fácil controlar la seguridad de la información que manejan, habría una mejor y mayor interacción y comunicación entre ellos⁸³.

Este es un factor crucial, dado que los paneles van contra tiempo y en muchas ocasiones han tenido que extender las fechas acordadas en el momento de su establecimiento por varias de estas razones, lo cual se convierte en una especie de círculo vicioso en el funcionamiento de los paneles y que por su puesto, puede hacer que las partes decidan elegir otros mecanismos para solucionar sus disputas lo que causa una pérdida de credibilidad en el mecanismo establecido por el TLCAN.

Sin embargo, considero que se perdería un poco la esencia del capítulo así que la solución esencial para el buen funcionamiento de este Capítulo es: al menos asegurar la existencia de la lista de panelistas a la que los gobiernos se comprometieron. Sólo de esta forma habría más casos llevados ante este mecanismo y, sentaría las bases para la formación de una institución jurídica que pueda ser ejemplo para otro tipo de mecanismos en acuerdos comerciales regionales.

⁸³ SUPRA n. 74

Análisis de los casos que surgen a la luz del Capítulo XX del TLCAN. La perspectiva Mexicana

Por la naturaleza jurídica del mecanismo de solución de controversias que se encuentra en el Capítulo XX es difícil encontrar casos que hayan llegado hasta un panel arbitral. La mayoría de ellos se resuelve en las primeras etapas de este mecanismo, es decir, muchos casos no llegan a los paneles debido a que los gobiernos involucrados resuelven sus diferencias mediante el proceso de consultas. Sin embargo, los casos que ha surgido no sólo han sido controvertidos, sino que se han mostrado como casos complicados, con demasiadas implicaciones políticas de por medio, que en gran parte enriquece el análisis sobre el funcionamiento y la efectividad del Capítulo XX.

De los mecanismos que el TLCAN tiene, el que se encuentra bajo el Capítulo XX es el que menos controversias ha presentado o por lo menos, que han llegado hasta la instancia de un panel. Estos casos representan únicamente el 5% del total de los casos del TLCAN⁸⁴. El porcentaje que representa las controversias que han iniciado de conformidad con este Capítulo, incluyendo los recursos como las consultas, mediación y conciliación además de aquellas resueltas mediante paneles, es de un 12% del total de los casos que surgen dentro del TLCAN⁸⁵.

En total a la fecha se han presentado trece casos, de los cuales ocho se han quedado en instancias pre-panel resolviéndose satisfactoriamente tres de esos casos y cinco han pasado a la instancia panel. Sobre los casos presentados pre-panel hay cifras que ciertamente destacan y no pueden dejarse de lado en el análisis. Por ello seis de ellos involucran bienes agrícolas y en siete de los ocho casos Estados Unidos es la parte demandada y México la reclamante.

⁸⁴ SUPRA n. 33

⁸⁵ *Ibid.*

Ortiz Mena⁸⁶, menciona que quizá “este hecho sea resultado de los ajustes que se están haciendo por la implementación del tratado y que surgen de la relación bilateral entre estos países”, ya que lo mismo sucedió cuando se implementó el ALCCEU con Canadá. Sin embargo, también menciona que “esto no se trata de costos iniciales de ajuste, sino de problemas sistemáticos entre Estados Unidos y México en materia de exportaciones agrícolas, por lo que sería conveniente llegar a acuerdos en la materia que eviten un desgaste de este mecanismo”. Y lo mismo sucede con los casos que si han llegado ante un panel, porque cuatro de los cinco casos presentados involucran a estos dos países y, México es casi siempre quien inicia la solicitud.

Es un hecho que ha existido diversidad en los temas que se han tratado conforme a este mecanismo e involucran productos agrícolas, servicios, bienes e inversión. De estos dos últimos bienes e inversión, analizaremos los casos que involucran a México: Escobas de mijo y Servicios de transporte transfronterizo.

En este capítulo, nos enfocaremos a analizar únicamente los dos casos que involucraron a México como una de las partes. A continuación se muestra una lista con los diversos casos que se han presentado bajo el Capítulo XX. Como ya mencionamos muchos de ellos fueron resueltos en el proceso de consultas y dichos casos son los que se enlistan a continuación:

- La consulta solicitada al gobierno estadounidense en 1995 por la publicación el 13 de octubre de 1994 de la Federal Acquisition Streamlinig Act, la cual aumentó unilateralmente los umbrales para las compras de pequeñas empresas, lo que según el gobierno de México constituía una violación del TLCAN.
- La consulta solicitada al gobierno estadounidense el 14 de diciembre de 1995 por la publicación en el Federal Register de un aviso anticipado de propuesta de regla mediante la cual el USTR aviso anticipado de propuesta de regla mediante la cual el USTR manifestaba su intención de modificar la asignación del arancel cuota estacional para tomates establecido en el artículo 703.3 del TLCAN por una asignación semanal.⁸⁷

⁸⁶SUPRA n. 81

⁸⁷ El procedimiento se suspendió, en virtud de que dicha iniciativa no fue aprobada México también inició consultas con Estados Unidos en 1995 y 1996 por los requisitos especiales de empaque, el cambio

- La consulta solicitada al gobierno estadounidense en julio de 1997 por cambios a la clasificación arancelaria de los limones que México consideró podían ser violatorios del artículo 302 del TLCAN.
- La solicitud de parte de México a Estados Unidos en abril de 1997 que reconociera al valle de Mexicali como zona libre de carbón parcial, y que no se mantuviera la cuarentena respecto del trigo de esta zona en los Estados Unidos.
- La consulta solicitada al gobierno estadounidense en julio de 1998 por la publicación de la sección 765 del Proyecto de Presupuesto Fiscal para las dependencias y agencias relacionadas con la agricultura, desarrollo rural y alimentos y farmacéuticos para el año de 1999.
- La consulta solicitada al gobierno mexicano en abril de 1995 por violaciones al principio de trato nacional que supuestamente cometió México hacia la empresa estadounidense United Parcel Service (UPS)
- La consulta solicitada al gobierno mexicano por el aumento de aranceles a ciertos productos estadounidenses establecido por el gobierno de México como respuesta a la salvaguarda adoptada en contra de escobas de mijo mexicanas.
- La consulta solicitada al gobierno mexicano en noviembre del 2000 por la asignación del cupo del frijol estadounidense en México.
- La consulta solicitada al gobierno estadounidense en 1996 por el Programa de reexportación de productos que contienen azúcar, mediante el cual los refinadores de azúcar estadounidenses podían importar azúcar bajo una fracción arancelaria para ser refinada y vendida (a precios internacionales menores que el precio interno de Estados Unidos) a productores de productos que reexportaran.
- La consulta solicitada al gobierno estadounidense en julio de 1998 por la reforma a la Ley Federal de Inspección de Carne (Federal Inspection Act), que estableció requisitos de etiquetado para productos de carne y cordero nacionales e importados.

al arancel y las cuotas *antidumping* que se implantaron al tomate mexicano en Estados Unidos, pero las quejas de México se resolvieron sin necesidad de llegar a un panel arbitral.

- La consulta solicitada al gobierno estadounidense en septiembre de 1998 por las negativas de los estados de Dakota del Sur, Dakota del Norte y Montana, de permitir la entrada a camiones canadienses que transportaban ganado y granos, las cuales Canadá consideraba una violación del TLCAN.
- En el año 2000, el descubrimiento de una verruga de papa en la papa cultivada en la Isla del Príncipe Eduardo que Estados Unidos importaba procedente de Canadá, obligó a Estados Unidos prohibir las importaciones de ese producto.
- La consulta solicitada por Estados Unidos al gobierno canadiense en octubre de 1999 por la prohibición establecida por la provincia de Ontario al turismo que practica pesca deportiva en aguas canadienses.⁸⁸

Además de los casos que no han sobrepasado la etapa de consultas, existió un caso que involucraba a México y Canadá y que se llevo al proceso de consultas sin resolverse pero los países decidieron no solicitar la integración de un panel. En total hay cuatro controversias hasta la fecha donde se ha solicitado la intervención de un panel arbitral del Capítulo XX y, sólo tres de ellas han derivado en decisiones de un panel: *Tariffs applied by Canada to certain U.S. origin agricultural products*, Escobas de Mijo y, Servicios de transporte transfronterizo.

Existe un caso adicional que involucra disposiciones del TLCAN, se trata del caso de Alta Fructuosa el cual ha sido un caso excepcional, ya que en muchas ocasiones el gobierno mexicano ha solicitado la conformación de un panel, pero Estados Unidos se ha negado llevando el caso ante la OMC, pero este caso lo analizaremos a detalle en el próximo Capítulo.

El orden en que se presentarán los casos será el mismo que siguieron para presentar una petición sobre la instauración de un panel arbitral.

⁸⁸ SUPRA n. 33

3.1 Escobas de Mijo.

El caso de Escobas de mijo procedentes de México (USA-97-2008-01) o escobas de mijo, fue el segundo caso presentado bajo el Capítulo XX del TLCAN. Este caso involucró a México y Estados Unidos, donde los productores de escobas en Estados Unidos buscaban protegerse de la competencia proveniente de México. Las cuestiones jurídicas a resolver por el panel eran:

- (1) si en realidad las medidas de salvaguarda impuestas por la CCI en Estados Unidos, estaban evitando un daño sustancial a la industria nacional productora de escobas; y
- (2) si Estados Unidos cumplió con las condiciones señaladas 802 del TLCAN y con la definición de *industria nacional* dada en el artículo 805 relacionado con aquellas condiciones, asó como con los requisitos de procedimiento establecidos en el Artículo 803 y en el Anexo 803.3 del tratado.

3.1.1 Desarrollo de los hechos, cuestiones jurídicas y aplicación del derecho.

En Estados Unidos se mantuvo desde 1965, un arancel cuota sobre las importaciones de escobas de mijo, donde los aranceles de Nación Más Favorecida (NMF) se estructuraban como 121,478 docenas de escobas de mijo cuyo valor fuera inferior a 96 centavos entrar al país con arancel *ad valorem*⁸⁹ de 8% y, si la importación excedía ese valor entonces entraba con arancel de 32 centavos cada una y 32% *ad valorem*.

Además las escobillas y cepillos hechas en parte o en su totalidad de mijo, que se importaran en cantidades que no excedieran de las 61,655 docenas podían entrar con arancel del 8% *ad valorem*; mientras que las importaciones que excedieran 61,655

⁸⁹ Sistema tarifario en el que solamente se grava a las mercancías con derechos *ad valorem*, es decir, aquellas que tributan únicamente de acuerdo a su valor.

docenas, el arancel NMF aplicable era de 9.2 centavos de dólar con valor inferior a 96 centavos y un arancel de 24.8% *ad valorem* si era superior.⁹⁰

Con la aparición del TLC de América del Norte, los aranceles a la importación de escobas de mijo se eliminaron, los cuales se incorporaron a la lista de Estados Unidos del Anexo 302.2 del Capítulo III del tratado, donde se establecía que *ninguna de las partes podrá incrementar ningún arancel aduanero existente, ni adoptar ningún arancel nuevo, sobre bienes originarios*. Esta acción trajo consigo presiones a los productores americanos y por lo tanto su descontento al ver reducidas sus ganancias considerablemente.

En 1996, conforme a la legislación de Estados Unidos, la Agrupación Estadounidense de Escoberos de Mijo (*U.S. Cornbroom Task Force*) persuadió a la Comisión Internacional de Comercio de Estados Unidos (CCI) que las importaciones constituían una causa sustancial de daño serio a la industria nacional⁹¹ y que era necesario la imposición de medidas de salvaguarda conforme base a la Sección 202 de la Ley de Comercio de 1974.

Es importante mencionar el proceso que lleva la CCI para imponer alguna medida de salvaguarda. En primer lugar debe determinar si las importaciones son una causa sustancial de daño serio o amenaza a la industria nacional que produce un *bien similar*, haciendo hincapié precisamente en el último término: *bien similar*, el cual es mencionado en diversas ocasiones a lo largo del análisis que realiza el panel conforme al daño que las escobas de mijo procedentes de México causaban a toda la industria nacional estadounidense de escoberos.

Si ésta resolución es afirmativa, la CCI lleva a cabo un procedimiento para determinar el tipo de medidas de salvaguarda que *recomendará* al presidente, quien puede aceptar o no dichas medidas.

⁹⁰ Fracciones Arancelarias 9603.10.40, 9603.10.50, 9603.10.60, 9603.10.05 y 9603.10.35 de la Lista Armonizada de Tarifas de EUA (United States Harmonized Tariff Schedule). Página II-9 del Informe del Personal de la CCI, anexo al Informe de la CCI, Comisión de Comercio Internacional de EUA, Escobas de Mijo, Investigaciones Nos. TA-201-65 y TLCAN 302-1. Citado en Caso de la Medida de Salvaguarda Impuesta por los Estados Unidos de América a las Escobas de Mijo Mexicanas (1998)

⁹¹ SUPRA n. 33, p. 16

En este caso, el presidente determinó tomar medidas pertinentes al respecto pero no tomaría medidas bajo el marco bilateral del TLCAN, sino que buscaría antes una solución con los demás países planteando la situación de *daño sustancial a la industria nacional*. Durante los meses de Septiembre y Octubre de 1996 se realizaron diversas consultas entre los gobiernos de EE.UU. y México sin llegar a un acuerdo al respecto, por lo que el presidente emitió la Proclamación No. 6961 el 4 de diciembre de 1996.

Como era de esperarse, México respondió a dichas medidas solicitando la celebración de consultas mediante el artículo 2006(4) del TLCAN. En una carta enviada por el Secretario Blanco a la embajadora de EE.UU. en México, Barshelsky, éste expresa lo siguiente:

En consecuencia, los resultados sobre daño emitidos por la Comisión, derivaron de manera directa de la definición de “industria nacional” que tomó en cuenta sólo la producción de escobas de mijo y no así la de escobas de plástico. Dado que éstos últimos productos son bienes similares o competidores directos de las escobas de mijo, la definición que hizo la Comisión del concepto de “industria nacional” no coincide con lo preceptuado en los Artículos 801(1) y 805 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) ni con el artículo 4 del Acuerdo sobre Salvaguardas de la OMC. Con base en estos razonamientos, el gobierno de México considera que las resoluciones sobre daño fueron emitidas de manera incompatible con los requisitos del TLCAN, especialmente aquellos contenidos en el Capítulo VIII.⁹²

Las consultas no resolvieron la controversia, así que México solicitó con base en el artículo 2007 que la Comisión se reuniera para tratar el asunto, sin conseguir mayor éxito por lo que México decide imponer el 12 de diciembre de 1996, aranceles de represalia contra importaciones de EE.UU. que tenían un efecto sustancialmente equivalente al que las medidas impuestas por ese país habían causado. Lo que llevó a la

⁹² Fragmento de la carta del Secretario Blanco a la embajadora Barshefsky ubicada en *Caso de la Medida de Salvaguarda Impuesta por los Estados Unidos de America a las Escobas de Mijo Mexicanas, 1998*.

integración de un panel arbitral por solicitud de México realizada el 14 de enero de 1997 y fundada en el artículo 2008. El panel logró constituirse el 17 de julio de 1997.

La importancia del caso radicaba no en un interés económico sustancial por parte de México o Estados Unidos, sino que sentaba antecedentes con respecto al alcance de medidas de salvaguarda impuestas por la CCI o algún otro organismo similar y lo que la revisión judicial de las decisiones de éste por un panel internacional representan.

Los argumentos de México estuvieron centrados en la errónea definición que la CCI otorgó al término “industria nacional” cuya condición económica debe ser examinada para determinar la existencia de *daño serio* y sostenía que dicha definición debió basarse en un análisis global de la condición económica de ambas instalaciones de producción de Estados Unidos -las que producen escobas de mijo y las que producen escobas de plástico-, lo que sustenta el análisis de una sola parte de la industria nacional y por lo tanto es legalmente incorrecto.⁹³ Además, tal definición no se encontraba sustentada legalmente por el TLCAN o el GATT y, desde la perspectiva mexicana la CCI no cumplió con los requisitos de integridad, consistencia y transparencia del Artículo 803 y Anexo 803 del Tratado.

Las objeciones de Estados Unidos realizadas conforme a los alegatos de la parte mexicana, sostuvieron que el Panel no tenía jurisdicción para examinar la conformidad de las *medidas globales de salvaguarda* con los requisitos legales del GATT/OMC y que tampoco podía examinar la reclamación sobre el artículo 803 ya que México no había dado aviso oportuno de esa reclamación.

Sobre la definición legal de producto similar, Estados Unidos argumentó que “las resoluciones del grado de similitud se habían enfocado más sobre las propiedades físicas intrínsecas en lugar de en su calidad comercial de intercambiable”.⁹⁴

El fondo de la cuestión de este caso de acuerdo a lo que el panel concluyó, es que definitivamente las escobas de mijo producidas en México son *similares o directamente competitivas* a las que se producen en Estados Unidos, pero en este caso se encuentra que en la Conclusión del CCI las escobas de plástico están fuera de dicha

⁹³ Escobas de mijo, USA-MEX-1997-2008-01, TLCAN Capítulo 20, Artículo 2008, 01/30/1998.

⁹⁴ *Id.* p. 16

especificación de *industria nacional*, al descartar las características de similar o directamente competitivo. El panel encontró que la conclusión final de la CCI era ambigua en el sentido de que nunca esclareció los parámetros para determinar cuál es un producto similar o directamente competitivo, sino que sólo se limitó a afirmar que los productores nacionales de escobas de mijo, y sólo ellos, constituían la “industria nacional” relevante en este caso.

El panel analizó la forma en que el concepto de producto similar ha sido aplicado por el GATT/OMC, analizando el caso de Japón *Impuestos sobre bebidas alcohólicas*, destacando no sólo de ese caso sino de otros que el término “producto similar” debe ser interpretado caso por caso, debido a los distintos criterios que se utilizan para determinar la similitud, tales como gusto en los consumidores, aranceles, características físicas, químicas, uso, funcionalidad, etc. Concluyendo que la CCI debió respaldar su conclusión legal de que las escobas de plástico no son similares a las de mijo. Pero hace una reflexión sobre la coherencia y lo adecuado de señalar una conclusión que pudo ser producto de la discrecionalidad de la CCI, al respecto menciona:

[...] el Panel se vio obligado a concluir que no podría ser adecuado o incluso lógicamente coherente el resolver los puntos en cuestión sobre la base de que la CCI, en su discrecionalidad, podía haber determinado las definiciones de “producto similar” cuando no había manera de saber si la CCI estaba de hecho aplicando criterio o discrecionalidad. Por lo tanto concluye que no es que la decisión de la CCI en cuanto a la aplicación del concepto de “producto similar” sea legalmente correcta o incorrecta, sino más bien que la explicación legal de la CCI era simplemente insuficiente para permitirle al Panel revisión de esta cuestión.

Finalmente, el panel *recomienda* que Estados Unidos cumpla con el Tratado, tan pronto como le sea posible, dado que la resolución de la CCI *no proporciona conclusiones razonadas sobre las cuestiones pertinentes de derecho y de hecho.*⁹⁵ Por lo tanto dictaminó que la conclusión de la existencia de daño de la CCI era “no revisable”

⁹⁵ *Ibidem*, p. 29 (1998).

y por lo tanto no cumplió con los requisitos de revisión en el artículo 803, anexo 803.3(12) del TLCAN, lo que constituía “una violación persistente de las obligaciones de Estados Unidos”.⁹⁶

3.1.2 Sobre la jurisdicción de un panel para juzgar asuntos presentados ante la OMC.

Además de los temas ya tocados, este caso presenta por primera vez la cuestión sobre si un panel creado mediante las reglas de procedimiento de un mecanismo de solución de controversias de un acuerdo regional, está facultado para juzgar asuntos que se han presentado previamente ante algún otro foro o si por el contrario, carece de capacidad legal para hacerlo.

Durante las negociaciones del TLCAN, el sector escobero acaparó la atención política tratando de evitar que se aplicara un arancel cero a las importaciones de este sector industrial, lo cual no tuvo mucho éxito, sino por el contrario este arancel fue impuesto casi a la entrada en vigor del acuerdo. Por lo que buscaron el apoyo de miembros del Congreso a través de cabildeos y una vez que entró en vigor el tratado, llevaron su caso ante la OMC.

Uno de los argumentos de México cuando se presentó esta controversia ante la OMC era que precisamente la resolución de la CCI no estaba basada en una definición de *producto similar* adecuada con la definición legal correcta del GATT/OMC ni el TLCAN.

México señaló que el artículo 2005(1) le otorga a las partes el derecho a iniciar una solución de controversias a través del TLCAN o en términos del GATT. Por lo tanto la controversia puede ser presentada en cualquiera de los dos, y su análisis va más allá aún, ya que con base en el artículo 2005(6) el cual señala la exclusión de foro una vez elegido alguno, “un foro TLCAN seleccionado bajo el artículo 2005(1)

⁹⁶ SUPRA n. 33

necesariamente tiene jurisdicción para decidir sobre todos los asuntos del GATT involucrados en esta controversia⁹⁷.

Estados Unidos advirtió que los paneles no pueden llevar a cabo una revisión *de novo* de los hechos, ni pueden substituir su criterio al sopesar la evidencia por el del criterio de las autoridades investigadoras nacionales.⁹⁸

Finalmente el panel determinó que sobre el argumento de Estados Unidos sobre si el Panel tenía o no jurisdicción para examinar reclamaciones hechas por México basadas en el Artículo XIX del GATT, no era necesario resolver dicha objeción preliminar, debido a que era posible resolver las cuestiones en controversia únicamente bajo el Tratado [...] ya que las versiones del TLCAN como del Acuerdo de la OMC, las disposiciones son sustancialmente idénticas, la aplicación de la versión de la disposición de la OMC, no habría cambiado la conclusión legal alcanzada de conformidad con el Anexo 803.3(12) del TLCAN.

Por lo tanto, en este asunto al menos y dado que las bases del Acuerdo y del Capítulo XX se encuentran fundadas en el GATT, muchas de las controversias que puedan ser examinadas respecto a un asunto frente a la OMC, muy probablemente puedan ser juzgadas como en este caso, ante un panel arbitral del TLCAN, sin que existan cuestiones contrapuestas de derecho, sino todo lo contrario ya que tal y como se demostró en este caso son en esencia idénticas.

Sin embargo, debe tomarse en cuenta que por cuestiones de cortesía internacional, un panel arbitral derivado del Capítulo XX del TLCAN no puede negar o invalidar una sentencia que la OMC haya otorgado respecto a una controversia derivada de este tratado, ni viceversa. Sino por el contrario, el mecanismo de solución de controversias de éste capítulo sólo debe contribuir a que una interpretación adecuada del derecho contenido en el tratado se aplique amplia y correctamente.

⁹⁷ *Id.* p. 11

⁹⁸ *Id.* p. 16

3.1.3 Cuestiones que requieren mejorar.

Los tiempos establecidos para la resolución de casos nunca han sido acatados, tal y como menciona Picker, al opinar en su experiencia como panelista en el *Tariffs applied*, se han excedido de tal forma que han retrasado muchas resoluciones y procesos. El tiempo excedido en el caso de Escobas de Mijo fue de 131 días, siendo el procedimiento a la fecha bajo este Capítulo que menos se ha retrasado, sin embargo queda claro que esta parte del proceso debe mejorar. Al respecto Ortíz señala:

Esta situación resulta aun más desfavorable si se toma en cuenta que la fecha de entrega del informe final no siempre representa la resolución del caso. En el caso de escobas de mijo el panel emitió su informe final a favor de México en enero de 1998, y no fue sino hasta diciembre de ese año que Estados Unidos dejó de aplicar las salvaguardas.

Si bien el caso de escobas de mijo no llegó a la imposición de medidas que contrarrestaran el daño ocasionado y México prefirió esperar a que Estados Unidos acatara la decisión, el retraso sistemático en el proceso de solución de controversias y el cumplimiento de los informes de paneles puede deslegitimar al mecanismo y derivar en el uso de imposición de daños no autorizados⁹⁹.

3.2 Servicios de Transporte Transfronterizo.

Este ha sido el caso más controvertido del Capítulo XX ya que puso bajo escrutinio, la efectividad del mismo, en un caso que involucra a Estados Unidos y México en una disputa que surgió antes de que el Tratado se celebrara. Con la firma del tratado Estados Unidos acordó abrir la frontera de manera inmediata a los servicios mexicanos de autotransporte de carga, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo XII del TLCAN.

⁹⁹ SUPRA n. 81

Históricamente, los negociadores del tratado afirman que México había mostrado por muchos años una postura de oposición a la frontera ante este tipo de servicios, lo cual es una paradoja ya que Estados Unidos era el principal interesado en que el intercambio se diera. Mayer afirma que México acabó por aceptar, aunque no de muy buena gana, una apertura recíproca.¹⁰⁰

La liberalización de la frontera para los servicios de autotransporte, tenía como objetivo permitir a los transportistas de cada estado miembro, utilizar sus propios conductores y equipo para cruzar la frontera. Además de que se intentaba dar marcha atrás, a una política moratoria impuesta por Estados Unidos en los 80's.

Dicha moratoria tenía una excepción donde se permitía al transporte mexicano con dirección hacia Canadá cruzar a través de Estados Unidos con previa autorización de éste último, esto es porque la legislación estadounidense sólo tenía jurisdicción en aquellos vehículos que estuvieran operando entre estados de la Unión Americana o bien, estados con un país. Bajo el *Clean Air Act* de 1990, muchos estados crearon programas de verificación de emisiones de los camiones; estos programas varían de Estado a Estado, siendo California uno de esos Estados donde en el 2000 se probó que los camiones estadounidenses contaminaban en un 8% el aire mientras que los mexicanos en un 12%.¹⁰¹

Después de la firma del TLCAN, se suponía, que Estados Unidos debía eliminar esas barreras; sin embargo no sentía que México estuviera en condiciones para mantener las condiciones de seguridad requeridas, para introducir sus camiones en el país. Por lo que la moratoria impuesta por Estados Unidos en los ochentas, continuó a la par de diversas denuncias por parte de éste, sobre supuestos accidentes ocasionados por el descuido de las autoridades mexicanas, en el asunto de seguridad a sus transportistas. Obteniendo como resultado un incumplimiento en lo acordado en el Tratado.

En 1998 incapaz de alcanzar un acuerdo y compromiso real por parte de Estados Unidos, México¹⁰² decide llevar el caso ante la Comisión la cual no fue capaz de resolver la disputa. Ante este panorama solicita la constitución de un panel a través del

¹⁰⁰ SUPRA n. 31

¹⁰¹ SUPRA n. 69

¹⁰² La solicitud inicial de consultas la realizó México el 18 de diciembre de 1995. Mientras que la solicitud para reunirse con la Comisión fue hecha el 24 de julio de 1998.

mecanismo del Capítulo XX, el 22 de septiembre de 1998, esperando con esto lograr que su vecino cumpliera con diversos artículos concernientes a los servicios de autotransporte. El panel tardó poco más de un año para constituirse mientras Estados Unidos no cumplía con lo dispuesto en el Acuerdo. Finalmente éste se constituye el 2 de febrero de 2000.

El panel debía resolver la cuestión sobre si Estados Unidos había incumplido con los artículos 1202, Trato Nacional en Servicios Transfronterizos y/o; 1203 Trato de Nación Más Favorecida en Servicios Transfronterizos además de los artículos 1102(trato nacional) y 1103 (Trato de Nación Más Favorecida) por la negativa de permitir inversiones mexicanas en empresas estadounidenses que brindan servicios de transporte internacional de carga (Servicios de Transporte Transfronterizo, 2001).¹⁰³

México sostenía que Estados Unidos violaba los artículos 1102 y 1103 del TLCAN al no iniciar la reducción calendarizada en los servicios de transporte transfronterizo y en inversiones mexicanas. Además argumentaba que la adopción de un marco normativo idéntico en materia de autotransporte, no podía ser una condición única para México en la aplicación del TLCAN; sino que sus transportistas tienen el derecho bajo dicho tratado, de ser considerados conforme a sus méritos individuales, en el entendido de que deben cumplir con los estándares del país donde prestan su servicio¹⁰⁴.

El panel inició su análisis centrando su atención en la interpretación que las partes daban al Anexo I del tratado, el cual habla sobre la eliminación de las restricciones transfronterizas y la fecha impuesta por las partes como el día de implementación, fijando el 18 de Diciembre de 1995 como el día; también contiene las reservas de cada parte al tratado.

México argumentó que “no existen excepciones a las disposiciones relevantes del TLCAN, que aún potencialmente pudieran ser aplicables”, lo cual no se justifica con el artículo 2101 (excepciones generales), ni con las disposiciones normativas contenidas en el Capítulo IX (normalización). De igual forma afirma que la oposición de Estados

¹⁰³ Servicios de Transporte Transfronterizo, EUA-MEX-98-2008-01 (Panel Arbitral Establecido en Términos del Capítulo Veinte del TLCAN 06 de Febrero de 2001).

¹⁰⁴ *Ibid* (3)

Unidos no se debe a la inseguridad de sus transportes, sino a fines y presiones políticas por parte de grupos laborales estadounidenses.

En respuesta, EE.UU. argumentó que la inclusión de la frase “en circunstancias similares” en los artículos 1202 y 1203 del TLCAN, limita las obligaciones de trato nacional y de trato de nación más favorecida a circunstancias en relación con operaciones de autotransporte que sean similares, las cuales no se aplican a México, al no cumplir con los procedimientos adecuados para transitar de manera segura las carreteras de Estados Unidos. Por lo tanto, los prestadores de servicio de México pueden recibir trato diferenciado con el fin de satisfacer un objetivo legítimo de normatividad.¹⁰⁵

De igual forma descarta el argumento de México sobre la acusación que hace sobre si Estados Unidos tiene motivaciones políticas, afirmando que dicha motivación es “sólo de relevancia secundaria” y asevera que la práctica en la OMC es evitar indagar en la intención de las partes acusadas de violaciones en la OMC.

En resumen Estados Unidos argumentaba que el TLCAN no le obligaba al otorgamiento de autorizaciones para la operación de empresas mexicanas de autotransporte en circunstancias en que: 1) persisten preocupaciones serias referentes al historial general de seguridad de las mismas; 2) México aún se encuentra en vías de elaborar medidas de regulación coercitivas de primera línea que son necesarias para encargarse de las normas de seguridad aplicables a los vehículos de autotransporte; y 3) no se han implementado plenamente arreglos esenciales en materia de cooperación bilateral.¹⁰⁶

El panel determinó que los alegatos de Estados Unidos sobre lo inadecuado del sistema de seguridad en transporte mexicano, no eran suficientes para no cumplir con sus obligaciones contraídas en el TLCAN y mucho menos para que su política moratoria continuara aplicandose, sino más bien debía de garantizar el acceso a los transportistas mexicanos. Una vez llegada a esta conclusión, el panel realizó un análisis

¹⁰⁵ *Id.* p 2

¹⁰⁶ Alegato de Estados Unidos presentado ante el panel, citado en la determinación final del panel, p. 35.

individual de las obligaciones que cada parte debía cumplir de acuerdo a lo contenido en el TLCAN.

Uno de los puntos que el panel recalcó habla sobre uno de los objetivos del TLCAN, que es “eliminar las barreras al comercio y facilitar el movimiento transfronterizo de bienes y servicios entre los territorios parte”¹⁰⁷. Además hace notar que “las partes intentan preservar su flexibilidad para salvaguardar el bienestar público”. El panel afirmó que la seguridad no es un asunto sin importancia, todo lo contrario, sólo que su decisión sugirió que Estados Unidos llevó sus prácticas de seguridad respecto al transporte transfronterizo al margen de olvidar sus obligaciones contraídas en el TLCAN¹⁰⁸.

Pese a la decisión del panel, Estados Unidos decidió no acatarla, argumentando que los camiones mexicanos no son seguros y las condiciones en las que muchas veces manejan los conductores de dichos transportes están fuera de cualquier estándar de seguridad; además el tema de seguridad ambiental también causó controversia, pero no fue un asunto a discutir a fondo por el panel.

Sin embargo para junio del 2001 la Casa de Representantes (House of Representatives) pasó una enmienda al Departamento de Transportes (Department of Transportation o DOT por sus siglas en Inglés) prohibiendo el uso de fondos para la tramitación de solicitudes de camiones mexicanos, dicha propuesta fue vetada por el Presidente. Pero un mes después, el Senado volvió a solicitar al DOT la aplicación de verificaciones a camiones mexicanos.

En respuesta, México impuso sanciones a los Estados Unidos en contra de importaciones de igual valor a la cantidad perdida por los transportistas Mexicanos. Específicamente México amenazó con detener las importaciones de, entre otras cosas, el jarabe de maíz de Alta Fructuosa elaborado en los Estados Unidos,¹⁰⁹ mercancía que ha sido causa de disputa entre las dos naciones y cuyo caso será analizado en el siguiente capítulo.

¹⁰⁷ *Id.* pp. 55-56

¹⁰⁸ *Id.* p. 9

¹⁰⁹ SUPRA n. 69

El tema de la seguridad se volvió aún más importante para Estados Unidos a raíz del 11 de Septiembre, lo que dificultó aún más que la administración de Bush quisiera hacer caso de la recomendación del panel, generando que la controversia continuara. En mayo de 2002, un grupo de organizaciones encabezadas por la organización activista *Public Citizen* y el *International Brotherhood Teamsters* llevaron una demanda ante la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos del Noveno Circuito, alegando violaciones a las regulaciones de medio ambiente, pero la Corte denegó la apelación. En enero del 2003 este tribunal decidió que los transportistas mexicanos deben realizar un estudio acerca del impacto ambiental del tráfico de autobuses y camiones hacia Estados Unidos, antes de que sean autorizados a cruzar la frontera.

Una de las preocupaciones de estos grupos, o lo que se encontraba dentro de su argumento en contra de la entrada de grupos transportistas mexicanos era la falta de seguridad y los riesgos de abrir los caminos estadounidenses a conductores nacionales mexicanos, ya que los equipos eran inseguros y los conductores no estaban debidamente capacitados.

De igual forma, el tema tenía un tinte político ya que la gran preocupación principal era la diferencia en las jornadas laborales de los conductores nacionales y los conductores mexicanos. Éstos últimos no tenían dentro del territorio mexicano una regulación rígida que limitara el tiempo de la jornada de trabajo como sucede en los Estados Unidos y mucho menos existía algún tipo de multa por exceder dichas jornadas de trabajo, lo que ocasionaría una desventaja laboral para el *Teamsters*.

Todo esto obligó al gobierno mexicano a solicitar el 12 de marzo de 2003 consultas con el gobierno estadounidense, con la amenaza de buscar compensación por daños y perjuicios en virtud del incumplimiento de Estados Unidos.

3.2.1 Análisis del caso.

Si duda alguna, la importancia económica que el cierre de la frontera para el transporte proveniente de México, ha proporcionado a los estados fronterizos estadounidenses no es ninguna coincidencia. Antes de la decisión del panel, los autobuses mexicanos tenían que detener precisamente en la frontera, haciendo de

Laredo el punto de transferencia para millones de dólares en el transporte internacional de mercancías¹¹⁰.

Las inspecciones que se realizaban a los camiones durante el periodo de la administración de Clinton, era una fuente de empleo en dichos estados. En diversas ocasiones, al no pasar la inspección tenían que ser reparados y adquirir refacciones dentro de las ciudades a las que llegaran sólo para poder regresar a sus lugares de origen o cruzar la ciudad; además en muchas ocasiones dichas revisiones y reparaciones requerían que las mercancías que transportaban tuvieran que ser almacenadas, aumentando ese tipo de negocios.

Estos podrían ser puntos a favor e incluso de beneficio para la apertura de la frontera al transporte mexicano en lugar de cerrarla, ya que una vez abierta, podría haber más transportistas que requirieran estos servicios entre otros y Estados Unidos sin duda alguna lo sabía. Sin embargo, la duda surge en ¿por qué cerrar la frontera con argumentos no tan sólidos como la falta de tecnología o lo inadecuado de los transportes, cuando resulta claro que hay una solución que beneficiaría la economía local de muchas ciudades de la frontera con México? La respuesta podría ser que había intereses políticos particulares para diversos grupos, además de los obvios intereses y preocupaciones económicas.

La influencia que el *Teamsters* tuvo en algunos miembros del congreso y del propio Bill Clinton, para ignorar el mandato de hacer efectivo el contenido en el Anexo I del TLCAN y abrir la frontera en Diciembre de 1995, fue crucial. Como ya mencionamos, la preocupación que este grupo tenía de perder sus empleos y que éstos fueran ocupados por mexicanos, era la motivación real para cerrar la frontera y no la falta de seguridad.

Desafortunadamente para México, este grupo logró captar la atención de varios senadores entre ellos el Senador James P. Hoffa,¹¹¹ quien testificó ante el Comité del Senado en Comercio y Transporte que “los camiones provenientes de México no podían cumplir con todos los estándares de Seguridad”, agregando que “los Estados Unidos no

¹¹⁰ North American Free Trade Agreement: Coordinated Operational Plan Needed to Ensure Mexican Trucks Compliance with U.S. Standards, GAO Rep. 02-238, Dec. 2001, at. 18.

¹¹¹ H.R. 2299, 107th Cong. 350, 2001. Statement of James P.Hoffa, President, International Board of Teamsters Declaraciones.

tenían la obligación legal para implementar las recomendaciones del panel” y además sugirió que los Estados Unidos deberían “permitir a México tomar medidas recíprocas equivalentes” o “negociar una compensación para una nueva concesión de beneficios comerciales a México”.

Las opiniones en contra no sólo del cumplimiento de la recomendación del panel sino del compromiso contraído por Estados Unidos, variaron señalando los mismos puntos ya tratados y agregando otros como la carencia de empleos que había traído el tratado para algunos estados como Carolina del Sur¹¹². El análisis de muchos de los congresistas en Estados Unidos, era que finalmente, se presentaba más rentable para ellos como nación, evadir las responsabilidades internacionales que las pérdidas de empleos y por lo tanto, el descontento social que traía teniendo como claro ejemplo la situación y las peticiones del *Teamsters*.

Sin embargo, hubo grupos que si estuvieron de acuerdo en aceptar la recomendación del panel y aplicarla abriendo la frontera por los beneficios económicos que eso podría traer, pero eran en parte grupos minoritarios como la *American Trucking Association*, que tenía 30, 000 miembros en contraste con el *Teamsters*, que contaba con 1.4 millones de miembros al tiempo que se dio la disputa.

Como vemos, el tema del transporte transfronterizo siempre ha tenido altibajos mucho antes de que el TLCAN se haya negociado y de las expectativas constantes por que el problema fuera resuelto, las acciones del Congreso de los Estados Unidos y las demandas que aparecieron constantemente, han paralizado en diversas ocasiones el programa de transporte transfronterizo. Logrando en 2008 un acuerdo para el cruce de camiones de México hacia Canadá, atravesando Estados Unidos. Los puntos principales del acuerdo se encuentran dentro del Anexo 2 de este trabajo.

¹¹² El Senador de Carolina del Sur Ernest Hollings, quien era el Presidente del Comité del Senado en Comercio y Transporte resaltó, que en su estado a raíz de la puesta en vigor del TLCAN se habían perdido 43,000 empleos en fábricas de textiles, lo cual expresaba como una preocupación sobre si el tratado servía en realidad para mejorar el comercio de empleos que el comercio de bienes o servicios, afectando obviamente a Estados Unidos.

3.2.2 Datos actuales del caso.

A pesar de la recomendación del panel a favor de México, en el 2001, la implementación del Programa Piloto para la apertura del autotransporte transfronterizo tomó casi nueve años más¹¹³. El tratado de libre comercio no encontraba su cumplimiento, por el contrario, era violentado por diversos factores políticos que surgía en ambas partes.

En el 2006, el Consejo Mexicano de Profesionales en Cadena de Suministro señaló que respecto a la apertura de dicho programa, en el caso de México, el sector privado estaba dividido, ya que la parte opositora se encontraba en desventaja ante dicha apertura.

Oscar Moreno¹¹⁴, Director de Asuntos Internacionales de la Cámara Nacional del Autotransporte de Carga (CANACAR), explicó que las cinco empresas más grandes de autotransporte público en Estados Unidos tienen más de 10 mil unidades cada una, mientras que en México entre las 10 empresas más grandes de autotransporte de carga no llegan a 10 mil unidades. En México hay registradas alrededor de 480 mil unidades de carga, en Estados Unidos los censos de 2004 arrojan más de 8 millones de unidades.

Recientemente, Alejandro Faya Rodríguez¹¹⁵ comentó que en materia de transporte transfronterizo "no se vislumbra una solución en el corto plazo". Además, considera que un factor para que el incumplimiento de la recomendación se diera, tiene que ver con el desinterés por parte de la autoridad administrativa mexicana para implementar el tratado.

¹¹³ Revisar Anexo II.

¹¹⁴ Ver Ortíz Mejía, Olivia. *Transporte transfronterizo: Diversos escenarios*. Énfasis Logística Online, 15/05/2006. Disponible en: <http://www.logistica.enfasis.com/notas/4122-transporte-transfronterizo-diversos-escenarios>

¹¹⁵ Maestro en Derecho por la Universidad de Oxford y consultor de la ONU. En entrevista para Marín, Nidia. *Transporte transfronterizo, sin solución en el corto plazo: consultor de la ONU*. El Sol de México, 2 de abril de 2010.

3.3 Análisis sobre la experiencia del Capítulo XX.

Con esto se comprueba que son varios los factores que permiten o no la aplicación de las recomendaciones que un panel, bajo el Capítulo XX, realiza. A diferencia del caso de las Escobas de Mijo o *Tariffs applied*, la falta de una memoria institucional y de las condiciones para que los paneles se instalen rápidamente, son factores que influyen en el incumplimiento efectivo de una recomendación y de los deberes contraídos dentro del Tratado.

Sin duda alguna existe la buena fe de los Estados para lograr el cumplimiento de los objetivos pactados. En los casos presentados resalta la existencia de esa buena voluntad para someterse bajo el escrutinio de un panel, confiando en la decisión que se toma y las opiniones que emiten. También es muy cierto que los intereses propios y los cambios en diversas políticas internas, que responden a presiones de actores como empresas y organizaciones; ejercen presión en los gobiernos, siendo no sólo apremiantes o prioritarios, sino decisivos ante el cumplimiento de una responsabilidad internacional.

A diferencia de los otros capítulos donde el TLCAN tiene mecanismos de solución de controversias, el Capítulo XX requiere demasiados procedimientos preliminares que al final resultan en obstáculos para la efectividad de tal proceso. Una mejora al capítulo podría ser en este sentido, dejando de lado la burocratización del Capítulo para entrar en la materia. Pero entonces una vez más, para lograrlo se requiere del compromiso de los tres países para proporcionar al Secretariado la lista de especialistas que sean elegibles y, que puedan presentarse en cuanto un caso así lo requiera.

La solución de las disputas mediante vías diplomáticas, es un acierto en el Capítulo. De este modo se cumple uno de los objetivos del tratado en sí: fomentar las buenas relaciones entre los países para mejorar el comercio y lograr buenas relaciones de intercambio de bienes y servicios entre las tres naciones. Además, la mayoría de los casos que surgen bajo este capítulo se han resuelto en esta etapa.

Aunque aquí podría surgir otra cuestión, si en realidad la efectividad del proceso de consultas se debe a lo largo que el procedimiento restante puede ser, siendo una mejor opción para las partes de una disputa acordar algo antes de comprometerse en un

procedimiento extremadamente burocrático y lento; causando mayor fricción y expectativas para los sectores involucrados en una disputa.

Otro punto a mejorar, según la experiencia revisada en los casos presentados, es que los paneles no se limiten a entregar recomendaciones y permitan que los estados acuerden el plazo y modo en el que se harán efectivas. Los paneles podrían otorgar dentro de la recomendación un límite considerable para la aplicación de las mismas. Otro recurso sería, permitir que los Estados acuerden el tiempo y forma como se ha hecho hasta ahora, pero en caso de que no sea así, ser el Secretariado quien decida sobre el plazo correspondiente o designar un panel arbitral exclusivo, sólo para designar este plazo.

El problema de la jurisdicción TLCAN/OMC. El caso de Alta Fructosa

En el marco de la Organización Mundial del Comercio y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, las partes que crearon los acuerdos incluyeron disposiciones destinadas a hacer frente a las controversias que puedan surgir. En virtud de ambos acuerdos, el proceso y el efecto vinculante de solución de controversias son esencialmente los mismos, porque el TLC incorpora los principios del GATT, que también son la base para la creación del GATT de 1994 y la OMC.

El mecanismo de solución de controversias de la OMC consiste en un panel de expertos (elegidos por todos los miembros de la OMC) que revisan y ayudan en la solución de controversias. Una de las diferencias entre estos mecanismos, es que el panel de Solución de Controversias del TLCAN (Capítulo XIX) incluye magistrados, ex magistrados y abogados de los Estados Unidos, México y Canadá con experiencia en derecho mercantil internacional.

Como los paneles de solución de controversias establecidos por sus respectivos acuerdos, las decisiones de estos organismos están destinadas a ser vinculantes para las partes y deben, ser tratadas como las decisiones dictadas por un tribunal. Por lo tanto, es necesario que las partes respeten los procedimientos acordados y las resoluciones judiciales al respecto.

El mecanismo de solución de controversias de la OMC es análogo al del Capítulo XX del TLCAN¹¹⁶. Se encuentra contenido bajo el “Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias” contenido en el anexo 2 del Acuerdo de la OMC, que entró en vigor el 1 de enero de 1995.

Sus etapas de solución de controversias tienen la misma estructura que las del Capítulo XX. En el caso de la OMC, se compone de tres etapas: procedimientos de

¹¹⁶ SUPRA n.81

solución sin panel realizado a través de consultas, procedimiento ante un panel y proceso de apelación.

El nuevo proceso de la OMC, el cual también contempla la entrega de informes preliminares y finales, tiene una diferencia al Capítulo XX. Una vez que se da el informe preliminar presentado por un panel de la OMC y si las partes no solicitan una revisión del mismo, automáticamente se convierte en un informe final. Otra gran diferencia es que se convierte en un laudo vinculante del Órgano para la Solución de Disputas (OSD), mientras los informes del Capítulo XX sólo son *recomendaciones*.

Además, el proceso ante la OMC permite la apelación donde se revisan las cuestiones de derecho y no de hecho ante el Órgano de Apelación, el cual está facultado para conformar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del panel. Las partes tienen 90 días únicamente para hacer uso de este recurso y el OSD se ratifica, confirma o revoca el informe de Apelación dentro de un plazo de 30 días a partir de su emisión, pero únicamente sucede mediante un conceso.

Es común que en un acuerdo regional existan mecanismos de solución de controversias. En varios de ellos sólo se permitía resolver disputas mediante el método diplomático a través de negociación y consultas, pero en los últimos años se ha evolucionado integrando el modelo diplomático con el orientado en reglas y por lo tanto incorporando la mediación, conciliación y por su puesto el arbitraje los cuales pueden o no ser vinculantes, otra característica importante es además de la intervención de terceros en la decisión es si ese tercero está constituido en un órgano permanente como un panel temporal o *ad hoc* y órganos permanentes con árbitros que no son representantes de una de las Partes.

Los mecanismos de la OMC y del Capítulo XX son ejemplos de solución de controversias exclusivamente inter-estatales. No establecen tribunales ni corte permanente, lo cual hace que estos mecanismos estén lejos de un desarrollo jurídico más sofisticado como es el caso de la Unión Europea, que mediante el Tratado de Roma de 1957 establece la Corte Europea de Justicia, creando toda una institución jurídica que asegure la efectividad en la aplicación del derecho comercial internacional por parte de los Estados.

Aunque debe considerarse que los fines y propósitos de acuerdos regionales o internacionales del tipo de la OMC y el TLCAN tienen un espíritu distinto al de la

Unión Europea y el nivel de compromiso de los Estados, al ceder parte de su soberanía, son diferencias significativas que finalmente se reflejan en sus mecanismos de solución de controversias.

4.1 El caso del Jarabe de Maíz de Alta Fructosa.

En ocasiones existen casos que no son completamente de la jurisdicción de un panel, fundado en alguno de los capítulos que contienen mecanismos de solución de controversias del TLCAN. Sino que por el propio objeto de la disputa, pueden encontrar su solución en algún otro mecanismo internacional, como es el caso del mecanismo de la OMC. Esto sólo ocurre si una de las partes se encuentra incumpliendo con algún deber contraído bajo este organismo o bien, que esté violando alguno de los principios del GATT.

En el caso de Alta fructosa, ésta es precisamente la cuestión principal a resolver o el motivo por el cual el caso ha sido tan controvertido y, porque es que aporta mucho en este análisis del funcionamiento del Capítulo XX.

Originalmente el caso respondía a una cuestión que debía ser tratada bajo el Capítulo XIX. Dicha cuestión era, si la agencia gubernamental encargada de decidir sobre una controversia proveniente del tratado, se encontraba sujeta a sus propias reglas y cumplía con lo dispuesto en su ley nacional al dar su determinación sobre el caso.

A diferencia del capítulo XIX, cuya cuestión respondía exclusivamente a un asunto exclusivo del TLCAN; la OMC no está facultada para revisar una cuestión tan técnica y que tiene que ver completamente con la aplicación correcta del tratado. Sino que observa, si la aplicación de dicha determinación de la ley nacional es consistente con las obligaciones internacionales impuestas, por alguno de los acuerdos en agricultura, el acuerdo en subsidios y cuotas compensatorias, o el acuerdo en antidumping. Así que no se trata si la aplicación de una determinación por una agencia nacional es coherente con su propio derecho, sino si esa ley que la regula es coherente con las obligaciones internacionales contraídas por el Estado.

El número de conflictos que surgen únicamente en la OMC y el GATT, proporcionan una idea de lo sensible que el tema de la agricultura puede resultar para

las naciones. De acuerdo con James R. Holbein¹¹⁷, únicamente al 2002, de 101 informes que el GATT había emitido, 49 eran sobre cuestiones de productos agrícolas, y la cifra hasta el 2008 es de casi la mitad de los informes que el GATT emite. Mientras que en la OMC, cerca de un tercio han sido relacionados con la agricultura. Las cifras son casi las mismas en el marco del TLCAN.

Es importante mencionar que este caso en sí, no ha sido resuelto mediante un panel impuesto bajo el Capítulo XX, sino que se desprende su análisis de la solicitud presentada por México donde no se integró un panel para solucionarlo a través de éste capítulo, sino que encontró su solución bajo el marco de la OMC. Llevando el caso a ser uno de los más controvertidos, incluso más que el relativo a Autotransportes.

Lo controversial del caso proviene no de la cuestión a resolver, que es sobre la interpretación de las disposiciones que rigen las importaciones de Estados Unidos de azúcar de México, sino por el contenido político del mismo el cual es incluso anterior a la composición del TLCAN.

4.1.1 Antecedentes del caso.

El jarabe de maíz de alta fructosa (JMAF) tiene su origen en un programa que Estados Unidos implementó poco tiempo después de la Segunda Guerra Mundial, ya que durante ésta, era un problema nacional importante. Los estadounidenses tenían miedo de que los embarques alemanes llegaran a las costas del Caribe o al Golfo de México, llevando consigo cantidades considerables de azúcar que les impidiera abastecer su demanda nacional.

Por lo tanto, en la búsqueda de un sustituto para las importaciones de azúcar de alto costo a los Estados Unidos, surgió una industria multimillonaria que es la producción del jarabe de maíz de alta fructosa, el cual no sólo es utilizado como un líquido endulzante sustituto del azúcar, sino que ha sido adquirido por muchas compañías refresqueras, como uno de sus productos claves, sustituyendo al azúcar. Es

¹¹⁷ James R. Holbein fungió como Secretario del Secretariado del TLCAN en la Representación de Estados Unidos de 1994 a 1999.

por ello, que el subsidio que en años recientes Estados Unidos dio al maíz que se produce en sus estados, no es ninguna coincidencia.

Es un hecho que durante un largo periodo de tiempo, el azúcar ha sido uno de los productos más subsidiados y protegidos de su industria. Este subsidio refleja la fuerza política concentrada de los agricultores de caña de azúcar en Florida y en Lousiana, y en menor grado, la de los cultivadores de remolacha azucarera en los estados del norte de Estados Unidos¹¹⁸.

Por otro lado, México ha sido por muchos años un gran productor de caña de azúcar, la cual ha tenido durante el siglo pasado, diversos altibajos en su venta y producción. Desde el fin de la Revolución Mexicana hubo muchos intentos en crear una unión de azucareros que no tuvo tanto éxito, diversas presiones sociales y el cambio de las condiciones adecuadas para el cultivo de la caña de azúcar, terminó por afectar en gran parte el crecimiento y desarrollo de ésta industria. Además, un factor importante para la economía de ambos países, es que el azúcar ha perdido mucha de su participación en el mercado a los edulcorantes de maíz, que son más baratos y, un sustituto lo suficientemente cercano para la mayor parte de los propósitos, entre los que destaca, el endulzamiento de los refrescos azucarados¹¹⁹.

La introducción del jarabe de maíz de alta fructosa a México, proveniente de Estados Unidos y, los orígenes de esta la disputa sobre el azúcar y el JMAF son explicados por Holbein¹²⁰:

“Los productores estadounidenses de Jarabe de Maíz de Alta Fructosa entraron al mercado mexicano a un costo menor que el azúcar, porque los productores mexicanos estaban experimentando un periodo de sequías desolando al campo y, otros problemas con la industria. Como consecuencia, el precio del azúcar mexicana subió y el precio para la alta fructosa era más bajo, acaparando el mercado de bebidas dulces que originalmente poseían los productores mexicanos. Iniciando así, una serie de acciones como la solicitud de aranceles provisionales en contra de los vendedores de Alta Fructosa de Estados Unidos”.

¹¹⁸ SUPRA n. 33

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Holbein, James R.. *An Analysis of Agricultural Trade Disputes Under NAFTA*. Ohio Northern University Law Review, 2002.

Han existido diversas negociaciones en la búsqueda de un acuerdo político sobre el tema, aún antes de que el TLCAN entrara en vigor y de que se convirtiera en un caso planteado ante los mecanismos de solución de controversias. Uno de los problemas en este caso es que tiende a estar relacionado con otros asuntos, así que el problema del azúcar está ligado a la pregunta por la parte mexicana que ya revisamos en el Capítulo anterior “¿Que nos estás haciendo en transporte?”

Además de otros temas comerciales que son sensibles para ambas partes, Holbein por ejemplo resalta que “los Estados Unidos no le pegó muy fuerte a México en el acero, así que quizá México será bueno, y quitará un 20% de los impuestos de Jarabe de Maíz de Alta Fructosa. Siendo ésta la manera natural en la que los arreglos comerciales se dan entre las partes, así que muchos de ellos son vistos en su conjunto y no de manera separada”.

Sin embargo, aún resultan temas complicados y controversiales que demandan actos que proporcionen un balance al comercio. Un ejemplo es si Estados Unidos no permite la entrada a los camiones mexicanos, quizá México no haga mucho por los vendedores de Jarabe de Maíz de Alta Fructosa.

4.1.2 Hechos y cuestión jurídica a resolver.

Antes de la firma del tratado, como ya mencionamos, Estados Unidos imponía ciertas cuotas a la entrada del azúcar proveniente de México, la cual ascendía a 7,200 toneladas por año. Mientras que en el TLCAN, EE.UU. aceptó una fórmula complicada donde las importaciones de México hacia este país, aumentarían de 7,200 a 25,000 toneladas por año en el curso de los primeros seis años del acuerdo, y así en el 2000, crecerían hasta 150,000, registrando un crecimiento del 10% anual.¹²¹

El problema era que eventualmente, comparando el tamaño de la importación con el consumo de azúcar, México podía convertirse en un exportador de este bien, considerando dos hechos sustanciales: el consumo del azúcar comparado con el tamaño de la importación y; la apertura de sus mercados a los edulcorantes de maíz, lo que

¹²¹ SUPRA n. 31

permitiría que si los productores nacionales de refresco cambiaran los edulcorantes de maíz a un precio más bajo, podría representar un excedente sustancial de azúcar, garantizándole a México el derecho a exportar virtualmente, cantidades ilimitadas de azúcar libre de arancel aduanero a Estados Unidos.¹²²

Por parte del cabildo azucarero estadounidense, hubo muchas presiones políticas para revisar los puntos de acuerdo del tratado a este respecto. La parte negociadora mexicana consideró que un intercambio de edulcorante de maíz, podría traer grandes beneficios comerciales. El Representante Comercial de Estados Unidos expresó que la posibilidad de que se diera una sustitución del azúcar por edulcorante de maíz, fue un descuido en las negociaciones que había que remediar,¹²³ en respuesta a las presiones de los cabildos.

Lo que se buscaba con la negociación del TLCAN, era alcanzar un equilibrio en el sector de los edulcorantes con el fin de establecer condiciones para el acceso del azúcar originaria de México y el jarabe de maíz de alta fructosa proveniente de Estados Unidos, hasta llegar al libre comercio en ambos productos en enero de 2008.¹²⁴

La votación sobre el TLCAN se volvió muy cerrada por la importancia que tenía el tema del azúcar, para dos de los estados con mayor peso en la Cámara de Representantes de Estados Unidos y son: Florida y Luisiana. Estos estados solicitaban una modificación en la disposición sobre el azúcar a cambio de un voto favorable. Como era de esperarse, México aceptó realizar un nuevo entendimiento, que incluyó el consumo mexicano de JMAF para fines del cálculo de la situación del excedente neto de producción de México, reduciéndose así considerablemente las probabilidades de que éste pudiera ser clasificado como un exportador neto de azúcar, donde la nueva medida era: producción de azúcar – (consumo de azúcar + consumo de JMAF).¹²⁵

Lo negociado se traducía en una competencia desigual. México produciría dicho bien agrícola sin subsidio, mientras sus contrapartes seguirían subsidiando la agricultura. Además, alrededor de 1995, las exportaciones de edulcorante de Estados Unidos hacia México aumentaron, ocasionado por el bajo costo de la fructosa y

¹²² *Id.* p. 28

¹²³ Mickey Cantor, citado en Vega Cánovas, Posadas, Widham, & Mayer, 2005.

¹²⁴ Ver Anexo 302.2 del Capítulo 3 del TLCAN

¹²⁵ *Id.* n. 123

provocando la sustitución de la sacarosa por este bien, lo que sin duda alguna provocó una crisis en la industria azucarera mexicana y el descontento social.

Como respuesta a tales sucesos, el entonces presidente de México Ernesto Zedillo, buscó negociar una cuota mayor para sus exportaciones de azúcar, dado que la industria azucarera mexicana solicitó a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial la revisión del proceso de desgravación de las importaciones de fructosa e iniciar una demanda antidumping.

El argumento principal del Presidente era que los compromisos que se habían efectuado, habían sido en secreto por un presidente que para 1997 se encontraba completamente desacreditado, y por ello México no reconocía tales compromisos. Sin obtener una respuesta favorable, la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI), impuso aranceles compensatorios al JMAF el 25 de junio de 1997, para detener en cierto grado el avance de la importación del edulcorante y proteger a la industria nacional.

El 4 de septiembre de ese año, Estados Unidos solicitó la celebración de consultas con México de conformidad con el artículo 4° del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos, por los que se rige la solución de diferencias (ESD) y, el párrafo 3 del artículo 17, del Acuerdo relativo a la Aplicación del artículo VI del GATT de 1994.¹²⁶

El 12 de Marzo de 1998, México finalmente solicitó la instauración de un panel bajo el Capítulo XX del TLCAN. Solicitud a la que Estados Unidos nunca respondió y en su lugar, solicitó nuevamente, la celebración de consultas con México en respuesta a la medida definitiva adoptada por la SECOFI. Las consultas celebradas no lograron alcanzar una solución mutuamente aceptable.

La Asociación de Refinadores de Maíz de Estados Unidos interpuso una queja ante la Oficina del Representante Comercial, quien inició un procedimiento por la imposición de medidas *antidumping* ante un panel binacional, del Capítulo XIX del TLCAN. De manera paralela se presentó el caso ante el Órgano de Solución de Controversias de la OMC, el 8 de octubre 1998, solicitando el establecimiento de un

¹²⁶ Ver Jarabe de maíz de alta fructuosa (AD), MEX-USA-1998-1904-01, TLCAN Capítulo 19, Artículo 1904, 04/15/2002, 08/03/2001.

grupo especial y argumentando que la medida antidumping de la SECOFI, era incompatible con las obligaciones que incumben a México en virtud del artículo VI del GATT.¹²⁷

En junio del 2000 el panel falló en contra de México, determinando que los derechos *antidumping* que México había impuesto, no eran aceptables; en virtud de la insuficiente consideración que México dio, a los efectos de las importaciones de JMAF sobre la industria azucarera.¹²⁸

La investigación antidumping fue primero resuelta por el panel del capítulo XIX y, subsecuentemente por la OMC. Ambos tribunales decidieron de manera separada en el asunto, de acuerdo a los marcos jurídicos e institucionales que cada uno posee y; a pesar de que no estaban al tanto de que el otro tribunal determinaba, sus decisiones finales coincidieron. Esto es porque, tanto el procedimiento del Capítulo XX como el Órgano de Solución de Controversias (OSC) de la OMC, poseen características similares para la resolución de disputas, pero sus procesos difieren en algunos aspectos significativos, particularmente en la ejecución.

Al respecto Gantz menciona, “mientras el proceso de la OMC es llevado por el Órgano de Solución de Controversias, que constituyen todos los miembros de la OMC y es administrado por la Secretaría de la OMC en Ginebra, el TLCAN tiene una Comisión de Libre Comercio y una secretaría que puede parecer similar al OSC y la Secretaría de la OMC”.

La diferencia radica en que al menos dos de los miembros de la Comisión de Libre Comercio, son necesariamente los funcionarios de los gobiernos que sean partes en una controversia del Capítulo XX. En contraste con la OMC, donde la mayoría de los miembros que forman parte del OSC, no están involucrados en la disputa, lo que los hace ejecutores imparciales del proceso de solución de controversias.

Esto significa que la existencia de la independencia del OSC y la Secretaría, parece un tanto más probable para asegurar la correcta aplicación y el cumplimiento estricto de los tiempos límite del OSC.

¹²⁷ *Id.* p. 2

¹²⁸ SUPRA n. 31

Así como el esfuerzo de México por apelar la decisión de la OMC no tuvo éxito, tampoco el esfuerzo realizado para negociar con Estados Unidos una mayor cuota de azúcar. Así que nuevamente, el 20 de agosto de 2000, México solicitó formalmente por escrito, el establecimiento de un panel arbitral del TLCAN.

Es evidente que México buscaba un acuerdo comprensivo en el cual el acceso mexicano al JMAF estadounidense, pudiera igualar el acceso que tiene Estados Unidos al azúcar mexicana. Por ello, al no lograr establecer un acuerdo favorable, el gobierno mexicano vuelve a imponer medidas comerciales que propiciarían la disminución de los volúmenes de importación de fructosa a partir del 2002, reduciendo el jarabe de fructosa con contenido superior al 50% y, menor o igual a 60% de su peso, de 9,800 toneladas con valor de 59.5 millones de dólares, en 2002; a 4.7 mil toneladas, equivalentes a 1.3 millones de dólares en 2004.¹²⁹ Impidiendo a Estados Unidos, ser el único proveedor de este bien tal como se muestra en la siguiente tabla.¹³⁰

Tabla 1
México: Importaciones de Fructosa Originarias de Estados Unidos, por Fracción Arancelaria, 1990-2004

Año	Fracción Arancelaria							
	17 02 60							
	1702.50.01		1702.60.01		Las demás fructosas y jarabe de fructosa 1702.60.02		1702.60.99	
Fructosa químicamente pura		Con un contenido de fructosa, en estado seco, superior al 50% en peso pero inferior o igual al 60% en peso		Con un contenido de fructosa, en estado seco, superior al 60% pero inferior o igual al 90%, en peso.		Las demás fructosas y jarabe de fructosa, con un contenido de fructosa, calculado sobre producto seco, superior al 50% en peso, excepto el azúcar invertado		
Valor	Volumen	Valor	Volumen	Valor	Volumen	Valor	Volumen	
(mdd)	(mt)	(mdd)	(mt)	(mdd)	(mt)	(mdd)	(mt)	
1990	10	nd	1,820	nd	0	0	0	0
1991	5	nd	2,993	nd	0	0	0	0
1992	32	nd	3,938	nd	0	0	0	0
1993	65	nd	5,632	nd	0	0	0	0
1994	198	nd	12,960	nd	0	0	0	0
1995	98	nd	11,909	nd	0	0	0	0
1996	662	nd	34,029	nd	0	0	0	0
1997	1,482	nd	67,618	nd	0	0	0	0
1998	3,093	nd	59,781	284.9	0	0	8	0.001
1999	4,029	nd	55,906	334.8	0	0	318	0.632
2000	5,795	nd	61,645	277.2	2	nd	1,878	3.794
2001	5,175	nd	59,462	250.0	15	nd	1,579	nd
2002	6,420	7.4	5,794	9.8	0	0	140	nd
2003	4,867	6.8	1,422	4.8	42	0.01	257	0.254
2004	4,999	6.5	1,345	4.7	0	0	0	0.000

Notas: Los datos presentados solamente consideran las modificaciones derivadas de la publicación de la TIGIE en el DOF, el 16 de enero de 2002, y no toman en cuenta cualquier cambio anterior a esta fecha, por lo que, las cifras anteriores a 2002 no son estrictamente comparables.

nd: Cifra estimada

mdd: miles de dólares

mt: miles de toneladas

La información presentada es proporcionada por Banco de México y es únicamente de referencia. La Secretaría de Economía no se hace responsable por la forma en que se utilice o interprete esta información.

Distribución de las fracciones con base en la correlación publicada el 16 de enero de 2002 en el DOF.

El 1 de abril de 2002, entró en vigor la Tarifa de Impuesto General de Importación y Exportación (TIGIE). Anterior a esta fecha, el contenido actual de la fracción 1702.50.01 de exportación correspondía a la fracción 1702.50.

La fracción 1702.6 se divide en 1702.60.01, 1702.60.02 y 1702.60.99.

Fuente: Elaborado por el CEFP de la H. Cámara de Diputados con información de la Secretaría de Economía, SIAVI.

¹²⁹ Centro de Estudios de Finanzas Públicas, 2005.

¹³⁰ Informe de la CEFP de la H. Cámara de Diputados con información de la Secretaría de Economía, SIAVI.

4.2 La jurisdicción de la OMC para tratar asuntos relacionados con el TLCAN.

Además de las cuestiones relacionadas con la arancelización y las medidas impuestas por México al jarabe de maíz de alta fructosa, la OMC debía resolver si posee jurisdicción para revisar disputas que surgen de Acuerdos Regionales, como lo es el TLCAN. Especialmente en un caso como éste, donde México alegaba que Estados Unidos estaba incumpliendo con lo dispuesto en el tratado.

Al respecto, el Secretario de Economía de México Luis Ernesto Derbez pronunció “el TLCAN afirma claramente que tenemos el derecho a exportar nuestro sobrante de azúcar después de haber registrado dos años, y en este caso tres años, un excedente en la producción del mismo, razón por la cual nuestra postura va a ser de que es necesario que se instituya un panel para solucionar esto.”¹³¹

Precisamente, uno de los argumentos de México era que el Órgano de Solución de Controversias de la OMC, debía rehusarse a resolver la disputa a la luz de los esfuerzos de México por iniciar el procedimiento mediante el Capítulo XX del TLCAN. Inculpando a Estados Unidos, por no acordar quienes serían los panelistas para iniciar el procedimiento¹³².

El cuerpo de apelación de la OMC, sostuvo, que el OSC no podía negarse a ejercer jurisdicción y, que la OMC no tenía bases para determinar si los Estados Unidos había incumplido o no con sus obligaciones en el TLCAN. Por lo tanto, los miembros de la OMC están autorizados a utilizar los mecanismos de solución de controversias de los Acuerdos Regionales, para resolver controversias en virtud de aquellos acuerdos comerciales regionales que sean compatibles con la OMC. Precisamente porque el artículo 23 del OSC, menciona que las violaciones de la OMC, deben ser resueltas únicamente a través de los mecanismos de ésta, sin especificar nada acerca de aquellas que también estén relacionadas con Acuerdos Regionales. Así que no queda claro, si un panel de la OMC puede declinar su jurisdicción porque un Acuerdo Regional sea un foro más conveniente, tenga más reglas específicas, está considerando un caso con la

¹³¹ Luis Ernesto Derbez citado en Vega Cánovas et. al., 2005.

¹³² Gantz, David A., *Dispute Settlement under the NAFTA and the WTO: Choice of Forum Opportunities and Risks for the NAFTA Parties*. American University International Law Review, Vol. 1025, 1999.

misma reclamación o se ha adjudicado el asunto,¹³³ que es precisamente lo que ocurrió con el caso de alta fructosa.

Este dilema sobre si es conveniente o está permitido llevar un caso ante ambas instancias, ha creado controversia. Sin duda alguna, en el caso exclusivo de alta fructosa, no se ha logrado una solución que pueda ser satisfactoria para México. Además de que ha permitido a Estados Unidos poder evadir sus responsabilidades, al desviar la atención del caso, hacia las violaciones hechas al GATT por parte de México.

Quizá sea conveniente que el TLCAN sea un poco más específico sobre la exclusividad, que el mecanismo de solución de controversias del Capítulo XX tiene, para tratar los asuntos estrictamente relacionados con el incumplimiento de alguna obligación contraída en el Acuerdo.

No es necesario que el proceso en sí se modifique o se altere en su totalidad, bastaría con incluir algún punto que pueda ser más específico el artículo 2005, otorgando el derecho de suspender procesos en otros foros, incluso antes de ser iniciados y; donde se mencione que en el caso de existir alguna disposición impuesta por una de las partes en respuesta al incumplimiento de alguna otra, el mecanismo del Capítulo XX, deberá revisar en primera instancia dicho incumplimiento y de ser necesario, o alguna de las partes lo consideré conveniente, llevar el caso hacia algún otro procedimiento, pero únicamente como un último recurso, después de haber agotado esta instancia.

De igual forma, algunos académicos como Hillman¹³⁴ consideran que el Artículo 23 del Órgano de Solución de Controversias de la OMC, podría modificarse para permitir a los miembros determinar cuál es el foro más conveniente para resolver una disputa dada. Además, apoyan la teoría de que los miembros deberían agotar las instancias que los acuerdos regionales les ofrecen para solucionar alguna disputa, antes de presentar el caso ante la OMC o viceversa.

¹³³ Hillman, Jennifer. *Agreements and the WTO-What Should the WTO Do?* Cornell International Law Journal, 2008.

¹³⁴ Ibid.

David Gantz¹³⁵ ha indicado que las disputas entre las partes del TLCAN pueden ser caracterizadas dentro de tres tipos:

- 1) No hay una elección efectiva del foro, esto porque la naturaleza de la controversia plantea cuestiones jurídicas sometidas a un solo acuerdo;
- 2) existe una aparente elección de foro, con asesores jurídicos y/o factores políticos "en algunos casos dictando un foro sobre el otro" y;
- 3) hay foros paralelos disponibles, es decir, donde el mismo tema plantea cuestiones jurídicas ligeramente diferentes, lo que permite una queja para ir al TLC y otro a la OMC (caso de Alta Fructosa)

Además, menciona que al hacer dicha elección del foro "las decisiones deben realizarse basados en el análisis caso por caso e influenciados por cuestiones jurídicas, políticas, y las consideraciones prácticas, así como que el TLC es el Partido denunciante" y categoriza los factores que influyen dichas elecciones de foro entre la OMC y el TLCAN como se enlistan a continuación:

- a) requisitos legales para controlar la elección del foro, es decir, dada la temática o la redacción de un tratado, algunas disputas deben ser llevados bajo el régimen del TLCAN o de la OMC;
- b) ventajas de derecho sustantivo de haber presentado una denuncia en régimen de la OMC o el TLCAN;
- c) Distintos procedimientos entre Estados en el OSC de la OMC y el TLCAN Capítulo XX pueden influir en la parte demandante para elegir uno u otro en un caso particular, y;
- d) Las consideraciones políticas que tenga cada caso.

Otra opinión al respecto es la que otorgan Loungnarath y Stehly¹³⁶ argumentando que la creación del Órgano de Solución de Controversias de la OMC ha

¹³⁵ Ver Gantz, David A., *Dispute Settlement Under the NAFTA and the WTO: Choice of Forum Opportunities and Risks for the NAFTA Parties*. American University International Law Review, Vol. 1025, 1999. Citado en Reif, May 14, 2001.

ocasionado que el Capítulo XX del TLCAN, pierda sus ventajas en los procedimientos, dado que el OSC resulta más atractivo para los Estados involucrados en una disputa, con mayores implicaciones políticas y económicas, como es el caso de Canadá y México, en relación con los Estados Unidos, que es relativamente más fuerte en estos temas y que se inclinará por regímenes con formas más diplomáticas de solución de controversias. Aunque esta teoría no ha sido demostrada en los casos que se presentan ante la OMC y el Capítulo XX, sino todo lo contrario y se cree que en el caso de Alta fructosa esto se debió a que México quería evitar que se sentara una especie de precedente ante la OMC.

4.3 Análisis comparativo con otros mecanismos generales sobre solución de conflictos, firmados por México.

Para completar el análisis sobre la funcionalidad del Capítulo XX del TLCAN, nos pareció importante hacer mención de aquellos tratados comerciales que México firmó posteriormente a la firma del TLCAN y en ese sentido, revisar si éstos contienen algún mecanismo similar, como ha sido el caso de la OMC.

De observar alguna similitud dentro de los mecanismos de solución de controversias en dichos acuerdos, entonces analizaremos si en realidad han funcionado o han sido invocados por las partes, comparando el número de casos que han surgido del Capítulo XX, con el número de casos que puedan haber surgido en esos tratados.

Todo esto con la finalidad de observar si las debilidades que observamos en el transcurso de éste trabajo, son exclusivas del Capítulo XX o si en general ese modelo, resulta obsoleto en este tipo de acuerdos.

Después de la firma del TLCAN y de su unión al GATT, México ha firmado un total de 12 tratados de libre comercio (Ver Tabla 2). En estos tratados, resulta notable la decisión de seguir la misma línea respecto a los mecanismos de solución de

¹³⁶ Loungnarath, Vilaysoune; Stehly, Céline. *The General Dispute Settlement Mechanism in the North American Free Trade Agreement and the World Trade Organization System: Is North American Regionalism Really Preferable to Multilateralism?* *Journal of World Trade*, Vol. 39, Febrero de 2000.

controversias. Aunque no se adoptan mecanismos como los contenidos en los capítulos XI o XIX; el Capítulo XX se observa en estos acuerdos con ligeras modificaciones, tales como el número de especialistas que se deben presentar ante el roster, donde puede ser de 10 a 20 dependiendo del tamaño de la nación con la que firma el acuerdo; los tiempos en que se debe presentar un caso ante la Comisión; los tiempos para el establecimiento de un panel e incluso, en algunos acuerdos las decisiones son vinculantes y deberán ser publicadas por en el Diario Oficial de las Partes al día siguiente en que se entrega el informe final.

Tabla 2

País	Firma	Aprobación del Senado	Promulgación	En vigor a partir de
TLCAN (Estados Unidos, Canadá y México)	17 de diciembre de 1990	22 de noviembre de 1993	20 de diciembre de 1993	1 de enero de 1994
Costa Rica	5 de abril de 1994	21 de junio de 1994	10 de enero de 1995	1 de enero de 1995
Grupo de los Tres: Colombia, Venezuela y México	13 de junio de 1994	13 de junio de 1994	31 de diciembre de 1994	1 de enero de 1995
Bolivia	10 de septiembre de 1994	26 de octubre de 1994	11 de enero de 1995	1 de enero de 1995
Paraguay	13 de diciembre de 1997	30 de abril de 1998	29 de junio de 1998	1 de julio de 1998
Chile	17 de abril de 1999	23 de noviembre de 1999	29 de julio de 1999	1 de agosto de 1999
Uruguay	19 de noviembre de 2003	28 de abril de 2004	29 de junio de 2004	15 de julio de 2004
CA3 (El Salvador, Guatemala y Honduras)	28 de junio de 2000	19 de enero de 2001	14 de marzo de 2001	15 de marzo de 2001
Unión Europea*	23 de marzo de 2000	20 de marzo de 2000 (Acuerdo Global)	26 de junio de 2000	1 de julio de 2000 (Bienes) 1 de marzo de 2001 (Servicios e Inversión)
Israel	10 de abril de 2000	26 de abril de 2000	28 de junio de 2000	1 de julio de 2000
Asociación Europea de Libre Comercio**	27 de noviembre de 2000	30 de abril de 2001	29 de junio de 2001	1 de julio de 2001
Acuerdo para el fortalecimiento de la Asociación Económica entre los Estados Unidos, Mexicanos y El Japon	17 de septiembre de 2004	16 de noviembre de 2004	31 de marzo de 2005	1 de abril de 2005

Fuente: Página en Internet de la Secretaría de Economía

* Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslovacua, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia

** Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza

Puede observarse que los casos que han surgido bajo mecanismos similares incorporados en éstos tratados, no han sido utilizados. Siendo que la mayoría de estos acuerdos tienen poco más de diez años desde su entrada en vigor. Además de los casos

de Escobas de Mijo y Transporte Transfronterizo, la Secretaría de Economía reporta que la existencia de un solo caso que surge de un tratado regional. Se trata del caso Registro Sanitario.

Este caso surge bajo el Capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras. Se refiere al procedimiento para otorgar los registros sanitarios de medicamentos en México, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3-03, 15-05 y 15-10 de dicho tratado. Donde el tribunal arbitral determinó que México no había realizado las modificaciones a su marco jurídico para cumplir con las obligaciones establecidas en el tratado.

Es claro que México decidió seguir la misma línea del Capítulo XX. Este suceso se dio como consecuencia a la primera experiencia en Acuerdos Regionales de México, la cual por supuesto la obtuvo de sus socios comerciales en el TLCAN y es muy notable que el modelo del Capítulo XX, incorpora métodos universales sobre la solución de controversias que, sin duda, muchos tratados incorporan.

La atención en este tema se centra actualmente en otro tipo de mecanismos para resolver disputas. Por ejemplo, en el tratado celebrado con Israel se incluye una normatividad para resolver aquellas disputas en materia de inversión, que se encuentra contenido también en el TLCAN y otros tratados firmados por México. Esta también ha sido una postura tradicional en los acuerdos comerciales que firma México. Sin embargo, en los últimos años, también ha demostrado mayor inclinación por la firma de APPRI's, al igual que el resto de la comunidad internacional y que sin duda, han arrojado un sinnúmero de casos al respecto.

Como ya se mencionó durante el análisis de Alta Fructosa, otro mecanismo que ha demostrado una mayor demanda en la solución de conflictos comerciales, sobre todo en materia de Antidumping y cuotas compensatorias, es el de la OMC. Prueba de ello, es que a la fecha, México ha participado como reclamante en 14 casos y como demandado en 6 casos y, tal como sucedió en Alta Fructosa, otros casos como el de

atún¹³⁷ han surgido del incumplimiento de una disposición del TLCAN y por supuesto, una violación a lo contenido en el GATT.

Todos estos factores, nos permiten analizar si en realidad la existencia del Capítulo XX está justificada o si simplemente debería ser reducido a sugerir el uso de métodos diplomáticos para la solución de conflictos y dejar que otros mecanismos ajenos al TLCAN, se encarguen de resolver las disputas que surjan.

¹³⁷ Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún (DS381), 24 de Octubre de 2008

Conclusiones Finales

El Capítulo XX, proporciona a las partes de un mecanismo que tiene una serie escalonada de métodos para la resolución de controversias. Inician con las consultas, seguidas por los métodos diplomáticos no vinculantes, que utiliza la Comisión del TLCAN; si el asunto no se ha resuelto para esa instancia, entonces las partes recurren a la instalación de paneles, donde la mayoría de los panelistas provienen de los estados disputantes y cuyas decisiones no son vinculantes, sino que tienen la característica de ser recomendaciones; además, éstos proporcionan dos tipo de informes: el preliminar y el final.

Un punto importante es que este mecanismo en ningún momento hace vinculantes las decisiones finales de los paneles, en el sentido de que modifique la legislación nacional de alguna de las partes u obligue a las partes a implementar dicha resolución, sino que es por completo, un mecanismo que conlleva siempre a la resolución por vías diplomáticas. Una vez entregado el informe final, los países deben ponerse de acuerdo para hacer efectiva dichas recomendaciones. Aquí es justamente, donde se encuentra una de las principales fallas del Capítulo.

En los primeros dos capítulos de este trabajo, localizamos al menos, tres problemas importantes que evitan asegurar la efectividad del capítulo:

- 1) la falta de memoria institucional;
- 2) es un procedimiento lento y;
- 3) la desconfianza de los países para utilizar este mecanismo.

Los tres puntos están ligados entre sí, si las partes se ocuparan en al menos, tratar de resolver uno de ellos, entonces se resolverían de alguna manera, los otros dos.

Debido a que el actual establecimiento de los paneles requiere demasiado tiempo, haciendo los procesos más largos de lo que deberían ser y; que permite a las

partes responsables, escapar de sus responsabilidades contraídas por más tiempo, es vital que Canadá, Estados Unidos y México, cumplan con su compromiso de elaborar un *roster* o lista de especialistas, que pueden ser llamados a conformar un panel, cuando así se les requiera.

Al tener dicho *roster* de especialistas, los tiempos de espera para la conformación de un panel serán menores, y estos podrán a su vez entregar en menos tiempo los informes preliminares y las recomendaciones. Si los países observan que los tiempos de espera para obtener una recomendación, son menores, existirá una mayor confianza hacia el mecanismo, lo que ocasionará una mayor recurrencia al mismo, aumentando el número de casos.

Si el número de casos que surjan bajo este capítulo aumenta significativamente, eso significa, que los especialistas del *roster* que se llaman para conformar un panel, están siendo rotados y empleados en la solución de casos, es decir, que por lo menos uno de los cinco que conforma un panel, ya haya participado en algún otro caso, permite que exista una memoria institucional y que los paneles no tengan que inventarse a ellos mismos, al momento que intentan dar una respuesta a una cuestión sobre el tratado. Tal como sucede en el capítulo XIX o en el Órgano de Solución de Disputas de la OMC.

Otra falla, dentro del Capítulo XX del TLCAN es que en los dieciséis años de existencia del Tratado, sólo se han presentado cinco casos a resolver por un panel. Sin duda alguna, esto señala la poca efectividad que tiene el Capítulo. El poco uso que los Estados le han dado, está vinculado con los puntos que ya mencionamos, pero además, existe una razón de mayor peso.

Las recomendaciones de los paneles no han sido impuestas bajo un parámetro de tiempo razonable, lo que ha impedido el cumplimiento de disposiciones importantes del Tratado, como sucedió con el caso de Transportes Transfronterizos, donde las represalias del caso se dieron en junio de 2001 y fueron aplicadas hasta el 2009.

No hay un proceso de apelación que revise los informes de los paneles. Si uno de los estados disputantes, no está de acuerdo con la implementación del informe, puede realizar medidas que compensen el daño causado por su contraparte. Pero tampoco existe un periodo prudencial para imponer las represalias que surgen del panel. Lo que sin duda, reduce a gran escala la efectividad del Capítulo.

Otro punto en contra del capítulo, tiene que ver con las ocasiones en que ha sido convocado para resolver una disputa. En sus años de existencia, los casos que surgieron bajo este capítulo, se presentaron únicamente en los primeros seis años de vida, es decir, lleva diez años sin ser aplicado. Además, queda claro que los casos que se han presentado, sólo han alcanzado la primera etapa del procedimiento: las consultas y negociaciones binacionales; siendo el método mínimo que cualquier acuerdo internacional tiene para resolver una controversia. Por el contrario, cuando se trata de temas más sofisticados o que significan para los Estados implicados, grandes pérdidas económicas que se traducen en presiones políticas y sociales, el capítulo ha sido prácticamente nulo.

El caso de Alta fructuosa es el mejor ejemplo de esto. Estados Unidos, nunca respondió a la solicitud de México y prefirió llevar el caso ante un tribunal más eficiente y experimentado en casos de materia comercial, la OMC. Es bastante lógico, porque EE.UU. tuvo esa respuesta. Lo que requería era una solución rápida y favorable, donde además pudiera realmente comprometer a México.

Además, con este caso se aclara un punto importante: la OMC puede tener jurisdicción para tratar asuntos que surgen de un acuerdo regional. Si, tomamos en cuenta que aquellos asuntos que son estrictamente del TLCAN han sido resueltos mediante los métodos diplomáticos y, que para los demás asuntos, los propios Estados deciden recurrir ante la OMC, entonces queda claro que el resto del procedimiento del Capítulo puede suprimirse.

Esto sólo refuerza la idea del éxito del Capítulo XIX y de la OMC. Si los Estados se encuentran dentro de un modelo que les implique mayor compromiso para cumplir con las represalias o sentencias, entonces el modelo es exitoso y la concurrencia en él, es mayor a la de un mecanismo tan general como lo es el Capítulo XX, porque finalmente la falla principal se localiza en la poca coerción que se puede ejercer en los Estados para cumplir con las disposiciones, o sin ir tan lejos, para cumplir con proporcionar al Secretariado de los nombres de los especialistas que conformarán un panel.

Una característica similar en esos mecanismos y que pueden incluirse, es que si las partes no logran ponerse de acuerdo para la implementación de las recomendaciones, entonces que los paneles determinen el tiempo límite o estándar en el que se cumplirán.

O bien, que se acuda al Secretariado para solicitar un arbitraje que determine el tiempo prudencial para ese fin, tal como sucede en la OMC.

Es claro, que si la expectativa es conservar el Capítulo XX, entonces se deben hacer las modificaciones antes mencionadas, pero a la vez, se debe incluir un modelo similar al de la OMC o el propio Capítulo XIX. Quizá si el Secretariado tuviera más fuerza o poder de acción y, en un momento determinado, los Estados pudieran recurrir a él para que se señale el tiempo y la forma en que las recomendaciones que emita un panel, deban ser cumplidas, muy probablemente, se presentarían más casos a resolver mediante este Capítulo.

Holbein, quien ha sido panelista no sólo del Capítulo XX del TLCAN sino del XIX y, de los capítulos 18 y 19 del ALCCEU¹³⁸, refuerza esta idea:

“Los paneles están tratando de aplicar correctamente la ley, sin importar la ley del país que ellos estén tomando en cuenta o revisando para sus decisiones. No hay excepciones, ya que en cada panel al menos cuatro de los cinco panelistas están entregados a hacer que los procedimientos funcionen. Lo cual es evidencia por el hecho de que el 8% de las decisiones de un panel son unánimes”.

Sin embargo, el ceder un poco y comprometerse más con obtener un mejor mecanismo de solución de controversias, sin duda traería mayor beneficio para las tres partes, aún ignorando los motivos políticos que cada una de éstas pueda tener para no querer que su funcionamiento mejore. Lo cual sin duda, sería un precedente importante en materia de acuerdos comerciales regionales.

Por otro lado, resulta claro para académicos y especialistas en derecho internacional, que la solución que tuvo el caso de Alta fructosa es injusta para México, en el sentido de que nunca se logró conformar el panel conforme al Capítulo XX, lo que claramente llevó a México a una serie de decisiones comerciales no acertadas.

Pero el constante sentir de injusticia no sólo se ve reflejado en el caso de Alta Fructosa, sino que también se observa en el de transportes transfronterizos o inclusive, en el de escobas de mijo. Incluso podría parecer que el Capítulo XX se ha convertido en

¹³⁸ Acuerdo de Libre Comercio de Canadá y los Estados Unidos.

espejo de lo que ocurre en términos generales con el TLCAN. Por un lado, la disparidad y las condiciones en las que se generó el acuerdo continúan y México sigue siendo el socio que percibe la menor cantidad de beneficios, a pesar de que existen cifras que indiquen avances en ciertos sectores, permitiendo que la disparidad con la que inició el tratado, continúe.

Stiglitz habla sobre las negociaciones del tratado a la vez que muestra un poco sobre la desproporcionalidad que se encontraba en el mismo, señalando:

Que negociáramos con dureza era comprensible, y que la combinación de la dureza de las negociaciones y nuestra fuerza económica condujera a un acuerdo comercial “injusto” que nos beneficiaría a nosotros más que a otros era predecible. Pero fue tan injusto, tan descompensado, que algunas de nuestras ganancias se obtuvieron a costa de otros”¹³⁹.

Sin duda, las ganancias a las que se refieren se observan en los casos aquí presentados. Sobre todo, si observamos las cifras sobre aquellos procedimientos en los que Estados Unidos se menciona como una de las partes y que sus socios consideran injustos, llevándolos a tomar medidas no muy certeras como el caso de las disposiciones que México impuso al azúcar estadounidense tratando de proteger su propia industria ante hechos podían concederle el beneficio de haberse logrado la instalación de un panel bajo el Capítulo XX.

Tal como mencionamos en el cuarto capítulo de éste trabajo, el Capítulo XX se ha quedado rezagado en materia de solución de controversias. Los casos que han surgido, han sido muy pocos y hace más de diez años que no es utilizado. Además, los socios comerciales del TLCAN prefieren el uso de la OMC o de los mecanismos del Capítulo XIX y XI, los cuales han demostrado no sólo un número mayor de controversias invocadas, sino que demuestran una mayor confianza por las partes, en consecuencia a los resultados que han arrojado.

Además con la evidencia de los capítulos homólogos en otros tratados firmados por México y la nula existencia de casos que emanen de éstos y, por lo tanto, del uso de

¹³⁹ Stiglitz E. Joseph citado en Oropeza García, Arturo. *México y el TLCAN en el marco de la integración en América Latina*.

tales capítulos, es evidente que en materia comercial al menos, procedimientos como el del Capítulo XX han quedado obsoletos.

En este contexto, podríamos arrojar la propuesta de no sólo realizar las modificaciones ya mencionadas, sino incluso de reducir el contenido del Tratado y limitarlo al uso exclusivo del modelo diplomático contenido en éste y dejar la solución de controversias para los capítulos restantes del TLCAN y el OSD de la OMC.

Finalmente, podemos concluir que en gran medida la buena aplicación del derecho comercial internacional y el aseguramiento de la efectividad de mecanismos de solución de controversias depende única y exclusivamente de los Estados que los crean, ya que sólo ellos tienen la potestad de decidir el nivel de compromiso que desean adquirir al firmar un tratado e incluir un mecanismo que asegure el cumplimiento del mismo. Mientras existan otros temas que sean lo suficientemente válidos y prioritarios para los Estados antes que cumplir con sus obligaciones contraídas con la comunidad internacional entonces se podrá deteriorar, modificar o desviar los fines primeros de un Acuerdo Comercial, incluyendo sus mecanismos de solución de controversias.

Anexos

Anexo 1. Tablas de Casos presentados ante los Capítulos XIX y XI.

Paneles Binacionales de Revisión Integrados de Acuerdo con los términos del Capítulo XIX del TLCAN, 1994 -2003.¹⁴⁰

<i>Revisión de decisiones de</i>	<i>Total de paneles</i>	<i>Solicitados por productores y/o gobiernos de Canadá</i>	<i>Solicitados por productores y/o gobiernos de Estados Unidos</i>	<i>Solicitados por productores y/o gobiernos de México</i>
Autoridades de Estados Unidos	56	27	---	29
Autoridades de Canadá	19	---	17	2
Autoridades de México	12	3	7	2
<i>Total</i>	87	30	24	33

FUENTE: Decisiones e Informes del TLCAN

<http://www.nafta-sec-alena.org/spanish/decisions/fta/index.htm>

* Actualizado con datos de noviembre del 2003.

¹⁴⁰ SUPRA p. 18. Adicionalmente puede consultar este cuadro y su fuente en la siguiente liga: <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1469/5.pdf>

Anexo 2. El Programa Piloto sobre la apertura del Autotransporte Transfronterizo del TLCAN. ¹⁴¹

De acuerdo a la Secretaría de Economía el 23 de febrero pasado, los Gobiernos de México y Estados Unidos anunciaron la implementación de un programa piloto para la apertura del autotransporte transfronterizo, el cual tendrá como objetivo verificar que las normativas y procedimientos de transporte de ambos países permiten el acceso efectivo de los auto transportistas mexicanos y estadounidenses a ambos mercados, antes de llevar a cabo la apertura definitiva de las fronteras.

El Programa Piloto consistirá en:

⇒ Primera etapa – Con duración de 6 meses. El gobierno estadounidense otorgará permiso para operar los servicios de autotransporte de carga en Estados Unidos, más allá de la zona comercial, a 100 empresas mexicanas de carga en Estados Unidos, (de puerta a puerta) siempre que cumplan con el procedimiento que marca su normativa.

⇒ Segunda etapa – Con duración de 6 meses. El gobierno de México abrirá la frontera al autotransporte de carga de EUA, otorgando un acceso equivalente en número de unidades al de la primera etapa.

⇒ Al cabo de un año, si la evaluación del Programa Piloto resulta favorable, la apertura transfronteriza podrá hacerse permanente.

⇒ Un grupo Binacional de Monitoreo dará seguimiento a las etapas del Programa de apertura transfronteriza. El Grupo estará conformado por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT), la Secretaría de Economía, por parte de México, así como por el Departamento de Transporte del DOT y el Representante Comercial (USTR) por parte de Estados Unidos.

⇒ Este Grupo, tiene como principal responsabilidad, detectar cualquier problema, traba o deficiencia del acceso efectivo del autotransporte y diseñar e implementar soluciones específicas e inmediatas a los insumos. Este grupo ya ha sido

¹⁴¹ Obtenido de la Sección de Preguntas y Respuestas sobre el programa piloto sobre la apertura del autotransporte transfronterizo del TLCAN de la Secretaría de Economía del Gobierno de México.

instalado y se encuentra en funciones. Se prevé un período de 60 días naturales a partir de esta fecha, para que la primera etapa del Programa inicie de manera formal. (23 de abril de 2007)

La SCT verificará que las empresas mexicanas que deseen inscribirse al programa piloto estén en condiciones de cumplir con la normativa estadounidense.

El Departamento de Transporte de Estados Unidos, mediante la Agencia de Seguridad del Autotransporte (FMCSA, por sus siglas en inglés) ha publicado en su página de Internet un manual en español que establece la normatividad con la que deberán cumplir los auto transportistas mexicanos.

- Además explica paso a paso el procedimiento que deberán seguir para obtener la autorización para operar en EE.UU. Se encuentran documentos educativos relacionados con temas como inspecciones, horas de servicio, conducción en carreteras, o señalización, sólo por mencionar algunos.

El programa piloto establece un grupo binacional de monitoreo que está conformado por las autoridades de comercio y de transporte federales y estatales de México y Estados Unidos.

- Este grupo tiene como principal función la de monitorear la operación de los auto transportistas mexicanos en Estados Unidos y en caso de que exista algún problema en ésta tomar medidas y decisiones para corregirlo.

El programa piloto nos va a garantizar que la apertura de la frontera a los servicios de transporte terrestre se dé en condiciones de equidad para ambos países. Nos va a permitir a ambos países detectar problemas o inconvenientes relacionados con la aplicación de las normativas internas, y en su caso atenderlos antes de proceder a la apertura completa.

Con este programa pretendemos cambiar la manera en la que se realizan las operaciones de carga en la frontera y hacer más eficientes los cruces, lo que esperamos redundará positivamente en la competitividad de nuestro país.

Este programa también tiene como propósito descongestionar la frontera, reducir los niveles de emisiones de contaminación, y disminuir las presiones sobre la infraestructura fronteriza.

La única ventaja competitiva con la que México cuenta el día de hoy es su frontera con los EE.UU. y el programa piloto nos permitirá sentar las bases para aprovechar esta ventaja.

El programa piloto permitirá a las empresas mexicanas incursionar en nuevos negocios, así como crear alianzas estratégicas que permitan eficientizar la prestación del servicio de autotransporte en ambos mercados. Al respecto, se prevé que exista un incremento en la inversión en empresas de logística que presten servicios a las empresas de autotransporte que incursionen en este nuevo negocio.

Se prevé que la inversión en nuestro país se incremente aún más al tener un mejor sistema logístico y que las exportaciones de México a Estados Unidos se incrementen a tasas superiores a la tasa promedio anual del 13 por ciento.

Con la apertura, se espera evitar que se lleve a cabo el cambio de remolque y de tractores en la frontera lo que además de disminuir los costos del transporte, permitirá tener un mayor control de las mercancías y personas transportadas desde el punto de origen hasta el punto de destino.

Un dato importante es que al día de hoy, Estados Unidos y México, permiten la inversión extranjera (hasta el 100 por ciento) en el sector de autotransporte de carga internacional entre puntos del territorio, y los servicios de autobús de pasajeros entre puntos del territorio. Ambos países reservan para sus nacionales la inversión en los servicios de cabotaje o de carga/pasaje nacional entre puntos del territorio.

Canadá, desde la entrada en vigor del TLCAN, abrió tanto los servicios como la inversión en el sector del autotransporte transfronterizo. Sin embargo, debido a la imposibilidad de las empresas mexicanas para acceder al territorio estadounidense, dicha apertura no ha sido operativa, ni para México ni para Canadá.

Se espera que con la implementación del programa piloto y la eventual apertura plena del autotransporte entre México y Estados Unidos, se permita hacer operativa la apertura del autotransporte transfronterizo con Canadá. El comercio entre México y Canadá en 2006 fue de casi 11 mil millones de dólares y se espera que el programa piloto también tenga un impacto positivo en el comercio entre México y Canadá.

Bibliografía

Libros, Artículos y Revistas Jurídicas.

Abbott, Frederick M. *NAFTA and the Legalization of World Politics: A Case Study*. International Organization , Vol. 54, No. 3, 2003, pp. 519-547.

Byrne, Justin; *NAFTA dispute resolution: Implementing true rule-based diplomacy through direct access*. Texas International Law Journal, Julio 2000.

Castañeda, Jorge G., *Can NAFTA Change Mexico?* Foreign Affairs, Edición de Septiembre/Octubre de 1993.

Castel, J. G., *The Settlement of Disputes under the 1988 Canada-United States Free Trade Agreement*. The American Journal of International Law , Vol. 83 (No. 1), 118-128, Enero, 1989.

Ewell E. Murphy, J. *Proceedings of the Canada-United States Law Institute Conference. NAFTA Revisited: Seeing NAFTA Through Three Lenses*. Canada-United States Law Journal , 1997.

Folsom, David W; Folsom, Ralph H.; *Understanding NAFTA and its International Business Implications*. New York, USA.: M. Bender, 1999.

Folsom, Ralph H., Gordon, Michael Wallace, Lopez, David. *NAFTA. A problem-oriented coursebook*. American Casebook Series, West Group, St. Paul, MINN, 2000.

Fry, Michael; Kirton, John and Kurosawa, Mitsuru. *The North Pacific Triangle: The United States, Japan and Canada at Century's End*. University of Toronto Press, Canada, 1998.

Gantz, David A., *Dispute Settlement Under the NAFTA and the WTO: Choice of Forum Opportunities and Risks for the NAFTA Parties*. American University International Law Review, Vol. 1025, 1999.

Garcia, Frank J.; *Decision Making and Dispute Resolution in the Free Trade Area of the Americas: An Essay on Governance*. Michigan Journal of International Law , 18, 1997.

Greenwald, Joseph A., *Dispute Settlement in a North American Free Trade Agreement*. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*. Free Trade in the Western Hemisphere, Vol. 526, 2003, p. 172-182.

Hillman, Jennifer. *Agreements and the WTO-What Should the WTO Do?* Cornell International Law Journal, 2008.

Holbein, James R.; *An Analysis of Agricultural Trade Disputes Under NAFTA* . Ohio Northern University Law Review, 2002.

Hufbauer, Gravy Clyde; Schott, Jeffrey J. *NAFTA Revisited: Achievements and Challenges*. Institute for International Economics. Washington, United States, 2005.

Huntington, David S.; *Settling Disputes under the North American Free Trade Agreement*. Harvard International Law Journal , Vol. 34, pp.407, 408, 1993.

Keohane, Roberto O.; *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*. Princeton University Press, 1984

Loungnarath, Vilaysoune; Stehly, Céline. *The General Dispute Settlement Mechanism in the North American Free Trade Agreement and the World Trade Organization System: Is North American Regionalism Really Preferable to Multilateralism?* *Journal of World Trade* , Vol. 39, Febrero de 2000.

Lovett, William A. et al.; *U.S. Trade Policy. History, Theory and the WTO*. M.E. Sharpe, Armonk, New York, 1999.

Marín, Nidia. *Transporte transfronterizo, sin solución en el corto plazo: consultor de la ONU*. El Sol de México, 2 de abril de 2010.

- McKinney, Joseph A., *Created from NAFTA: The Structure, Function and Significance of the Treaty's Related Institutions*. M.E. Sharpe, United States, 2000.
- News Service EFE, *Mexico to turn to mediation over sugar conflict with the U.S.* Global News Wire, 6 de Diciembre de 2001.
- Ortiz Mena, Antonio; *La solución de controversias en el TLCAN: un esbozo sobre su desempeño y retos*. Institut Für Iberoamerika-Kunde Arbeitspapiere, No. 2, 2002.
- Petelin, Brandon. *The United States and International Trade: The Implications of Noncompliance with Dispute Settlement Panel Rulings*. Thomas M. Cooley Law Review, 2006.
- Picker, Sydney J., *The NAFTA Chapter 20 Dispute Resolution Process: A view from the inside*. The Canada-United States Law Journal, 1997.
- Reif, Linda C., *Multidisciplinary Perspectives on the Improvement of International Environmental Law and Institutions*, Michigan Journal of International Law, Vol. 15, No. 723, 1994.
- Reif, Linda C., *NAFTA, the WTO and the FTAA: From Choice of Forum in Inter-State Disputes to Private Actor Access to Dispute Settlement*. Draft, Mayo 14 de 2001.
- Roy, Joaquin. *The Helms-Burton Law: Development, Consequences, and Legacy for Inter-American and European-US Relations*. Journal of Interamerican Studies and World Affairs , Vol. 39 (No. 3), 77-108, 1997.
- Seib, G.; *Clinton Needs to Sway the Public on NAFTA Issues as Poll Shows That Many Oppose the Agreement*. Wall Street Journal , p. A24, 15 de Septiembre de 1993.
- Shaw, Albany R. *UPDATE: Recent Developments in NAFTA Law*. Law and Business Review of the Americas , Volume 14, Issue 653, Summer, 2008.
- Shell, Richard G., *Trade Legalism and International Relations Theory: An Analysis of the World Trade Organization*. Duke Law Journal, Vol .44, No. 5, Marzo 1995, pp. 829-927.

Sher, Marc . *Chapter 20 Dispute Resolution Under NAFTA: Fact or Fiction?* George Washington International Law Review, 2003.

Skonieczny, A. *Constructing NAFTA: Myth, Representation and the Discursive Construction of U.S. Foreign Policy.* International Studies Quarterly , Vol. 45, No. 3, Sep. 2001, pp. 433-454.

Stiglitz E. Joseph, *Los Felices 90.*Taurus, México, 2004.

Thompson, Lisa C. *International Dispute Resolution in the United States and Mexico: A practical guide to terms, arbitration clauses, and the enforcement of judgments and arbitral awards.* Syracuse Journal of International Law and Commerce , No. 24, Fall, 1997.

Trebilcock, Michael J., Howse, Robert. *The Regulation of International Trade .*Taylor & Francis Group, London and New York : Routledge, 3rd. Edition ed., 2003.

Trujillo, Elizabeth, *Disaggregating the Regional-Multilateral Overlap: The NAFTA Looking-Glass.* Indiana International & Comparative Law Review, 2009.

Vargas, R. E., Muñoz, P. La prosperidad que se ofreció con el TLCAN nunca llegó. *La Jornada* (Reportaje/Tratado de Libre Comercio de América del Norte), pág. Sección Política, 20 de Enero de 2003.

Vega Cánovas, Gustavo, et. al. *México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte.* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM y El Colegio de México. México, 2005.

Villafañe López, Víctor. *La nueva Era del Capitalismo. Japón y Estados Unidos en la cuenca del Pacífico 1945-2000.* Siglo Veintiuno Editores, México, 1994

Zamora, Stephen. *The Americanization of Mexican Law: Non-Trade Issues in the North American Free Trade Agreement.* Law and Policy in International Business, Vol. 24, 1993.

Fuentes electrónicas.

Centro de Estudios de las Finanzas Públicas. *El Impacto de las Importaciones de Fructosa en la Industria Azucarera*, Julio de 1995. Obtenido de Cámara de Diputados H. Congreso de la Unión. Disponible en: <http://www.cefp.gob.mx/intr/edocumentos/pdf/cefp/cefp0222005.pdf>

Egremy, Nydia. *La amarga Guerra de la fructosa*. Obtenido de Revista Fortuna, Negocios y Finanzas. Disponible en: http://revistafortuna.com.mx/opciones/archivo/2006/junio/htm/guerra_fructosa.htm

El Secretariado de TLCAN. Sección México. Disponible en: <http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx>

El depósito de residuos tóxicos de Metalclad, en Guadalcázar, San Luis Potosí. The Social and Environmental Impacts of NAFTA: Grass Root Responses to Economic Integration, Disponible en: <http://www.rmalc.org.mx/documentos/caso1.pdf>

NAFTA. North American Free Trade Area dispute settlement procedures. Project on International Courts and Tribunals. Disponible en: <http://www.pict-pecti.org/courts/NAFTA.html>

Office of the United States Trade Representative. *NAFTA: Myth versus Fact*, Marzo de 2008. Disponible en: <http://www.ustr.gov/sites/default/file/NAFTA--myth-versus-Fact.pdf>

Oropeza García, Arturo. *México y el TLCAN en el marco de la integración en América Latina*. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1667/16.pdf>

Ortiz Mejía, Olivia. *Transporte transfronterizo: Diversos escenarios*. Énfasis Logística Online, 15/05/2006. Disponible en: <http://www.logistica.enfasis.com/notas/4122-transporte-transfronterizo-diversos-escenarios>

Preguntas y Respuestas sobre el programa piloto sobre la apertura del autotransporte transfronterizo, TLCAN. Obtenido de Secretaría de Economía. Disponible en: http://www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/tlcan/pdfs/programa_piloto_rev1.pdf

Representación de la Secretaría de Economía en Canadá. *Mexico-Canada Trade and Investment from Canada in Mexico*. Obtenido de Secretaría de Economía, Febrero de

2008. Disponible:http://www.economia-snci.gob.mx/sic_php/pages/files_varios/pdfs/Can_oct07.pdf

Siqueiros, José Luis. *La solución de controversias en el TLC entre México e Israel*.

Disponible en:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/30/cnt/cnt13.pdf>

Subsecretaría de Negociaciones Comerciales Internacionales. *El TLCAN: 12 años de éxito*. Marzo, 2006. Obtenido de Secretaría de Economía, disponible en: http://www.economia.gob.mx/work/snci/negociaciones/tlcan/pdfs/tlcan_general.pdf

Whitsitt, E.,. *TLCAN quince años después: Logros, fracasos y prospectos futuros del Capítulo 11*. Obtenido de International Institutud for Sustainable Development, 16 de Febrero de 2009. Disponible en: <http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2009/03/05/tlcan-quince-a-241-os-despu-233-s-logros-fracaso-y-prospectos-futuros-del-cap-237-tulo-11.aspx>

Casos

Escobas de mijo, USA-MEX-1997-2008-01, TLCAN Capítulo 20, Artículo 2008, 01/30/1998.

Jarabe de maíz de alta fructuosa (AD), MEX-USA-1998-1904-01, TLCAN Capítulo 19, Artículo 1904, 04/15/2002, 08/03/2001

Servicios de Transporte Transfronterizo, EUA-MEX-98-2008-01 (Panel Arbitral Establecido en Términos del Capítulo Veinte del TLCAN 06 de Febrero de 2001).

Tariffs applied by Canada to certain U.S. origin agricultural products, CDA-USA-1995-2008-01, TLCAN-- Capítulo 20-- Artículo 2008, 12/02/1996.

USDA, E. R. (31 de Enero de 2002). Sugar and Sweeteners Outlook/SSS-233.

Tratados

El Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y los Estados Unidos se firmó el 2 de enero de 1988 y entró en vigor el 1 de enero de 1989.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 01 Enero de 1994.

Tecnológico de Monterrey, Campus Monterrey



30002007291529

<http://biblioteca.mty.itesm.mx>