

INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS SUPERIORES DE MONTERREY

ESCUELA DE GRADUADOS EN ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y
POLÍTICA PÚBLICA, CAMPUS CIUDAD DE MÉXICO

*El Principio de Deferencia en los Paneles Binacionales
del Capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio
de América del Norte*



Biblioteca
Campus Ciudad de México

Eunice Herrera Cuadra



Proyecto de Investigación Aplicada
Maestría en Derecho Internacional

Asesor: Dr. José Manuel Vargas Menchaca

Diciembre de 2007

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto principal plantear dos cuestiones relativas a la aplicación del principio de deferencia por parte de los Paneles Binacionales del Artículo 1904, del Capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte a favor de las autoridades administrativas estadounidenses y canadienses en materia de prácticas desleales de comercio internacional.

La primera, es la desventaja que tiene la autoridad investigadora mexicana frente a sus homólogas estadounidenses y canadienses en el balance general de los procedimientos de revisión de resoluciones emitidas por dichas autoridades y tramitados ante Paneles Binacionales, en virtud de que el principio de deferencia no es aplicado en sus decisiones, ya que no forma parte del sistema jurídico mexicano.

La segunda cuestión es la constante invocación del principio de deferencia de parte de las agencias administrativas estadounidenses y canadienses como estrategia de defensa, con el propósito de no dar cumplimiento a las órdenes – decisiones finales– de los Paneles Binacionales.

Ambos aspectos llevan a cuestionar, por un lado, si los Paneles Binacionales integrados en México deben también conceder el principio de deferencia a la autoridad investigadora mexicana, al equipararlo con la facultad discrecional prevista en su legislación; y por otro, si los Paneles Binacionales deben fijar límites a la invocación de dicho principio por parte de las autoridades administrativas como una clara estrategia de incumplimiento, y en su caso, cuáles deben ser éstos de acuerdo con la legislación aplicable.

MARCO TEÓRICO

En virtud de que el tema principal de esta tesina se centra en el análisis de la aplicación de un principio legal del Derecho Administrativo del *common law* en un procedimiento arbitral *sui generis* regido por el Derecho Internacional y de Comercio Internacional, ha sido necesario acudir a diversos tipos de fuentes.

La primera parte, referente a la naturaleza y funcionamiento de los Paneles Binacionales, se basó en el texto mismo del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en decisiones de Paneles Binacionales y en bibliografía en la materia.

Para la parte doctrinal del sistema del *common law*, fue necesaria la consulta de libros enfocados a explicar el sistema jurídico estadounidense y canadiense, así como las notas tomadas durante el curso impartido por la *Law School* de la *Georgetown University*, en el verano de 2006 sobre el sistema jurídico anglosajón.

Posteriormente, para el análisis del Principio de Deferencia, su funcionamiento y limitaciones fue preciso acudir al *case law* de Estados Unidos y Canadá, mediante el uso de diversas herramientas de búsqueda de decisiones en el internet, tales como West Law y Lexis Nexis, con apoyo de algunos artículos publicados por distintas Escuelas de Derecho estadounidenses y canadienses en el internet.

Para la parte correspondiente a la facultad discrecional de la autoridad investigadora mexicana, se hizo referencia a bibliografía de Derecho Administrativo y tesis jurisprudenciales en la materia.

Finalmente, la aplicación del principio de deferencia fue analizada con base en diversas decisiones de Paneles Binacionales y de Comités de Impugnación Extraordinaria, recopiladas por el Secretariado del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

MARCO METODOLÓGICO

El planteamiento del tema surge de la observación directa de la problemática en el desarrollo de las revisiones de resoluciones en materia de prácticas desleales de comercio internacional ante Paneles Binacionales del Artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

El tema del Principio de Deferencia se aborda primero desde el punto de vista descriptivo para el sistema jurídico canadiense y después para el estadounidense, señalando su funcionamiento y limitaciones. Posteriormente, se describe la facultad discrecional de la autoridad mexicana, su funcionamiento y limitaciones, buscando demostrar que es una figura que puede ser aplicada por los Paneles Binacionales equiparándola con el Principio de Deferencia del *common law* al momento de llevar a cabo sus revisiones.

Finalmente en un estudio casuístico se busca demostrar la práctica de incumplimiento de parte de la autoridad estadounidense, haciendo un uso indiscriminado e ilimitado del Principio de Deferencia al momento de acatar las indicaciones de los Paneles Binacionales una vez concluida la revisión de sus resoluciones administrativas en materia de prácticas desleales de comercio internacional.

El presente trabajo puede ser de utilidad para aquellos que ejercen o han ejercido como panelistas y asistentes de panelista, pero también para los abogados que litigan en esta materia, así como profesores y académicos interesados en temas de comercio internacional y solución de controversias.

CONTENIDO

Resumen	i
Marco Teórico	ii
Marco Metodológico	iii
Introducción	v
Capítulo I. Paneles Binacionales del Capítulo XIX del TLCAN	1
I.1. Mandato	4
I.2. Integración	7
I.3. Derecho aplicable	10
Capítulo II. El Principio de Deferencia	17
II.1. La Doctrina canadiense	18
II.2. La Doctrina estadounidense	24
II. 3. La Doctrina mexicana	31
Capítulo III. Deferencia concedida por los Paneles Binacionales a las Autoridades Investigadoras	37
III.1. La aplicación del Principio de Deferencia y de la Facultad Discrecional Administrativa en la revisión ante Paneles Binacionales.	38
III. 2. El principio de deferencia como argumento para no cumplir las decisiones de los Paneles Binacionales.	40
Conclusiones	50
Bibliografía	52
Anexos	58

INTRODUCCIÓN

La presente tesina analiza la aplicación del Principio de Deferencia en los Paneles Binacionales del Artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Primero se hace referencia a la naturaleza, mandato y funcionamiento de los Paneles Binacionales, así como al derecho que les es aplicable. En esta primera parte se llega a la conclusión de que los Paneles Binacionales son órganos arbitrales *sui generis* y que su funcionamiento tiene ciertas complejidades, tales como el dominio de tres sistemas jurídicos diferentes: el canadiense, el estadounidense y el mexicano; la dificultad de llevar a cabo un procedimiento de revisión en un idioma ajeno, cuando se trata de casos que involucran a panelistas mexicanos y estadounidenses o canadienses.

Dentro de esas dificultades está la aplicación de distintos criterios de revisión, uno para cada país socio del TLCAN, lo que implica que se “mide” a cada una de las autoridades investigadoras con una regla diferente para situaciones similares.

El criterio de revisión para Estados Unidos y Canadá incluye al principio legal de deferencia, el cual consiste en que la interpretación de la autoridad administrativa sustituya a la del tribunal revisor, dándole la facultad de tomar una decisión, considerando su experiencia y conocimiento en la materia. Es decir, se concede “deferencia” a la experiencia de la autoridad administrativa al momento de interpretar la legislación en su materia. En este caso, la legislación en materia de prácticas desleales de comercio internacional.

La segunda parte de esta tesina se centra en analizar la aplicación del Principio de Deferencia en Estados Unidos y Canadá; las reglas que lo rigen y las limitaciones que deben observarse al momento de hacerlo valer. Posteriormente, como una figura equiparable, se analiza el concepto de facultad discrecional en México, llegando a la conclusión de que los Paneles Binacionales deben aplicar

ambos principios al momento de revisar las resoluciones de las autoridades investigadoras en materia de prácticas desleales de comercio internacional de los tres países, a efecto de tener un equilibrio en las reglas aplicables a la revisión.

Finalmente se hace referencia a la aplicación del Principio de Deferencia en las revisiones ante Paneles Binacionales de resoluciones estadounidenses y canadienses, haciendo incapié en el indiscriminado abuso en la invocación de dicho principio de parte de las autoridades investigadoras estadounidenses, como una estrategia de constante incumplimiento a las órdenes de los Paneles Binacionales. Esta práctica, cada vez más común, ha llevado a los distintos Paneles a llevar a cabo diversas devoluciones, obteniendo siempre la misma negativa de cumplimiento de parte de las autoridades aludidas, lo que lleva a concluir la evidente falta de voluntad para respetar la obligatoriedad de las órdenes del Panel, poniendo en riesgo la eficacia del sistema de Paneles Binacionales del Artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio.

CAPÍTULO I

LOS PANELES BINACIONALES DEL CAPÍTULO XIX DEL TLCAN

En este primer capítulo se hará una breve reseña del funcionamiento general del sistema de revisión ante Paneles Binacionales en materia de prácticas desleales de comercio internacional, previsto en el Capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, con el objeto de estar en condiciones de presentar la complejidad de tener un sistema que aplica la legislación del país importador y se desarrolla en sistemas jurídicos tan diferentes entre sí; aunado al hecho de que los Paneles mismos han encontrado una dificultad al definirse a ellos mismos como tribunales arbitrales *sui generis*.

El Artículo 1904.2 del Capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)¹ prevé un sistema para la revisión binacional de las

¹ Tratado de Libre Comercio para América del Norte ("TLCAN"), firmado en Washington, D.C., Ciudad de México, y Ottawa, el 7 de diciembre de 1992; acuerdos suplementarios firmados el 14 de septiembre de 1993; (*entrada en vigor* el 1 de enero de 1994).

resoluciones finales en materia de prácticas desleales de comercio internacional, es decir, discriminación de precios (*dumping*) y subvenciones²

Este mecanismo consiste en la revisión realizada por un tribunal de tipo arbitral conformado por cinco miembros, nacionales de los dos países en controversia, sustituyendo a la revisión judicial del país importador. Algunos autores han ubicado a los Paneles Binacionales del Capítulo XIX como órganos arbitrales en estricto sentido, y otros como cuerpos revisores *sui generis*.³

El Capítulo XIX es un paso importante en el avance del derecho comercial internacional, ya que permite que las controversias comerciales se diriman en un procedimiento internacional (binacional, para ser más exactos) permitiendo que la política comercial nacional sea aplicada por autoridades administrativas nacionales tomando en cuenta los intereses de los socios comerciales.⁴ El reto principal es lograr conciliar dos sistemas jurídicos diferentes, el aplicado por los Estados Unidos y Canadá, y el mexicano.

El Capítulo XIX del TLCAN tiene su origen en el Capítulo XIX del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos (ALCCEU)⁵ negociado entre 1985 y 1986, y fue creado cuando Estados Unidos rechazó la propuesta de Canadá de tener un sistema armonizado y único de solución de controversias en materia de prácticas desleales de comercio internacional. A cambio, aceptó un sistema de paneles binacionales que revisara las resoluciones administrativas, en sustitución

² Cabe señalar que el Artículo 1904.4 del TLCAN permite la revisión de resoluciones preliminares al decir que "Cuando la autoridad investigadora competente de la Parte importadora haya dictado medidas provisionales con motivo de una investigación, la otra Parte implicada podrá notificar su intención de solicitar un panel de conformidad con este artículo, y las Partes empezarán a instalarlo a partir de ese momento."

³ Decisión del Panel Binacional del caso MEX-96-1904-02. Opinión Concurrente de Lucía Reina Antuña y Rodolfo Terrazas Salgado.

⁴ WINHAM, Gilbert. (1993). Pág. 262.

⁵ Canada-United States Federal Trade Agreement (CUFTA).

de las cortes nacionales. Esto permitió que se “binacionalizara” el procedimiento y no sólo se acudiera ante las cortes estadounidenses.⁶

De acuerdo con Gilbert Winham,⁷ el Capítulo XIX del ALCCEU fue una solución a la negociación inconclusa del código bilateral sobre subsidios y discriminación de precios entre los Estados Unidos y Canadá. Fue un capítulo innovador porque permitía a un panel binacional revisar y devolver, como una corte internacional, las acciones de las autoridades administrativas nacionales en materia de prácticas desleales de comercio internacional, facultades ejercidas exclusivamente por las cortes nacionales. Según este autor, la negociación del Capítulo XIX fue muy complicada, pero una vez que los primeros paneles binacionales fueron implementados, funcionó muy bien y las decisiones emitidas fueron razonablemente consistentes con las decisiones de las cortes.

Al negociar el TLCAN, existía una gran presión del Congreso estadounidense por “degradar” el contenido de este Capítulo, o simplemente eliminar el mecanismo. Se buscó ampliar el papel de los Comités de Impugnación Extraordinaria. Estados Unidos y Canadá sentían cierta preocupación por extender el mecanismo al sistema legal mexicano, el cual tiene grandes diferencias sustanciales y procesales. Algo que causaba mayor reticencia entre los canadienses y estadounidenses era la existencia del Juicio de Amparo y la posibilidad de que se aplicara en contra de las decisiones de los Paneles Binacionales, por ello, se llevaron a cabo varios esfuerzos por insertar elaboradas garantías de debido proceso legal, así como un procedimiento que permitiera monitorear el cumplimiento de parte de México.⁸

Antes de la entrada en vigor del ALCCEU y del TLCAN, las resoluciones finales en esta materia solo podían ser impugnadas antes los tribunales judiciales nacionales. En el caso de los Estados Unidos, ante la Corte de Comercio

⁶ LAWRENCE L. Herman. (2005) Pág. 4-5.

⁷ WINHAM, Gilbert. Op cit.. Pág. 269.

⁸ WINHAM, Gilbert. Op cit. Pág. 270.

Internacional;⁹ en Canadá, de acuerdo a la materia de la resolución, ante la Corte Federal de Apelaciones o ante el Tribunal de Comercio Internacional,¹⁰ y en México ante el Tribunal Fiscal de la Federación, ahora Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Las principales diferencias entre el Capítulo XIX del ALCCEU y el del TLCAN son la creación de un mecanismo de salvaguarda para el debido funcionamiento del sistema de paneles binacionales del Artículo 1904, previsto en el artículo 1905 del TLCAN; y la extensión de algunos plazos para solicitar el Comité de Impugnación Extraordinaria (CIE), así como los criterios de procedencia de este mecanismo.¹¹ Estos cambios y modificaciones hechas al Capítulo XIX se vieron reflejados en la legislación mexicana en la materia, ayudando a tener un sistema más claro y transparente, con reglas precisas que brindaran a todas las partes que intervinieran en los procedimientos contra prácticas desleales, un mayor nivel de seguridad y certeza jurídica, asegurando imparcialidad en la adopción de sus resoluciones.

Tal como lo señala Fernando Serrano Migallón “es natural anticipar la existencia de conflictos originados por esta diversidad jurídica y la negativa de los Estados y los particulares de no someterse a la jurisdicción de otros países”.¹² Sin embargo, a lo largo de estos 13 años de existencia del mecanismo de Paneles Binacionales, los panelistas y los abogados litigantes en estos procedimientos han creado un nuevo derecho y han marcado la pauta de complemento de ambos sistemas jurídicos mediante el planteamiento de sus argumentos y la aplicación de la legislación de cada uno de los países en controversia. En cada opinión de Panel Binacional se establecen nuevas pautas de interpretación jurídica, que si bien no son vinculatorias para otros Paneles o tribunales, crean un precedente de estudio y análisis.

⁹ *Court of International Trade* (CIT).

¹⁰ *Federal Court of Appeal*; o sin son resoluciones de la *Canada Border Services Agency*, ante la *Canadian International Trade Tribunal* (CITT).

¹¹ GIESZE, Craig. (1997). Pág. 135.

¹² SERRANO MIGALLÓN, Fernando. (1997). Pág. 67.

I.1. Mandato de los Paneles Binacionales

El Artículo 1904.2 del TLCAN señala que uno de los países socios del TLCAN puede solicitar que un panel revise, con base en el expediente administrativo, una resolución final¹³ que imponga cuotas compensatorias,¹⁴ ya sea por discriminación de precios (*dumping*) o por subvenciones, emitida por una autoridad investigadora competente del país importador,¹⁵ para determinar si dicha resolución estuvo de conformidad con las disposiciones jurídicas en la materia.

La revisión ante un Panel inicia el día de la presentación ante el Secretariado de la primera solicitud de revisión y concluye el día en que surte efecto el aviso de terminación de la revisión ante Panel, una vez que se ha emitido la Decisión Final del mismo. Dicha revisión debe limitarse a los alegatos de error de hecho y de derecho señalados en los escritos de Reclamación presentados por las partes, así como a los medios de defensa adjetivos y sustantivos invocados en la revisión.¹⁶

Las disposiciones jurídicas que debe utilizar el Panel en su criterio de revisión son las leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, práctica administrativa y precedentes judiciales pertinentes, en la medida en que un tribunal del país importador podría basarse en ellos para revisar la resolución final en

¹³ Cada uno de los tres países definió en el Anexo 1911 del TLCAN lo que se considera resolución final para efectos de la revisión ante un Panel Binacional.

¹⁴ En México se denomina "cuotas compensatorias" por igual, sin distinguir si es producto de una investigación *antidumping* o por subvenciones. En el sistema anglosajón las "cuotas compensatorias" (*countervailing duties*) son resultado de una investigación por subvenciones, y los "derechos *antidumping*" (*antidumping duties*), como su nombre lo indica, derivan de una investigación por discriminación de precios.

¹⁵ En Canadá la autoridad investigadora competente es *el Canada Border Services Agency*, encargado de determinar la existencia de la práctica desleal; y el *Canadian International Trade Tribunal*; en México la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales y en Estados Unidos el *U.S. International Trade Administration*, la *U.S. International Trade Commission* y el *United States Trade Representative (USTR)*.

¹⁶ Regla 7 de las Reglas de Procedimiento del Artículo 1904 del TLCAN en materia de Paneles Binacionales.

cuestión. El Panel también debe aplicar los principios generales de derecho que de otro modo un tribunal del país importador aplicaría para revisar la resolución. Es decir, el Panel debe basar su revisión en la legislación, práctica administrativa y precedentes judiciales del país en el que se emitió la resolución final que será revisada.¹⁷

El criterio de revisión aplicable para cada país se encuentra establecido en el Anexo 1911 del TLCAN, el cual en su inciso c) señala que el criterio aplicable en las revisiones de las resoluciones emitidas por la autoridad mexicana es: “el establecido en el Artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, o cualquier ley que lo sustituya, basado solamente en el expediente”. Esta disposición ha sido sustituida por el artículo 51 de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, publicada el 1° de diciembre de 2005 en el Diario Oficial de la Federación.

Tal como he señalado anteriormente, el Anexo 1911 contiene la definición de lo que se considera “resoluciones definitivas” para cada uno de los tres países. Para México una resolución definitiva es cualquiera de las 3 medidas específicas señaladas en el Artículo 13 de la Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Comercio Exterior, y ahora en el Artículo 59 de la Ley de Comercio Exterior, es decir, las resoluciones finales o definitivas que pueden imponer o no cuotas compensatorias; la revisión anual de dichas cuotas; y las resoluciones definitivas de los procedimientos de cobertura de producto (*scope*).

De lo anterior se desprende que, a diferencia de los casos de revisión en contra de resoluciones emitidas por las autoridades canadienses y estadounidenses, los Paneles Binacionales no tienen facultades para revisar las resoluciones quinquenales (*sunset reviews*) emitidas por la autoridad investigadora mexicana. Es en este sentido que ha sido establecido en la opinión de la mayoría del Panel Binacional que revisó la competencia del Panel en el caso de Sosa

¹⁷ Artículo 1904.2 del TLCAN.

Cáustica al decir que “el Anexo 1911 del TLCAN establece 3 definiciones del término “Resolución Definitiva”, para efectos de la revisión ante el panel binacional del TLCAN, listando tres cuestiones específicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias de las cuales ninguna califica como revisiones quinquenales o exámenes de vigencia”¹⁸

Una vez que el Panel ha revisado la resolución final y ha estudiado los argumentos de las partes, con base en el expediente administrativo del caso en cuestión, puede confirmar dicha resolución o devolverla a la autoridad investigadora con objeto de que adopte medidas no incompatibles con su decisión. Cuando el panel devuelve la resolución fija un plazo razonable para que la autoridad cumpla con lo indicado en la orden de devolución, considerando la complejidad de las cuestiones de hecho y de derecho del caso.¹⁹

En caso de que a partir de la solicitud de alguno de los participantes en el procedimiento, el Panel deba volver a revisar la resolución que da cumplimiento a la decisión final del Panel, éste debe emitir una nueva decisión final confirmando o devolviendo una vez más la resolución de la autoridad investigadora. Aun cuando el fallo de un panel es obligatorio para las partes,²⁰ existen algunos casos en los que la autoridad investigadora no da un estricto cumplimiento a las indicaciones del Panel, provocando así una interminable serie de devoluciones.²¹

El procedimiento ante Paneles Binacionales, tal como se ha mencionado anteriormente, sustituye al procedimiento judicial, por lo que si las partes eligen acudir ante este mecanismo, automáticamente están eliminando la posibilidad de llevar el mismo asunto ante una corte o tribunal judicial. Tampoco es posible

¹⁸ Decisión Final del Panel Binacional que revisó la Resolución Final del Examen para Determinar las Consecuencias de la Supresión de la Cuota Compensatoria Definitiva Impuesta a las Importaciones de Sosa Cáustica Líquida, Originarias de los Estados Unidos de América. MÉX-USA-2003-1904-01. Punto VI. A “Alcance de las revisiones del artículo 1904 del TLCAN.”

¹⁹ Artículo 1904.8 del TLCAN.

²⁰ Artículo 1904.9 del TLCAN.

²¹ Un ejemplo de esto es el caso sobre productos tubulares de región petrolífera procedentes de México USA-MEX-2001-1904-03.

impugnar las decisiones de los Paneles Binacionales ante los tribunales nacionales, ni acudir en el caso de México al Juicio de Amparo.²²

I.2. Integración de los Paneles Binacionales

Cada Panel Binacional se conforma por cinco miembros cuya nacionalidad corresponde a la de los dos países en controversia. Estos panelistas deben ser, en lo posible, jueces o ex jueces o practicantes. Normalmente se trata de abogados que han litigado en la materia, o académicos y estudiosos del comercio internacional.²³

Los panelistas deben gozar de buen prestigio y reputación. Su selección debe basarse en su objetividad, confiabilidad, buen juicio y familiaridad general con el derecho comercial internacional. No pueden tener filiación con ninguna de las Partes, ni deben recibir instrucciones de las mismas.

De conformidad con lo señalado por el TLCAN, a la entrada en vigor de este Tratado, las Partes debieron elaborar una lista de setenta y cinco candidatos para actuar como panelistas en las controversias que surgieran en el ámbito del Capítulo XIX. Cada una de las Partes debió presentar su lista a las otras dos Partes, las cuales pudieron negociar su contenido, de tal manera que cada Parte eligiera al menos a veinticinco candidatos.²⁴

En la actualidad esta lista se modifica continuamente y cada vez que se solicita la instalación de un Panel Binacional, las Partes deben presentar a sus candidatos, aún si no están en la lista anteriormente mencionada, y llevar a cabo la negociación de su aceptación o rechazo caso por caso.

²² Artículo 1904.11 y 1904.12 del TLCAN.

²³ Anexo 1901.2 del TLCAN.

²⁴ Anexo 1901.2 del TLCAN.

Cada una de las Partes nombra a dos panelistas de su propia nacionalidad. Al momento de elegir a los panelistas, cada una de las Partes implicadas “tendrá derecho a cuatro recusaciones irrefutables, que se ejercerán de manera simultánea y en secreto para descalificar el nombramiento de hasta cuatro candidatos propuestos por la otra Parte implicada.”²⁵

En caso de que exista una o varias recusaciones, se selecciona a un nuevo candidato dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la solicitud de integración del panel. Si una de las Partes no propone a los candidatos que le correspondan dentro del plazo previsto de treinta días, o no nombra a un candidato sustituto dentro de un plazo de cuarenta y cinco días, se designará mediante un sorteo hecho entre los miembros de la lista al día siguiente del vencimiento de los plazos mencionados.²⁶

El quinto panelista debe nombrarse dentro de los cincuenta y cinco días siguientes a la solicitud de integración del Panel, mediante el acuerdo de ambas Partes. Si no convinieran en la designación, ésta se hará mediante sorteo entre los miembros de ambas listas, excluyendo claro, a los cuatro candidatos que ya han sido elegidos y aprobados por ambas Partes.

Una vez que se tiene a los cinco panelistas aprobados, y éstos han aceptado el encargo, ellos mismos deberán designar a su presidente por mayoría de votos. Si no hubiera acuerdo entre los panelistas, el nombramiento se haría por sorteo. En la práctica, normalmente los panelistas consideran la experiencia en este tipo de procedimientos y el conocimiento en la materia, así como el idioma del país importador para designar a su presidente. Este nombramiento suele darse por unanimidad.

Las funciones del presidente del panel son, principalmente, de dirección y de enlace con la oficina del Secretariado del TLCAN, pero su voz y voto tienen el

²⁵ Anexo 1901.2, segundo párrafo. TLCAN.

²⁶ Anexo 1901.2 del TLCAN.

mismo valor que el de los otros cuatro panelistas, ya que el Panel adopta sus decisiones por mayoría de votos.

Al momento de dictar la decisión final se considera el voto de la mayoría, pero el fallo por escrito puede incluir opiniones disidentes o coincidentes de cualquiera de los panelistas.

Cada uno de los panelistas tiene derecho a contar con uno o dos asistentes que le auxiliarán a lo largo de la revisión del caso. Tanto los panelistas como sus asistentes deben regirse por el Código de Conducta señalado en el Tratado, y deben firmar un "Compromiso de Confidencialidad" regulado por la Autoridad Investigadora del país importador, a efecto de que puedan tener acceso a la información confidencial que obra en los expedientes administrativos que son la base de revisión de cada caso particular.²⁷

En caso de que alguno de los panelistas deba retirarse del Panel Binacional una vez que este ha entrado en funciones, deberá suspenderse el procedimiento en tanto se repite el procedimiento de nombramiento para un nuevo panelista.

I.3 Derecho aplicable

Tal como lo señala el Artículo 1904.2 los Paneles Binacionales deben dictaminar si la resolución final que les ha sido encomendado revisar "estuvo de conformidad con las disposiciones jurídicas en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias de la Parte importadora. Para este efecto, las disposiciones jurídicas en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias consisten en leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, práctica administrativa y precedentes judiciales pertinentes, en la medida en que un tribunal de la Parte importadora podría basarse en tales documentos para revisar una resolución definitiva de la autoridad investigadora competente. Únicamente para efectos de la revisión por el panel, tal como se dispone en este artículo, se incorporan a este Tratado las leyes

²⁷ Artículo 1909 del TLCAN.

sobre cuotas antidumping y compensatorias de las Partes, con las reformas que ocasionalmente se les hagan.”²⁸

El Panel también deberá aplicar los criterios de revisión señalados en el Anexo 1911²⁹ y los principios generales de derecho que de otro modo un tribunal de la Parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora competente.³⁰

Los tres países signatarios del TLCAN cuentan, de alguna manera, con reglas similares en la regulación y administración de los procedimientos contra prácticas desleales, ya que todos ellos cumplen en gran parte con la normativa del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y los lineamientos de la Organización Mundial del Comercio (OMC).³¹

Uno de los lineamientos de la OMC es establecer condiciones justas y predecibles para la liberalización progresiva del comercio exterior, conservando disciplinas efectivas y transparentes en materia de prácticas desleales de comercio internacional; sin embargo, sus sistemas legales y leyes son muy diferentes entre sí, porque en Estados Unidos y Canadá se aplica el sistema del *common law*.³²

Como ya se ha mencionado, el Panel Binacional debe apegarse al criterio de revisión señalado en el Anexo 1911 del TLCAN. En el caso de México la legislación específica aplicable es la Ley de Comercio Exterior, su Reglamento y los Acuerdos del GATT, ya que forman parte integrante de la legislación mexicana, a diferencia

²⁸ Artículo 1904.2 (última parte) del TLCAN.

²⁹ En el caso de México el criterio de revisión aplicable ahora es el contenido en el Artículo 51 de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA).

³⁰ Artículo 1904.3 del TLCAN.

³¹ En el caso de EUA es parcialmente cierto, por ej. *zeroing* y Enmienda *Byrd*.

³² El *Black's Law Dictionary* define al *Common Law* como el “conjunto de principios y reglas de acción, relacionadas con el gobierno y la seguridad de las personas y propiedades, que derivan su autoridad únicamente de los usos y costumbres de antigüedad inmemorial, o de los juicios y decretos de las cortes reconociendo, confirmando y reforzando dichos usos y costumbres, y en este sentido, particularmente la antigua ley no escrita de Inglaterra.” Traducción libre. *Black's Law Dictionary*. West Publishing Co. 1995.

de lo que sucede en Estados Unidos y Canadá. En México, los precedentes judiciales son las Jurisprudencias y Tesis de la Corte, que tienen un efecto más persuasivo que obligatorio dependiendo de la materia en cuestión. Por supuesto, también deben aplicarse los principios generales del Derecho y considerar la práctica administrativa de la Autoridad Investigadora.

Según Gerald Gall las fuentes del derecho canadiense son, en primer lugar las leyes, y en segundo lugar la jurisprudencia (*case law*).³³ Debido a la naturaleza misma de Canadá existen diferencias jurídicas entre las distintas provincias. En la Provincia de Québec se tiene un sistema jurídico mixto, en el que conviven el sistema romano canónico con el *common law*, en tanto que en el resto de las Provincias se aplica únicamente el sistema del *common law*. Se ha buscado elaborar leyes-tipo que permitan codificar las leyes, pero sin lograr una gran aceptación.³⁴

Tanto en Canadá como en Estados Unidos se aplica la doctrina del *stare decisis*, lo que implica la obligatoriedad de las decisiones judiciales, aunque en Estados Unidos su aplicación es menos estricta en virtud de que las decisiones de los tribunales estatales son independientes de las decisiones de los tribunales federales.

En Estados Unidos el *case law* es la fuente más importante del derecho, pero en materia de jerarquía de leyes podríamos decir que después de la Constitución siguen las leyes federales emanadas del Congreso, y las leyes administrativas emanadas del Ejecutivo, en virtud de las facultades delegadas por el Congreso.

El derecho codificado ha empezado como leyes-tipos, mejor acogidas en Estados Unidos que en Canadá. Tal es el caso de *U.S. Code* en materia comercial y

³³ El *case law* es definido por el *Black's Law Dictionary* como el conjunto de casos reportados que forman un cuerpo de jurisprudencia, o el derecho de una materia en particular tal como ha sido evidenciada o formada por los casos aludidos, a diferencia de las leyes y otras fuentes del derecho. Incluye el conjunto de casos reportados que interpretan leyes, reglamentos y disposiciones constitucionales. Traducción libre. *Black's Law Dictionary*. West Publishing Co. 1995.

³⁴ GALL, Gerald. (2004) Pág. 62.

la *Tariff Act* en los Estados Unidos, y la *Special Import Measures Act* de Canadá y algunas circulares administrativas que tienen nivel de reglamentos.

Según el criterio de revisión estadounidense se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales: 1) la omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación o la ausencia de pruebas o evidencia positivas en el expediente administrativo; 2) las conclusiones de hecho y de derecho de la resolución definitiva que no sean razonables; o 3) cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de *facultades discrecionales* no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades.³⁵

Para el criterio de revisión canadiense, se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando la autoridad: 1) falle al no observar un principio de justicia natural, o de otra manera, actúe más allá de su jurisdicción; 2) se equivoque legalmente al elaborar su resolución; o 3) base su resolución en errores de hecho o de derecho de una forma perversa o caprichosa.³⁶

En el caso de México se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales: 1) Incompetencia del funcionario que la haya dictado u ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución; 2) omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso; 3) vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución; 4) si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien, si se dictó en contravención de las disposiciones aplicables o dejó de aplicar las debidas; y 5) cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no

³⁵ 19 U.S.C. 1516a(b)(1)(A), (B) (1993). Énfasis añadido.

³⁶ R.S.C. F-7, 28(1) (1985).

corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades. El Tribunal judicial sí puede hacer valer de oficio la incompetencia de la autoridad para dictar la resolución impugnada o para ordenar o tramitar el procedimiento del que derive y la ausencia total de fundamentación o motivación en dicha resolución. Sin embargo, los Paneles Binacionales y otros órganos arbitrales derivados de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de prácticas desleales, contenidos en tratados y convenios internacionales de los que México sea parte, no pueden revisar de oficio las causales a que se refiere este artículo.³⁷

Existe también una diferencia en cuanto al número de autoridades que administra la legislación y los procedimientos en materia de prácticas desleales. En los Estados Unidos la autoridad investigadora competente es la *International Trade Administration* (ITA) del Departamento de Comercio, dependencia del Poder Ejecutivo Federal, cuya función es determinar la existencia de la práctica desleal en cuestión. Por otra parte, también está la *International Trade Commission* (ITC), entidad independiente del Ejecutivo encargada de determinar la existencia del daño o amenaza de daño, según sea el caso, y encontrar la relación causal entre el daño a la industria nacional y la práctica desleal.

En Canadá la autoridad investigadora competente es *el Canada Border Services Agency*, encargado de determinar la existencia de la práctica desleal; y el *Canadian International Trade Tribunal* que se encarga de las resoluciones definitivas en materia de “daño importante”.

En el caso de México solo hay una dependencia federal competente para administrar la legislación y los procedimientos contra prácticas desleales, se trate de discriminación de precios o de subvenciones. Es una sola dependencia la que analiza la práctica desleal, el daño o amenaza de daño y su relación causal. Esta autoridad es la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales (UPCI).

³⁷ Artículo 51 de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA) (sustituye al Artículo 238 del Código Fiscal de la Federación) Dentro del criterio de revisión contenido en este Artículo se mencionan algunos vicios en el procedimiento que no afectan las defensas del particular ni trascienden al sentido de la resolución impugnada.

Es importante mencionar que los Paneles no pueden crear derecho sustantivo, pero deben actuar de manera consistente con la legislación del país importador. En este sentido, Gustavo Vega analiza las principales críticas hechas al funcionamiento de los Paneles Binacionales del TLCAN después de diez años de existencia, y una de ellas es precisamente la dificultad que representa para los Panelistas extranjeros aplicar una legislación distinta a la propia, y cita a James Cannon al decir que:

El requerir a un panel internacional que aplique una legislación nacional es algo completamente diferente del empleo que hace un tribunal de resolución de disputas del derecho internacional o de las disposiciones de un tratado. Sin duda, todo panelista ajeno a la parte importadora pasará por un periodo de aprendizaje que afectará la calidad de las decisiones y pondrá en entredicho la tesis de que los paneles binacionales constituyen un adecuado sustituto de los tribunales nacionales. Dado que las leyes (sobre antidumping y de cuotas compensatorias) son extremadamente complejas, y que las leyes de los tres países son muy diferentes, este solo hecho tendrá repercusiones muy importantes en las decisiones de los paneles. Esta dificultad ha sido subsanada gracias al esfuerzo diligente de los panelistas y sus asistentes; sin embargo, sigue siendo una inquietud que no puede ser completamente eliminada del proceso.³⁸

Si bien es cierto que esta es una gran dificultad, también lo es el hecho de que muchos de los panelistas que participan en estos procedimientos bilaterales lo han hecho en más de una ocasión y esa experiencia les ha permitido conocer mejor las legislaciones en la materia de los otros dos países. Además, la naturaleza misma de los Paneles ha permitido que los Panelistas apliquen principios generales de derecho y la lógica jurídica que es igual en los tres sistemas jurídicos.

Otra de las críticas a las que hace mención Gustavo Vega es en torno a la aplicación del criterio de revisión que ya se ha mencionado con anterioridad y que se encuentra señalado en el Anexo 1911 del TLCAN. Dicho criterio busca delimitar

³⁸ CANNON, James R. Jr. (2005) Pág. 67.

la actuación de los panelistas y acotar sus facultades. En el caso de los Estados Unidos y Canadá, el criterio es complementado por los antecedentes judiciales (el *case law*) y los principio legales aplicables.

Entre ellos se encuentra el principio de deferencia, por el cual los tribunales que examinan si la resolución administrativa está basada en una interpretación razonable de parte de la autoridad investigadora, lo que implica que los tribunales (en este caso, los Paneles Binacionales que revisen una resolución final estadounidense o canadiense) deberán conceder una gran deferencia a la autoridad investigadora, pudiendo interferir únicamente cuando existan pruebas de que la resolución no se basa en el expediente administrativo o que la autoridad investigadora no tenga competencia para llevar a cabo la investigación.³⁹

La aplicación de este principio de deferencia ha sido objeto de discusión en diversas decisiones de Paneles Binacionales, ya que ha representado un problema para la ejecución y cumplimiento de las órdenes de los Paneles, además de que no es parte de la legislación mexicana. Este es precisamente el tema central de esta tesina y se desarrollará a lo largo de los siguientes capítulos.

³⁹ VEGA CÁNOVAS, Gustavo. (2005) Pág. 69-72.

CAPÍTULO II

EL PRINCIPIO DE DEFERENCIA

Tal como ha quedado señalado en el Capítulo anterior, los Paneles Binacionales deben observar los principios legales aplicables al momento de revisar una resolución final en materia de prácticas desleales de comercio internacional, de la misma forma en que lo haría un tribunal judicial del país en el que se lleva a cabo la revisión. El principio de deferencia es uno de los principios legales que debe observar el Panel Binacional.

En este segundo capítulo se analizará la aplicación del Principio de Deferencia en Estados Unidos y Canadá; las reglas que lo rigen y las limitaciones que deben observarse al momento de hacerlo valer. Posteriormente, como una figura equiparable, se analiza el concepto de facultad discrecional en México.

Cuando se trata de revisar una resolución emitida por la autoridad canadiense o la estadounidense el Panel debe observar el principio del *Common Law* de Deferencia, el cual tiene un alto peso legal para los tribunales judiciales en Canadá y los Estados Unidos al momento de revisar una resolución administrativa. En México no existe el principio de deferencia, pero sí la facultad discrecional administrativa.

Por “deferencia a la autoridad” nos referimos a la práctica de decidir que la interpretación de la autoridad sustituya a la propia del tribunal revisor, dándole la facultad de tomar una decisión, considerando su experiencia y conocimiento en la materia. La deferencia concedida a las conclusiones de hecho elaboradas por una corte de primera instancia ha sido adoptada en gran medida al revisar las decisiones de tribunales administrativos, aunque el criterio de revisión siempre será regulado por la legislación que determina las facultades de dichos tribunales.

En el sistema del *common law* debe concederse deferencia a las conclusiones de hecho de la autoridad administrativa cuando exista una cláusula privativa o cuando las conclusiones alcanzadas sean materia de un conocimiento especializado. Las Cortes de Apelación deben conceder deferencia a las decisiones tomadas por las Cortes. Las Cortes deben conceder deferencia a las decisiones legislativas tomadas por el Congreso, los Jueces deben conceder deferencia a los juicios de hecho realizados por los jurados, y los tribunales judiciales deben conceder deferencia a la interpretación hecha por las autoridades administrativas a la legislación aplicable en su materia.⁴⁰

En virtud de que los Paneles Binacionales reemplazan a la revisión judicial, éstos también deben conceder deferencia a las interpretaciones legales de las autoridades administrativas en materia de prácticas desleales de comercio internacional. En otras palabras, de acuerdo a este principio, el Panel, tal como lo haría un tribunal estadounidense o canadiense, no puede decirle a la autoridad investigadora cómo debe interpretar la legislación en la materia, ni hacer una interpretación propia de la misma.⁴¹

II.1. La Doctrina canadiense

En el caso de Canadá, las Cortes canadienses intervienen en la revisión final de una agencia administrativa en materia comercial únicamente si ésta ha sido considerada irrazonable y no fundada en las pruebas que obran en el expediente administrativo. Aún cuando la Corte esté en desacuerdo con la decisión de la

⁴⁰ Gary Gose v. US Postal Service. United States Court of Appeals for the Federal Circuit. 05-3272. 06/14/ 2006.

⁴¹ Uno de los Paneles Binacionales que han aplicado el principio de deferencia como parte de su criterio de revisión es el de Productos Tubulares de Región Petrolífera, procedentes de México. Resultados Finales de la Revisión Por Extinción de la Resolución sobre Cuotas Compensatorias por Dumping. USA-MEX-2001-1904-03. Cuarta Decisión Del Panel. 17 de enero de 2007.

agencia administrativa, ésta se mantendrá al margen si no encuentra un error grave de derecho o abiertamente irrazonable.⁴²

Las cortes no tienen facultades automáticas de revisión de las decisiones administrativas, si no que deben hacerlo mediante solicitudes legales expresas. Lo que la corte hace normalmente es revisar cuestiones de errores de derecho y materia de revisión judicial. Este procedimiento de revisión permite incluso que la corte considere el proceso completo de toma de decisiones de la autoridad. El poder de revisión judicial se encuentra establecido en la legislación específica, la cual incluye cláusulas privativas,⁴³ o puede invocarse como parte del sistema del *common law*. Estas cláusulas privativas pueden declarar que la decisión de la agencia es “final y concluyente” o que tiene “jurisdicción exclusiva” sobre la materia. Sin embargo, la obligatoriedad de dichas cláusulas es limitada.⁴⁴

La facultad revisora de las cortes canadienses permite considerar el contenido de las decisiones de la agencia administrativa y decidir si fueron “suficientemente incorrectas” para justificar devolverlas para mayor consideración. Para ejercer dicha facultad, la corte tendrá que aplicar un criterio de revisión que indique la cantidad de deferencia que debe conceder a la decisión revisada. Determinar el criterio de revisión implica un proceso particular y contextual, el cual puede variar de acuerdo con el tipo de decisión administrativa que se esté revisando o a la materia en cuestión.⁴⁵ Su finalidad es la de determinar la cantidad de deferencia pretendida por la legislatura.

⁴² *Stelco v. British Steel Canada, et al.*, [2000] 3 F.C. 282. Corte Federal de Apelaciones (25 de enero de 2000); y *National Corn Growers v. Canadian Import Tribunal*, 2 S.C.R. 1324. (Suprema Corte de Canadá (1990).

⁴³ Una cláusula privativa (“*privative clause*”) es una disposición en la ley, cuya intención es eliminar la facultad de la corte para revisar las decisiones de una agencia administrativa.

⁴⁴ En el caso *Crevier v. Quebec* (1981) la Suprema Corte canadiense sostuvo que la Constitución ordena que las cortes puedan supervisar errores de las agencias administrativas, por lo que la legislatura no puede eliminar por completo esa facultad.

⁴⁵ A este método se le conoce como “un acercamiento pragmático y funcional”. *U.E.S. Local 298 v. Bibeault*, (1988) 2 S.C.R. 1048.

Determinar la cantidad de deferencia que debe conceder la corte a la decisión de la autoridad administrativa investigadora implica el análisis de cuatro factores:

1. la presencia o ausencia de una cláusula privativa o de un derecho legal de apelación;
2. la experiencia de la agencia sobre el tema en cuestión, en relación con la corte revisora;
3. la intención del legislador y de la ley en particular; y
4. la naturaleza de la cuestión (de derecho, de hecho o mixta).

El balance de estos cuatro factores determina en qué punto del espectro de deferencia se encuentra el criterio de revisión. Ninguno de ellos son determinantes y pueden variar de acuerdo con las circunstancias, pero ayudan a las cortes a decidir cuál de los tres criterios de revisión aplicar: ⁴⁶

1. Patentemente irrazonable (*Patent unreasonableness*);
2. Simplemente irrazonable (*Reasonableness simpliciter*);
3. Nivel de exactitud (*Correctness*).

Bajo el derecho canadiense, el criterio de “patentemente irrazonable” (*Patent unreasonableness*) es el que concede el mayor de los niveles de deferencia de los tres criterios utilizados por una corte para llevar a cabo una revisión judicial de una agencia administrativa. Es difícil definir con precisión este término en el marco del *common law*, pero una decisión “patentemente irrazonable” podría entenderse como aquella que no está de conformidad con todos los hechos y derechos presentados ante la agencia, o que no cumple del todo con un examen legal.

En el caso *Toronto City v. OSSTF*⁴⁷, la Suprema Corte de Canadá, por mayoría, hizo notar que el examen para decidir si la decisión revisada es

⁴⁶ Podría hablarse también de “niveles de deferencia”.

⁴⁷ *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F. District 15*, (1997) 1 S.C.R. 487.

“patentemente irrazonable” debe articularse de manera diferente para conclusiones de hecho que de derecho. Para interpretar una disposición legal, el examen debe analizar si la decisión en revisión “no puede ser razonablemente fundada en la legislación relevante y requiere intervención de la corte revisora”. Cuando la corte revisora revisa la evidencia presentada ante la agencia administrativa en un asunto en el que el criterio de revisión es “patentemente irrazonable”, la corte debe determinar si la evidencia es incapaz de fundar las determinaciones de la agencia.

La Suprema Corte de Canadá reconoció en *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, y en *Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. Southam Inc.* un tercer criterio situado entre “exactitud” y “patentemente irrazonable”.⁴⁸ Este es el nivel conocido como “simplemente irrazonable” (*Reasonableness simpliciter*). Es el nivel intermedio de deferencia que puede conceder una corte a las decisiones de una agencia administrativa. Cuando se trate de cuestiones de derecho, o una mezcla de cuestiones de hecho y de derecho, puede decirse que la decisión es irrazonable cuando dicha decisión “no se basa en ningún razonamiento que pueda sostener lo que se busca probar.” Dicho de otra forma, puede determinarse que la decisión es “irrazonable” cuando no exista algún análisis que pueda vincular la evidencia con la conclusión alcanzada por la agencia.⁴⁹

Finalmente, el criterio de “exactitud” (*Correctness*) es el último nivel de deferencia que puede conceder una corte al revisar la decisión de una agencia administrativa. En este caso, la corte no concede nada de deferencia y lleva a cabo su revisión basándose en lo que es correcto de acuerdo con la ley.

⁴⁸ Ambos casos involucraron apelaciones de derecho relacionadas con cuestiones de interpretación legal hechas por los tribunales especializados.

⁴⁹ *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20. y *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557.

En el Panel Binacional de Placa de Acero Rolada en Caliente, entre México y Canadá, la Opinión Concurrente de los Panelistas Hernán García Corral y Loretta Ortiz Ahlf señala el tipo de deferencia que debe conceder el Panel, e incluso habla de un cuarto criterio:

“Las cortes han reconocido la posición superior de un tribunal para determinar cuestiones de hecho y han dado a los tribunales una gran deferencia cuando cuestiones complicadas de derecho y de hecho se acercan a cuestiones de hecho. Varias resoluciones de la Federal Court of Appeal han tratado acerca del criterio de revisión apropiado a aplicarse a las resoluciones de dumping del CITT en el contexto de hecho y cuestiones de hecho mezcladas con cuestiones de derecho. Dependiendo de las circunstancias del caso en particular, las cortes han descrito este criterio como patentemente irrazonable, similar a patentemente irrazonable, o como un “cuarto criterio” que es poco menos deferencial que el patentemente irrazonable.

Estas decisiones son refinamientos al análisis del espectro establecido por la Suprema Corte de Canadá en *Pezim y Southam*. En las circunstancias específicas de cada caso, las cortes articularon el criterio de revisión apropiado al poner en la balanza los factores que requieren de un criterio más exacto con aquellos que requieren más deferencia.”⁵⁰

Dependiendo de las circunstancias del caso en particular, las cortes han descrito este criterio como patentemente irrazonable, similar a patentemente irrazonable, o como un "cuarto criterio" que es poco menos deferencial que el patentemente irrazonable.

El criterio de revisión aplicable a una decisión administrativa está determinado en la decisión de la Suprema Corte en el caso *Pushpanathan*,⁵¹ en el cual se indica que al establecer la cantidad de deferencia concedida a una

⁵⁰ Opinión Concurrente de los Panelistas Hernán García-Corral y Loretta Ortiz Ahlf en el Panel Binacional que revisó la resolución final sobre “Lámina de Acero al Carbono Enrollado en Caliente”, originaria o procedente de México. CDA-97-1904-02. 19 de mayo de 1999.

⁵¹ *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982. El caso *Pushpanathan* es una decisión importante de la Suprema Corte Canadiense sobre el criterio de revisión en materia administrativa. En él, la Corte sostuvo que una decisión del *Immigration and Refugee Board* debía ser revisada bajo el criterio de “exactitud” (*correctness*).

decisión, el tribunal revisor debe determinar la intención legislativa detrás de la ley que crea a la autoridad cuya decisión está siendo revisada.

Para determinar el nivel de deferencia pretendido por el legislador, el tribunal revisor deberá poner en consideración los cuatro factores antes mencionados: primero, la presencia o ausencia de una cláusula privativa; segundo, la experiencia de la autoridad que elabora la decisión; tercero, el objeto o propósito de la ley y de la legislación como un todo; y cuarto, la naturaleza de la cuestión.

En el contexto administrativo se han desarrollado dos nuevos acercamientos a partir de la decisión de la Suprema Corte en el caso *Pushpanathan*: primero la extensión del acercamiento funcional y pragmático a las decisiones discrecionales y, segundo, la deferencia debida a los casos que mezclan cuestiones de hecho y de derecho.

En el caso *Baker* la Suprema Corte de Canadá ha extendido la aplicación del acercamiento funcional y pragmático a todos los tipos de decisiones administrativas.⁵² Tradicionalmente, las cortes canadienses habían distinguido entre la revisión judicial de decisiones discrecionales y no discrecionales. Sin embargo, la dificultad de clasificar una decisión como discrecional o no, llevó a la Suprema Corte de Canadá a buscar una forma más clara de revisar las decisiones discrecionales. La Corte concluyó en el caso *Baker* que la aplicación de un acercamiento funcional y pragmático era lo más adecuado, ya que permite a los tribunales dar mayor peso a la intención del legislador en relación con el nivel de deferencia que debe concederse a la autoridad en el ejercicio de su discreción. Pero señaló, en el caso *Suresh*,⁵³ que este acercamiento no debe ser visto como un reductor del nivel de deferencia concedido a las decisiones de naturaleza altamente discrecional.

⁵² *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817.

⁵³ *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [2002] SCC 1 (aplicando la legislación internacional internamente).

En cuanto al nivel de deferencia que debe concederse a las decisiones de los tribunales, cuando la naturaleza del problema es una mezcla de cuestiones de hecho y de derecho, la Suprema Corte canadiense se ha pronunciado en el caso *Housen v. Nikolaisen*⁵⁴ concluyendo que cuando un error de derecho pueda ser sacado de una cuestión de hecho y de derecho, el criterio de revisión adecuado es el de exactitud (*correctness*).⁵⁵

Entonces, en el nivel más bajo del espectro de deferencia se encuentra el criterio de exactitud, en el que se ubican los casos relacionados con la interpretación de una disposición legal limitando la jurisdicción de un tribunal (un error jurisdiccional); aquellos en los que hay un derecho legal de apelación que permite a la corte revisora sustituir su opinión por aquella del tribunal; o en los que el tribunal no tiene mayor experiencia que la corte en cuanto al asunto en cuestión.⁵⁶

II.2. La Doctrina estadounidense

En el caso de los Estados Unidos el principio de deferencia es también conocido como el “principio *Chevron*” o la “doctrina *Chevron*”,⁵⁷ el cual extiende implícitamente el poder de la agencia administrativa al sostener que la corte revisora debe conceder deferencia a las interpretaciones hechas por ella sobre disposiciones jurídicas ambiguas. Esta doctrina representa un parte aguas en la historia del derecho administrativo estadounidense.

⁵⁴ *Housen v. Nikolaisen*. [2002] SCC 33.

⁵⁵ RICHARD, John D. (2002).

⁵⁶ LACOBUCCI, Frank. (1998).

⁵⁷ *Chevron, U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

De acuerdo con esta decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos,⁵⁸ las agencias tienen el poder de resolver cuestiones de derecho, adoptando el clásico papel de los tribunales de interpretar las disposiciones legales que resulten ambiguas, porque, según esta doctrina, cuentan con la mayor experiencia en la materia para lidiar con esas cuestiones, y porque el Congreso, al dejar la disposición jurídica ambigua, está delegando la facultad de interpretación en la agencia.⁵⁹

Pero al dictaminar esto, la Suprema Corte fijó una metodología de dos pasos para revisar las interpretaciones a la ley hechas por una agencia administrativa:

1. En el primer paso el tribunal revisor debe cuestionarse si el Congreso se ha expresado directamente sobre la cuestión analizada.
2. En el segundo paso el tribunal revisor debe cuestionarse si la interpretación legal hecha por la agencia es una interpretación permisible de la disposición.

Al plantearse si el Congreso se ha expresado directamente sobre la cuestión analizada, el tribunal revisor analizará si la intención del Congreso es clara y no deja lugar a duda. De ser así, no es necesario continuar con el análisis, ya que debe aplicarse la intención expresa del Congreso. En cambio, si dicho tribunal (o el Panel Binacional) determinan que el Congreso no se ha expresado directamente sobre el tema interpretado por la agencia administrativa, es decir, si la disposición continúa siendo ambigua u omisa en ese tema, la autoridad revisora

⁵⁸ En 1981, la Agencia de Protección Ambiental (*Environmental Protection Agency*, EPA) cambió su interpretación del término "*stationary source*" utilizado en la legislación *Clean Air Act Amendments* de 1977, en cuanto a requerimientos anticontaminación en instalaciones y la solicitud de permisos cada vez que se hicieran modificaciones en las "*stationary sources*". La Corte de Circuito de D.C. no consideró la interpretación revisada, pero la Suprema Corte lo revirtió en el caso *Chevron USA Inc v NRDC*. 467 US 837.

⁵⁹ Puede suceder que la agencia misma haga una revisión a sus propias interpretaciones. En ese caso no existe consenso sobre si la corte debe conceder la misma deferencia a la interpretación revisada.

no puede simplemente imponer su propia interpretación a la disposición en cuestión, sino que, en una segunda etapa de análisis debe revisar si la interpretación hecha por la agencia administrativa se basa en una construcción permisiva de la ley.

El principio de deferencia como parte del criterio de revisión puede verse desde el punto de vista de la revisión judicial de las decisiones del jurado; de la revisión en apelación de las decisiones de las cortes; de la revisión judicial de la legislación; o de la revisión judicial de las agencias administrativas, que es exactamente la visión que nos interesa por ser el tipo de revisión sustituida por los Paneles Binacionales.

La Ley de los Procedimientos Administrativos (*Administrative Procedures Act*) obliga a las cortes federales a confirmar las acciones de las agencias administrativas federales si estas están apoyadas en “evidencia sustancial.” La Doctrina *Chevron* parece implicar que las agencias administrativas deben recibir más deferencia en cuestiones de derecho que la que reciben las cortes bajo el criterio “*de novo*” que se emplea en una revisión de apelación.⁶⁰

Algunas explicaciones de por qué se debe conceder tal deferencia a las interpretaciones hechas por las agencias administrativas son la experiencia de la agencia en la materia, la rendición de cuentas del Ejecutivo y la intención implícita del Congreso.⁶¹ En la decisión misma de la Suprema Corte (*Chevron*) se pueden identificar dos justificaciones: primero, que la agencia tiene la experiencia necesaria en la materia de la ley bajo consideración, que la corte podría no tener; y segundo, que la agencia es políticamente supervisable (hablando de rendición de cuentas) en tanto que la corte no lo es.⁶² Una tercera justificación se entrelee

⁶⁰ *Legal Theory Lexico* 054. Septiembre, 2006.

⁶¹ Algunos autores que analizan las razones que justifican la deferencia *Chevron* son: Kenneth W. Starr, *Judicial Review in the Post-Chevron Era*, 3 *Yale J Reg*, 283, 309-12 (1986); Quincy M. Crawford, *Chevron Deference to Agency Interpretations that De-limit the Scope of the Agency's Jurisdiction*, 61 *U Chi L Rev* 957, 958-60 (1994); Laurence H. Silberman, *The D.C. Circuit Review—Foreword: Chevron—The Inter-section of Law & Policy*, 58 *Geo Wash L Rev* 821, 822 (1990).

⁶² *Chevron, U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

de la propia decisión, en el sentido de que, al dejar ambigua la ley, el Congreso está indicando que su intención es que las cortes concedan deferencia a las interpretaciones hechas por las agencias.

La doctrina *Chevron* de la Suprema Corte también señala en el caso de una ley ambigua, donde la interpretación de la agencia sea razonable, la corte deberá conceder deferencia a la agencia, aún si la corte considera que dicha interpretación es equivocada. Sin embargo, como toda regla, la doctrina *Chevron* también tiene algunas excepciones.⁶³

Cuando una agencia administrativa es parte en un litigio puede adoptar o realizar algunas interpretaciones a la ley en beneficio de sus argumentos dentro de la controversia. Estas interpretaciones no reciben deferencia de parte de las cortes, sin importar si se trata de una nueva interpretación a las disposiciones legales (una reinterpretación) o si se trata de un asunto que nunca haya sido considerado con anterioridad. El Congreso no tiene facultades para delegar en las agencias administrativas el poder de decidir casos específicos al interpretar la ley, ya que esa es facultad de las cortes.

Otra excepción a la aplicación del principio de deferencia de parte de las cortes hacia las agencias administrativas, es cuando la Suprema Corte de los Estados Unidos ya se ha expresado sobre el punto en cuestión. Si la Suprema Corte interpretó una disposición ambigua antes de que lo haga la agencia, las cortes dan un mayor peso a la decisión de la Suprema Corte (*stare decisis*), al menos hasta que el Congreso reforme la ley en cuestión.⁶⁴

Las cortes no conceden deferencia a las interpretaciones hechas por las agencias administrativas a las disposiciones constitucionales, ya que las cortes son las “expertas” en esa materia. Siguiendo la misma lógica señalada en la doctrina

⁶³ Para una explicación detallada de las excepciones a la doctrina *Chevron* puede acudir a David M. Gossett. *Chevron, Take Two: Deference to Revised Agency Interpretations of Statutes*. 64 *U Chi L Rev* 681 (1997).

⁶⁴ HANNER WHITE, Rebecca. (1992).

Chevron la deferencia se concede a quien tiene mayor experiencia en el tema revisado.

Tampoco se concede deferencia cuando las agencias pretenden interpretar disposiciones relacionadas con las facultades de la propia agencia, ya que esto limita la discrecionalidad de las agencias.

La Suprema Corte estadounidense volvió a tomar el tema de la deferencia en el caso *United States v. Mead Corp* en 2001,⁶⁵ en donde limitó sustancialmente las circunstancias en las que se obliga a una corte a seguir las interpretaciones de las agencias federales. La Suprema Corte sostuvo, en muchos casos, que las cortes (en este caso el Panel) pueden decidir cuestiones *de novo* y solo darle "peso" o valorar las interpretaciones de las agencias administrativas. Con este caso, la Suprema Corte ha delimitado deliberadamente el espectro de la Doctrina Chevron.

En 2002 el caso *Christensen v. Harris County*,⁶⁶ ya abarcaba este punto. La esencia de *Mead* y *Christensen* juntos es que la concesión de deferencia de *Chevron* sólo aplicará cuando la interpretación de una agencia administrativa a una disposición legal surja de una adjudicación formal, la notificación y comentarios a una regulación o cualquier otro ejercicio legal similar de parte de la autoridad. Las cartas interpretativas (circulares) no entran en este tipo de documentos. Cuando la Doctrina Chevron no aplique, la interpretación legal hecha por una agencia es revisada *de novo* y solo tiene derecho a ser "valorada" por la corte revisora.⁶⁷ El grado de valoración o el peso que se le conceda a la interpretación hecha por la agencia, depende de "la fuerza de la evidencia en su consideración, la validez de su razonamiento, su consistencia con pronunciamientos anteriores y posteriores a todos los factores que dan el poder de persuadir, si hay falta de poder mandatorio."⁶⁸

⁶⁵ *United States v. Mead Corp.*, 121 S.Ct. 2164 (2001) (No. 99-1434, 18 de junio de 2001).

⁶⁶ *Christensen v. Harris County*, 529 US 576 (2000).

⁶⁷ En los términos de *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 US 134 (1944).

⁶⁸ *Ídem*.

El caso *Mead* surgió después de que la oficina de aduanas estadounidense emitió una carta interpretativa estableciendo que ciertos artículos importados caían en una clasificación sujeta a la aplicación de un arancel específico. *Mead* presentó una demanda ante la Corte de Comercio Internacional (CIT, por sus siglas en inglés). Posteriormente, la Corte del Circuito Federal determinó que estas cartas interpretativas (*ruling letters*) no deberían ser tratadas como reglamentaciones de Aduanas, debido a que no están precedidas por un procedimiento de notificación y comentarios, no tienen fuerza legal y no llevan la intención de esclarecer los derechos y obligaciones de los importadores más allá del caso específico.⁶⁹ La Corte del Circuito Federal no le concedió ni deferencia ni peso legal a las cartas interpretativas.

La Suprema Corte estuvo de acuerdo con la Corte del Circuito Federal en el sentido de que la deferencia *Chevron* no aplicaba, pero devolvió la decisión para que la corte señalara el valor concedido a la carta interpretativa, de acuerdo a los requisitos de *Skidmore*. Primero, la Suprema Corte estableció que la interpretación hecha por una agencia a una disposición legal califica para tener la deferencia *Chevron*, únicamente cuando la interpretación fue promulgada durante el ejercicio legal de la autoridad para proclamar normas que conlleven fuerza legal, es decir, adjudicación, reglamentación sujeta a notificación y comentarios o cualquier otro método comparable de hacer leyes. Segundo, la Suprema Corte respondió a la opinión disidente del Juez Scalia diciendo que la deferencia *Chevron* no aplica a las interpretaciones de las agencias enmarcadas en un escrito de demanda o de respuesta a la demanda después del inicio del litigio.⁷⁰

⁶⁹ Las reglamentaciones de Aduanas reciben el más alto nivel de deferencia, de acuerdo con lo establecido en *Chevron*.

⁷⁰ *United States v. Mead Corp.*, 121 S.Ct. 2164 (2001) (No. 99-1434, 18 de junio de 2001). Opinión Disidente del Juez Scalia.

La Suprema Corte sostuvo entonces que la carta interpretativa no tenía derecho a la deferencia *Chevron* porque no había surgido de ningún proceso de elaboración de leyes.⁷¹ Señaló que ninguna disposición indicaba que el Congreso tuviera la intención de delegarle a Aduanas la facultad de emitir cartas interpretativas con fuerza de ley. Finalmente, la Suprema Corte concluyó que las cartas interpretativas deben tratarse como interpretaciones contenidas en los lineamientos de políticas, manuales administrativos de la agencia o lineamientos de cumplimiento, por lo que quedan fuera del alcance de los supuestos de *Chevron*. Sin embargo, conservan el derecho de ser valorados de acuerdo con las reglas *Skidmore*, en donde cualquier peso concedido debe ser proporcional a su “poder de persuasión”, el cual dependerá de la agudeza del escritor, lógica y experiencia, la vinculación con otras interpretaciones previas y cualquier otra fuente de valoración.

En conclusión, el Principio de Deferencia permite a las autoridades administrativas estadounidenses y canadienses un amplio margen de interpretación de la legislación aplicable a su materia; sin embargo, deben observarse las limitaciones establecidas por la Suprema Corte de Estados Unidos y de Canadá respectivamente. Los tribunales revisores de ambos países, así como los Paneles Binacionales que los sustituyan en el marco de las revisiones previstas en el Artículo 1904 del TLCAN deben cumplir con este principio, pero cuidando siempre de vigilar las reglas que limitan su aplicación para evitar un abuso de parte de las autoridades administrativas.

⁷¹ Aquí la Suprema Corte se refirió a “*any law-making process*” en el sentido de las facultades de reglamentación que tiene el Ejecutivo, y no al proceso de elaboración de leyes del Poder Legislativo.

II.3 La Doctrina mexicana

Como fue señalado en la primera parte de este capítulo, el Principio de Deferencia es parte del criterio de revisión en el *common law*, por lo que no es aplicable en México. Sin embargo, es posible encontrar un equivalente en la teoría del Derecho Administrativo mexicano mediante el Poder o Facultad Discrecional de la autoridad administrativa, tal como se analizará a continuación.

Para Miguel Acosta Romero, en el Derecho Administrativo mexicano las prácticas y usos no pueden tener fuerza suficiente por sí mismos para ser considerados como fuentes directas de legalidad. Sin embargo, de acuerdo con el principio *iuris tantum* del acto administrativo, los actos de las autoridades se presumen legales, porque la aplicación de la ley se adapta al consentimiento del administrado.⁷²

Por otra parte, cabe señalar que la autoridad administrativa cuenta con una facultad discrecional que le permite determinar su actuación o abstención, así como los límites y contenido de dicha actuación. En palabras del Dr. Acosta Romero, dicha facultad discrecional “es la libre apreciación que se le da al órgano de la Administración Pública, con vistas a la oportunidad, la necesidad, la técnica, la equidad, o razones determinadas, que puede apreciar circunstancialmente en cada caso, todo ello, con los límites consignados en la ley.”⁷³

En el sistema jurídico mexicano no existe un poder discrecional absoluto,⁷⁴ porque entonces se estaría hablando de arbitrariedad. La facultad o poder discrecional de la autoridad administrativa se encuentra delimitada por la ley misma, la racionalidad, la proporcionalidad y la adecuación de los medios con el derecho.

⁷² ACOSTA ROMERO, Miguel. (1988) Pág. 810-816.

⁷³ Ibidem. Pág. 843.

⁷⁴ Pero tampoco es absoluto en el sistema del *common law*, ya que, como ha quedado señalado en los puntos anteriores, tanto en Canadá como en los Estados Unidos existen una serie de limitantes a la aplicación del Principio de Deferencia (como equivalente del poder discrecional de la autoridad).

Esta facultad debe hacerse valer a la par del principio de legalidad, en el sentido de que siempre debe tener una base legal que conceda competencia a la autoridad administrativa para llevar a cabo los actos que le permita la ley. El acto discrecional además de ser legal y fundado, también debe estar debidamente motivado y ser exteriorizado por escrito.⁷⁵

Miguel Marienhoff señala algunas reglas para determinar cuando estamos ante una facultad discrecional:⁷⁶

- ◆ Las facultades discrecionales de una autoridad surgen cuando la legislación se limita a señalar los fines prescindiendo de la mención específica de los medios para lograr aquellos.
- ◆ La existencia de formas o de un procedimiento especial para la emanación de un acto no es impedimento para excluir la posibilidad de que el respectivo acto sea discrecional.
- ◆ A falta de otros elementos de juicio, la redacción literal de la norma puede determinarnos cuando estamos ante una facultad discrecional. Por ejemplo cuando dice “facúltese”, “autorízase”, “podrá”, etc.
- ◆ En materia de actos que implican restricciones a las libertades públicas, en caso de duda ha de negarse la existencia de la facultad discrecional. Ya que como bien es sabido, dentro de un marco de legalidad y sobre todo en materia de libertades individuales, la autoridad sólo puede intervenir si expresamente la ley le faculta (Principio de legalidad).
- ◆ En materia de actos que implican restricciones a las libertades públicas, en caso de duda ha de negarse la existencia de la facultad discrecional. Ya que como bien es sabido, dentro de un marco de legalidad y sobre todo en materia de libertades individuales, la autoridad sólo puede intervenir si expresamente la ley le faculta (Principio de legalidad).

⁷⁵ ACOSTA ROMERO, Miguel. Op cit. Pág. 845.

⁷⁶ MARIENHOFF S. Miguel. (1990) Pág. 413.

- ◆ Cuando la ley prevea dos o más posibles actuaciones en un mismo caso y no se imponga ninguna de ellas con carácter obligatorio estaremos ante una facultad discrecional.

Para Andrés Serra Rojas la facultad discrecional surge cuando el legislador se limita solo a trazar el marco legal dentro del cual la autoridad administrativa puede actuar libremente en cada caso particular. Esto tiene como base el hecho de que solo la autoridad administrativa tiene la experiencia necesaria para dictar disposiciones en sentido favorable al bienestar común, al interés público. Es así que la autoridad administrativa deberá resolver cada caso particular, basándose en la ley y en su experiencia y capacidad de interpretación de la misma.⁷⁷

Dentro de las distintas materias administrativas pueden concederse muchos tipos de facultad discrecional. En el caso que nos ocupa, ésta responde a una necesidad de conocimiento técnico o especializado en el ejercicio de la actividad administrativa.

La facultad discrecional concedida al Ejecutivo Federal se encuentra implícita en el texto del Artículo 131 Constitucional, segundo párrafo:

“El ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación expedidas por el propio Congreso, así como para crear otras, y para restringir y prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquier otro propósito en beneficio del país”. (Énfasis añadido)

Pero esta facultad no es ilimitada y debe sujetarse a ciertas condiciones legales: Primero, que dichas facultades sean expresamente otorgadas por la Constitución; segundo, que el Congreso autorice expresamente al Ejecutivo Federal para hacer uso de esas facultades, mediante una ley o un decreto del Poder

⁷⁷ SERRA ROJAS, Andrés. (2006).

Legislativo; y tercero, que el Poder Ejecutivo informe al Poder Legislativo el uso que ha dado a las facultades concedidas.

El Congreso ha buscado acotar y dar transparencia a estas facultades mediante la Ley de Comercio Exterior, que es Reglamentaria de lo dispuesto por el artículo 131 Constitucional.⁷⁸ Con esta Ley, el Poder Legislativo concede las facultades a la autoridad administrativa en materia de prácticas desleales de comercio internacional, la Secretaría de Economía, de la cual depende la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales (UPCI).

Artículo 2o.- “Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de aplicación en toda la República, sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados o convenios internacionales de los que México sea parte. La aplicación e interpretación de estas disposiciones corresponden, para efectos administrativos, al Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Economía.” (*Énfasis añadido*)

Artículo 5o.- Son facultades de la Secretaría:

[...]

VII. Tramitar y resolver las investigaciones en materia de prácticas desleales de comercio internacional, así como determinar las cuotas compensatorias que resulten de dichas investigaciones;

[...]

De igual forma, a lo largo de la Ley de Comercio Exterior y de su Reglamento se conceden múltiples facultades discrecionales a la autoridad investigadora al momento de llevar a cabo una investigación administrativa para determinar la existencia de una práctica desleal.

Por otra parte, un ejemplo del peso que dan los tribunales judiciales a la facultad discrecional de las autoridades administrativas mexicanas es la siguiente sentencia:

SENTENCIA DE NULIDAD FISCAL PARA EFECTOS. EL CUMPLIMIENTO FUERA DEL TÉRMINO LEGAL DE CUATRO MESES PREVISTO EN EL

⁷⁸ DOF del 27 de julio de 1993. Reforma del 24 de enero de 2006.

ARTÍCULO 239, ANTEPENÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, NO OCASIONA LA ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN DICTADA POR LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA EN ACATAMIENTO DE ELLA.

Conforme a las jurisprudencias 44/98 y 45/98 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia, que llevan por rubros "SENTENCIAS DE NULIDAD FISCAL PARA EFECTOS. LA FACULTAD QUE EL ARTÍCULO 239, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, OTORGA AL TRIBUNAL FISCAL PARA DETERMINARLAS, PRESERVA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL." y "SENTENCIAS DE NULIDAD FISCAL PARA EFECTOS. EL ARTÍCULO 239, FRACCIÓN III, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, QUE ESTABLECE ESE SENTIDO ANTE LA ACTUALIZACIÓN DE LA AUSENCIA DE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LEGALIDAD CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL.", [...] por lo que para determinar cuándo una sentencia de nulidad debe ser para efectos es necesario acudir a la génesis de la resolución impugnada a efecto de saber si se originó [...] con motivo del ejercicio de una facultad discrecional en la que el tribunal no puede sustituir a la autoridad en la libre apreciación de las circunstancias y oportunidad para actuar que le otorgan las leyes.⁷⁹ (El subrayado es nuestro)

Si bien los artículos 238 y 239 del CFF han sido derogados la tesis es válida toda vez que el contenido y propósito de los mismos fueron recogidos en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.⁸⁰

De manera más específica, la tesis que a continuación se cita se pronuncia a favor de conceder poder de discrecionalidad a la autoridad administrativa y señala cuáles son sus limitaciones:

FACULTAD DISCRECIONAL O DE ARBITRIO. Debe respetarse la de la autoridad administrativa. Debe respetarse, por lo general, en el Juicio de Amparo, el uso que la autoridad administrativa haga de su poder discrecional, o de la facultad de arbitrio que la ley le concede, a condición de que se dé un ejercicio prudente de tal arbitrio, es decir, que la autoridad parte de hechos objetivos y de datos comprobados y, sobre la

⁷⁹ Novena Época. Segunda Sala. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XI, Mayo de 2000 Tesis: 2a./J. 41/2000 Página: 226 Materia: Administrativa Jurisprudencia.

⁸⁰ Ver artículos 51 y 52 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

base de estos, elabore argumentaciones que no pugnen con las reglas de la lógica ni con las máximas de la experiencia.⁸¹ (Énfasis añadido)

Aún cuando la autoridad investigadora mexicana no goza de los beneficios del Principio de Deferencia concedido a las autoridades administrativas de sus socios comerciales en el TLCAN, sí cuenta con la facultad discrecional que le da la propia legislación en su materia y de alguna manera goza de cierta deferencia de parte de los tribunales revisores. Es necesario entonces analizar la posición de los Paneles Binacionales en este punto.

⁸¹ Amparo en revisión 5975/61. The Coca Cola Co. 24 de enero de 1962. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez. Vol. LV.

CAPÍTULO III

DEFERENCIA CONCEDIDA POR LOS PANELES BINACIONALES A LAS AUTORIDADES INVESTIGADORAS

Una vez que se ha hecho referencia al funcionamiento general del sistema de Paneles Binacionales y a la importancia que tiene la aplicación de los principios legales aplicables en el mismo, como parte de su criterio de revisión, así como al principio de deferencia aplicado por las cortes nacionales, en este tercer capítulo se analizará la aplicación de dicho principio en las revisiones ante Paneles Binacionales cuando se trata de resoluciones administrativas emitidas por autoridades estadounidenses y canadienses, haciendo incapié en el indiscriminado abuso que se observa en la invocación de dicho principio de parte de las autoridades investigadoras estadounidenses, como una estrategia de constante incumplimiento a las órdenes de los Paneles Binacionales.

Esta práctica, cada vez más común, ha llevado a los distintos Paneles a realizar diversas devoluciones, obteniendo siempre la misma negativa de cumplimiento de parte de las autoridades aludidas, lo que lleva a concluir la evidente falta de voluntad para respetar la obligatoriedad de las órdenes del Panel, poniendo en riesgo la eficacia del sistema de Paneles Binacionales del Artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio.

III.1. La aplicación del Principio de Deferencia y de la Facultad Discrecional Administrativa en la revisión ante Paneles Binacionales.

Tal como se ha mencionado al inicio de esta tesina, el Panel Binacional, al reemplazar al tribunal de la Parte importadora, debe aplicar las disposiciones jurídicas en materia de prácticas desleales de comercio internacional que aplicaría el tribunal competente.⁸²

También ha quedado establecido que el criterio de revisión que debe aplicar el Panel Binacional se encuentra señalado en el Anexo 1911 del TLCAN, entendiéndose que es el mismo que aplicaría el tribunal de la Parte importadora, lo que implica que éste es diferente para cada una de las Partes.⁸³

Esto lleva a pensar en la aplicación de un mismo sistema de revisión para las tres Partes, pero con reglas diferentes, asimétricas, adecuadas a cada una de ellas. Se trata de algo que va más allá de la discusión acerca de la posible amalgama de dos sistemas jurídicos diferentes. Es que se está midiendo un mismo tipo de acto jurídico⁸⁴ mediante un mismo mecanismo de solución de controversias, ejecutado por un mismo cuerpo arbitral, pero con una regla distinta.

Es decir, si el Panel Binacional va a revisar una resolución emitida por la autoridad canadiense o estadounidense tiene la obligación legal de observar y aplicar el Principio de Deferencia, pero si va a revisar una resolución emitida por la autoridad mexicana no tiene obligación legal alguna de concederle deferencia a su experiencia y conocimiento en la materia. Si bien ya ha quedado establecido que la doctrina mexicana y la jurisprudencia confirma que esta

⁸² Estas disposiciones jurídicas consisten en leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, práctica administrativa y precedentes judiciales pertinentes. Artículo 1904.2 del TLCAN.

⁸³ Como ya quedó establecido en el capítulo anterior, el Principio de Deferencia forma parte de dicho criterio cuando se trate de revisiones a resoluciones emitidas por las autoridades canadienses y estadounidenses.

⁸⁴ La investigación administrativa contra prácticas desleales de comercio internacional, imponga o no, cuotas compensatorias.

autoridad goza de un poder discrecional, éste no tiene el mismo peso legal que la deferencia a la que tienen derecho las autoridades canadienses y estadounidenses.

Es por eso que una de las teorías de esta tesina es que la autoridad mexicana se encuentra en gran desventaja frente a sus contrapartes estadounidense y canadiense. En virtud de que no es posible cambiar alguno de los dos sistemas legales, se sugiere como una solución a tal desequilibrio que los Paneles Binacionales den más peso legal a la facultad discrecional de la autoridad investigadora mexicana, de tal forma que al aplicar el mismo sistema de revisión para las tres Partes se estén utilizando las mismas reglas del juego.

Cabe señalar que no se pretende homogeneizar los tres sistemas en contra de las prácticas desleales, ni tampoco se busca que los Paneles Binacionales se salgan del mandato establecido en el Artículo 1904 del TLCAN. La intención es llamar la atención de los panelistas nacionales de los tres países hacia un equilibrio en la medida utilizada para revisar a cualquiera de las tres autoridades, aplicando la legislación de la Parte importadora con todo lo que ello implica, observando la facultad de discrecionalidad otorgada a la autoridad mexicana para efecto de la aplicación de la legislación en la materia.⁸⁵

Ahora bien, es importante enfatizar que tanto el Principio de Deferencia como la facultad discrecional administrativa tienen limitaciones y el Panel debe aplicarlos con mucha cautela para evitar que se conviertan en medidas arbitrarias de parte de las autoridades administrativas, y representen un argumento legal para no dar cumplimiento a las órdenes indicadas por los Paneles Binacionales en cada uno de los casos de revisión. Precisamente esta preocupación es la que conduce al segundo punto de este Capítulo.

⁸⁵ El Doctor Gustavo Vega afirma que el criterio de revisión debería ser equivalente a fin de garantizar que los exportadores reciban un trato similar. VEGA CANOVAS. Op cit. Pág. 68-69.

III.2. El principio de deferencia como argumento para no cumplir las decisiones de los Paneles Binacionales

Una vez que el Panel Binacional ha revisado una resolución final en los puntos reclamados por las partes, con base en las pruebas que obran en el expediente administrativo, tiene dos opciones: puede confirmar la resolución de la autoridad, o puede devolverla para “que se adopten medidas no incompatibles con su decisión.”⁸⁶ Se espera que cuando el Panel devuelve la resolución, la autoridad investigadora cumpla con lo ordenado por él dentro del plazo fijado en su decisión final, considerando la complejidad de las cuestiones de hecho y de derecho implicadas, así como la naturaleza del fallo del panel.

Cabe señalar que el Panel Binacional está integrado por expertos, con dominio y experiencia en materia de prácticas desleales de comercio internacional de los dos países involucrados en la controversia sujeta a solución.

El mismo Tratado, en su Artículo 1904.8 señala que en caso de que se requiera “revisar la medida adoptada en cumplimiento de la devolución por la autoridad investigadora competente, esa revisión se llevará a cabo ante el mismo panel, el que normalmente emitirá un fallo definitivo dentro de los noventa días siguientes a la fecha en que dicha medida le haya sido sometida.” Continúa el mismo Artículo diciendo que “el fallo de un panel en los términos de este artículo será obligatorio para las Partes implicadas con relación al asunto concreto entre esas Partes que haya sido sometido al panel.”⁸⁷

⁸⁶ Artículo 1904.8 del TLCAN.

⁸⁷ Artículo 1904.8 y 1904.9 del TLCAN.

El hecho de que el Panel no pueda rechazar o anular una resolución,⁸⁸ y que deba dar la oportunidad a la autoridad de que ponga dicha resolución en consistencia con la orden del Panel ha suscitado que en algunas revisiones el Panel Binacional, en cumplimiento con lo establecido el Artículo 1904.8, devuelva la resolución a la autoridad investigadora para que esta adopte las medidas no incompatibles con la Orden del Panel más de una vez. El principal argumento de la autoridad para no dar cumplimiento es que el Panel, al igual que el tribunal judicial, le debe conceder deferencia a su experiencia y conocimiento técnico en la materia. Esto lleva al Panel a caer en un círculo vicioso de devoluciones-incumplimientos-devoluciones. Estos son algunos ejemplos:

En el caso de Tubo de Acero con costura, de sección circular, sin alear procedente de México, el panel, por decisión unánime, devolvió la determinación a la agencia estadounidense en tres ocasiones. Finalmente, por decisión unánime, confirmó el tercer informe de devolución. En este caso se pedía a la autoridad investigadora que determinara si cierto producto se consideraba como “hecho a la medida”. En la tercera y última decisión, el Panel finalmente concluye que “la evaluación final de dichas características es un ejercicio que bien cabe dentro de la experiencia del Departamento, a la cual el Panel le debe una deferencia sustancial.”⁸⁹

El Panel que revisó la resolución de Cemento gray, portland y clinker, procedentes de México (Resultados finales de la séptima revisión administrativa por *dumping* por parte), en su primera devolución, por decisión unánime, confirmó parte de la resolución del Departamento de Comercio, devolviéndole otra parte. En la

⁸⁸ En las primeras revisiones de Paneles en México se dio una fuerte discusión en relación a las facultades del Panel, ya que la legislación aplicable permitía al tribunal revisor anular la resolución. El Panel que revisó la resolución de placa en hoja interpretó que dicha legislación lo facultaba a anular la resolución, más allá del texto del Artículo 1904.8 del TLCAN. El Panel que revisó el caso de poliestireno también concluyó que tenía más facultades que las expresadas en el Tratado. En ese mismo periodo el Panel que resolvió el caso de aceros planos recubiertos determinó que su criterio de revisión estaba delimitado por el Artículo 1904.8.

⁸⁹ USA-MEX-98-1904-05. 7 de junio de 2004. Pág. 4 (versión en inglés).

segunda devolución, el panel, con tres opiniones en contra para algunas cuestiones, nuevamente confirmó parte del informe de devolución de la agencia, pero volvió a devolver otra parte. En la tercera devolución, con dos opiniones en contra, volvió a confirmar una parte del informe, devolviendo otra parte. En la cuarta devolución, con dos opiniones en contra, nuevamente devolvió el informe al Departamento. Finalmente, en una quinta decisión del Panel, se emitió el fallo final confirmando la nueva determinación.⁹⁰ En la cuarta devolución el Panel hace afirmaciones en relación con el deliberado incumplimiento de la autoridad investigadora:

“El razonamiento del DOC para no cumplir las instrucciones específicas del Panel es falso y sin sentido. Por consiguiente, este Panel encuentra particularmente perturbadora la decisión del DOC de desobedecer deliberadamente las instrucciones de este Panel. Este Panel devuelve el Tercer Informe de Devolución al DOC y lo instruye a apegarse estrictamente y a implementar al pie de la letra las instrucciones establecidas en la Segunda Decisión en Devolución del Panel del TLCAN.”⁹¹

La deliberada negativa de la autoridad investigadora estadounidense se hace evidente en este caso. Cabe resaltar que las decisiones de los Paneles Binacionales tienen la misma fuerza obligatoria que una decisión judicial de un tribunal del país importador, es decir, del país de la autoridad investigadora. Hay que recordar lo señalado en el párrafo 1 del Artículo 1904 del TLCAN: “1. Según se dispone en este artículo, 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.” Así mismo, el párrafo 9 del citado artículo indica que “el fallo de un panel en los términos de este artículo será obligatorio para las Partes implicadas con relación al asunto concreto entre esas Partes que haya sido sometido al panel.”

⁹⁰ USA-MEX-99-1904-03. Primera devolución del 30 de mayo de 2002, Segunda devolución del 11 de abril de 2003, tercera devolución del 4 de septiembre de 2003, cuarta devolución del 25 de noviembre de 2003, y decisión final del Panel confirmando del 22 de enero de 2004.

⁹¹ USA-MEX-99-1904-03. 25 de noviembre de 2003. Pág. 4.

En esta misma decisión, la opinión disidente de los Panelistas Joelson y Kennedy hace referencia a las limitantes que tiene la autoridad al aplicar su facultad discrecional:

“Aún cuando la disposición 19 U.S.C. ' 1675 (h) confiere cierta facultad discrecional al DOC, para determinar cuáles errores puede corregir como "ministeriales", la autoridad del DOC en este punto no es "ilimitada" y está limitada a la corrección de errores que pudieran haber pasado inadvertidos o simplemente se basan en un descuido. Geneva Steel v. United States, 914 F. Supp. 563, 607-08 (Ct. Int'l Trade 1996); Fabrique de Fer Charleroi SA v. United States, 166 F. Supp. 2d 593, 607 (Ct. Int'l Trade 2001. El intento extemporáneo del DOC de cambiar su curso aquí, al aplicar un solo cálculo de margen para las dos empresas, no cumple este criterio.”⁹²

Es decir, aún cuando la autoridad investigadora estadounidense goza del privilegio que le da la facultad discrecional, no debe utilizarla de manera indiscriminada, y ciertamente, la intención de la misma no debe ser que la autoridad se escude en ella como una abierta excusa para no dar cumplimiento a las órdenes del Panel, que, como ya se ha dicho, tienen la misma fuerza que una orden judicial.

En la revisión ante Panel de la resolución final sobre Magnesio procedente de Canadá (Resultados finales de la revisión administrativa por dumping), el Panel, por decisión unánime, devolvió la determinación a la agencia en tres ocasiones. Finalmente, en una cuarta decisión, el Panel emitió su fallo final confirmando la decisión del Departamento de Comercio de los Estados Unidos.⁹³ Decisión que fue impugnada ante un Comité de Impugnación Extraordinaria (CIE) en 2004, alegando que el Panel se había excedido de sus facultades.⁹⁴

⁹² USA-MEX-99-1904-03. 25 de noviembre de 2003. Opiniones de los Panelistas Joelson y Kennedy en Coincidencia y Disidencia Parcial con la Opinión de la Mayoría. Pág. 10.

⁹³ USA-CDA-2000-1904-06. 14 de agosto de 2003.

⁹⁴ ECC-2003-1904-01. 7 de octubre de 2004.

Dicho Comité hizo un exhaustivo análisis acerca de la procedencia de esta impugnación, concluyendo que aun cuando el Panel se había excedido en sus facultades, este error no causaba ningún perjuicio, por lo que confirmó la decisión del Panel, no sin antes hacer referencia a la negativa de la autoridad investigadora de dar cumplimiento a las múltiples devoluciones del Panel. En el párrafo 41 de la decisión del CIE, éste señala que:

“41. El CIE esperaría que, como parte de la resolución en devolución, Comercio observara la historia de todas estas devoluciones como un todo, y llevara a cabo la revisión completa deseada por el Panel y que este caso demanda. Pareciera un ejercicio inútil para Comercio el hecho de implementar una decisión que sabe que está mal. Comercio podría, y desde nuestro punto de vista, debería ejercer su facultad discrecional (en interés de resolver este asunto de una vez por todas) [...]”⁹⁵

En el caso de Productos tubulares de región petrolífera (resultados finales de la revisión administrativa) el Panel emitió, de forma unánime, cuatro decisiones confirmando parcialmente la resolución del Departamento de Comercio, y devolviendo otra parte. Finalmente, en una quinta decisión, el Panel confirmó la resolución en devolución. Pero una vez más, esta decisión hace una reflexión en torno al repetido incumplimiento de parte de la autoridad estadounidense y sus límites en la aplicación del Principio *Chevron*.⁹⁶

“La Corte de Apelaciones de los E.E.U.U. para el Circuito Federal ha sostenido que las interpretaciones de disposiciones legales de Comercio enunciadas en una determinación administrativa tienen “derecho a deferencia bajo *Chevron*” [...] Y los reglamentos del Departamento adoptados conforme a notificación y legislación comentada también están sujetos a un alto grado de deferencia [...] No obstante, un panel debe “asegurarse que la agencia ha dado

⁹⁵ ECC-2003-1904-01. 7 de octubre de 2004. Pág. 11 (traducción libre).

⁹⁶ USA-MEX-2001-1904-03. Primera decisión del 8 de febrero de 2006, Segunda decisión del 28 de julio de 2006, Tercera decisión del 17 de enero de 2007, Cuarta decisión del 1° de junio de 2007, y finalmente, Quinta decisión confirmando la resolución en devolución del 19 de julio de 2007 (esta decisión aparece referida en la página web del Secretariado, pero no está publicada).

consideración razonable a todos los hechos materiales y argumentos” y que Comercio ha explicado cómo se relacionan sus conclusiones legales con los hechos en el expediente [...] La agencia debe “examinar los datos relevantes y elaborar una explicación satisfactoria de sus actos, incluyendo la relación racional entre los hechos encontrados y las decisiones tomadas”. [...]

Adicionalmente, cuando una agencia requiere llenar los vacíos en una ley, ésta debe actuar de manera consistente con el propósito subyacente de la ley que tiene a su cargo administrar. Un panel revisor debe “rechazar interpretaciones administrativas, dictadas ya sea por adjudicación o por su facultad reguladora, que sean inconsistentes con el mandato legal o que frustren la política que el Congreso buscaba implementar.” [...] Finalmente, la corte revisora tiene el poder de definir los parámetros sobre lo que debe considerar una agencia administrativa en una devolución en particular. [...] La agencia no tiene “poder o autoridad” para desviarse de la orden de devolución de una corte [...]. *(énfasis añadido)*

Esta primera parte hace un análisis de cómo debe aplicarse el principio de deferencia a la luz de las limitaciones que el propio derecho estadounidense ha establecido para su correcto funcionamiento. Es de señalarse que el propio Panel indica que dentro de esa facultad discrecional, la autoridad administrativa no tiene poder o autoridad para incumplir la orden de devolución de una corte. Sin embargo, esta misma decisión continúa haciendo referencia los límites que tiene una corte revisora, en este caso el Panel Binacional, para devolver la resolución a la autoridad investigadora cuando se ha encontrado que ésta no se encuentra fundada en evidencia sustancial en el expediente.

El Circuito Federal y la CIT han empezado a delinear los límites de la autoridad concedida por el 19 U.S.C. § 1516a(b)(1)(B) a las cortes revisoras para ordenar a la Autoridad Investigadora a emitir determinaciones negativas. Después de declarar que ‘bajo el [19 U.S.C. § 1516a(b)(1)(B)], la Corte de Comercio Internacional debe revertir cualquier determinación, fallo o conclusión encontrada como ‘no apoyada en evidencia sustancial en el expediente,’ el Circuito Federal ha establecido que “puede ser correcto que la corte de comercio puede

enfrentarse a una... determinación que no se encuentra apoyada en evidencia sustancial, y por ello, una devolución sería 'inútil.' [...]⁹⁷

En la misma decisión del Panel Binacional que revisó la resolución de productos tubulares de región petrolífera, se analiza la utilidad real de devolver una decisión cuando ha quedado demostrado que no se encuentra fundada en evidencia en el expediente. Es decir, qué sentido tiene devolver una resolución que se sabe que no puede ser modificada en virtud de que no se cuenta con las bases necesarias para ello.

Considerando que el Panel Binacional no tiene facultades de anulación, su única opción en este caso es devolver la resolución para que la autoridad tome las medidas compatibles con la decisión. La cuestión es que después de varias devoluciones, la autoridad insiste en seguir emitiendo la resolución sin considerar los órdenes del Panel, convirtiendo al sistema de revisión previsto en el Artículo 1904 en un círculo sin fin y obligando al Panel a confirmar una resolución, aún sabiendo que esa resolución no "estuvo de conformidad con las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias de la Parte importadora".⁹⁸

La decisión de productos tubulares de región petrolífera hace referencia, a su vez, a la orden del Comité de Impugnación Extraordinaria que revisó la decisión del Panel Binacional que revisó la resolución de madera suave, y que se enfrentó al mismo problema de desobediencia intencional de parte de la autoridad investigadora, escudándose, una vez más, en el principio de deferencia.

"En el caso de (CIE) *Daño a Madera Suave*, el Panel del TLCAN se percató que sería inútil devolver a la ITC la determinación positiva de amenaza de daño por tercera ocasión, debido a que (1) el expediente no podría fundamentar una determinación afirmativa de amenaza; y (2) la ITC había demostrado una falta de intención de respetar la facultad revisora del Panel de Capítulo 19, al emitir resoluciones en devolución

⁹⁷ USA-MEX-2001-1904-03.

⁹⁸ Artículo 1904.2 del TLCAN.

positivas que continuaban basándose en evidencia que el Panel ya había determinado como insuficiente. El Panel concluyó que el devolver el caso una vez más hubiera sido una formalidad ociosa e inútil'.

[...] indicamos a Comercio que no confirmaríamos la Cuarta Redeterminación del Departamento si éste continuaba siendo irrespetuoso de la facultad revisora del Panel [...] emitiendo determinaciones positivas en la devolución, las cuales no pueden ser apoyadas por el expediente y por continuar basándose en evidencia que el Panel ya ha sostenido como insuficiente. Comercio ha emitido tal determinación en devolución.⁹⁹ (*énfasis añadido*)

El resultado de la constante negativa de parte de la autoridad investigadora estadounidense va más allá de forzar al Panel Binacional a emitir una orden confirmando una resolución que se sabe y se demuestra como infundada e ilegal. El efecto de la actitud irrespetuosa hacia la fuerza obligatoria de las decisiones del Panel es poner en entredicho el correcto funcionamiento del sistema de revisión ante Paneles Binacionales del Artículo 1904 del TLCAN, recordando además, que una de las ventajas del procedimiento arbitral en general es la rapidez en la resolución de los casos. Característica que se ve seriamente afectada por esta interminable serie de devoluciones inútiles, tal como se señala en la decisión analizada:

[...] Han transcurrido al menos seis años desde el inicio de esta revisión quinquenal. Durante este periodo, Comercio ha emitido cinco resoluciones, ninguna de ellas ha estado fundada en evidencia sustancial en el expediente y por lo tanto no han sido acordes a la legislación antidumping de los Estados Unidos [...] ha sido irrespetuoso de la facultad revisora del Panel [...] al emitir una cuarta resolución afirmativa en devolución, la cual no está fundada en evidencia sustancial en el expediente y continúa apoyándose en evidencia que el Panel ya ha señalado previamente como insuficiente.

[...] Sus repetidos intentos de evadir el análisis fundado en los hechos del caso y en la legislación estadounidense, junto con la evidencia en el expediente, llevan al Panel a asumir que Comercio no puede emitir una determinación afirmativa razonable de probabilidad de recurrencia o

⁹⁹ USA-MEX-2001-1904-03.

continuación de la discriminación de precios. Por consiguiente, conceder una solicitud de devolución del caso y de la resolución para tomar acciones consistentes con la opinión del Panel, sería una formalidad ociosa e inútil, la cual debilitaría el mandato del Panel para revisar la resolución de Comercio de manera expedita."¹⁰⁰ (*énfasis añadido*)

Estos son solo algunas decisiones en las que los Paneles Binacionales han abordado el tema de la deferencia que debe concederse a las autoridades investigadoras, y los límites necesarios para el debido funcionamiento de la facultad revisora de los Paneles, haciendo evidente el indiscriminado abuso del poder discrecional de algunas autoridades administrativas, lo que pone en entredicho la eficacia de este mecanismo de solución de controversias, que en la mayoría de los casos ha tenido resultados exitosos.

Es preciso implementar medidas que salvaguarden el debido funcionamiento del sistema de Paneles Binacionales. Como ya se ha dicho, estos órganos arbitrales están conformados por especialistas en materia de prácticas desleales de comercio internacional. Su experiencia y conocimiento en la materia permiten un análisis profundo y detallado de cada caso, resolviendo en menor tiempo que en el que lo haría un tribunal judicial.

Con la simple lectura de las decisiones anteriormente referidas es lógico concluir que el abuso del principio de deferencia de parte de la autoridad estadounidense, va más allá de ser un problema legal, ya que, como se ha demostrado a lo largo de esta tesina, dicho principio solo es aplicable teniendo en consideración las limitantes señaladas por la propia legislación; sin embargo, eso no ha bastado para que los Paneles Binacionales hagan valer la obligatoriedad de sus fallos.

Es necesario atraer la atención de los gobiernos de los tres países socios del TLCAN hacia esta constante falta de cumplimiento de los compromisos

¹⁰⁰ USA-MEX-2001-1904-03. 1° de junio de 2007. Última parte.

acordados en el Artículo 1904 del mismo, para que tomen las medidas pertinentes en el marco de las obligaciones adquiridas.

Por otra parte, el conocimiento de los límites legales en cada una de las tres legislaciones de parte de los panelistas ayudará a guiar a las autoridades en el debido cumplimiento de las indicaciones de los Paneles Binacionales en devolución, siempre y cuando exista, claro, la voluntad de respetar la obligatoriedad de las decisiones de los Paneles.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Los Paneles Binacionales establecidos de conformidad con el artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte son cuerpos arbitrales *sui generis* que sustituyen a los tribunales judiciales de la Parte importadora, debiendo aplicar la legislación y principios generales de derecho que dichos tribunales aplicarían en una revisión similar.

SEGUNDA. Al revisar las resoluciones finales de las autoridades administrativas estadounidenses y canadienses los Paneles Binacionales deben aplicar el principio de deferencia, con las limitaciones señaladas por la legislación y los precedentes judiciales aplicables en cada país.

TERCERA. Si bien es cierto que en México no es aplicable el principio de deferencia, ya que es una figura propia del *common law*, también es cierto que las autoridades administrativas mexicanas gozan de la “facultad discrecional” que les da la legislación en su materia, con las limitaciones legales correspondientes, por lo que ambas figuras pueden considerarse como equivalentes.

CUARTA. Si los Paneles Binacionales consideraran la facultad discrecional de la autoridad investigadora mexicana de la misma forma en que consideran la deferencia debida a las autoridades canadienses y estadounidenses, estarían poniendo en un mismo nivel de exigencia, con reglas equitativas, al sistema de revisión aplicable a los tres países socios del TLCAN.

QUINTA. El análisis de los casos de revisión ante Paneles Binacionales resueltos en el marco del Artículo 1904 del TLCAN demuestran un evidente abuso de parte de las autoridades investigadoras estadounidenses en la invocación del principio de deferencia como un mecanismo para eludir el cumplimiento de las órdenes del Panel.

SEXTA. El abuso del poder discrecional de las autoridades administrativas estadounidenses pone en riesgo la eficacia del sistema de revisión ante Paneles

Binacionales del TLCAN, que en la mayoría de los casos ha tenido resultados exitosos.

SÉPTIMA. Los Panelistas que tengan a su cargo la revisión de resoluciones definitivas deben aplicar con extrema precaución el principio de deferencia a las decisiones tomadas por las autoridades administrativas, haciendo cumplir las condiciones y limitaciones fijadas por los propios sistemas jurídicos de Estados Unidos y Canadá, a efecto de evitar el abuso en la invocación de dicho principio de parte de las autoridades administrativas.

OCTAVA. Los gobiernos de los tres países socios del TLCAN deben hacer un llamado al cumplimiento de las obligaciones pactadas en el texto del tratado, respetando la obligatoriedad de las decisiones de los Paneles Binacionales.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo. Porrúa. México, 2002.

ARRANZ LARA, Nuria. Resolución de controversias en el Tratado de Libre Comercio: un punto de vista comparativo con otros sistemas de integración. Senado de la República. LIX Legislatura. Comisión de Bibliotecas y Asuntos Editoriales. México, 2000.

BLACK, Henry. Black's Law Dictionary. Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern. West Publishing Co., 1991.

CRUZ BARNEY, Óscar, Solución de controversias y antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2002.

CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo. El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos. Porrúa. México. 2002.

EISENBERG, Melvin. The Nature of the Common Law. First Harvard University Press. 1991.

GALL, Gerald. The Canadian Legal System. Cit. en MORINEAU, Marta. Una Introducción al Common Law. UNAM-IIJ. México, 2004.

GIESZE, Craig. "El Capítulo XIX del TLCAN" en WITKER, Jorge (Coord.) Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte. UNAM. México. 1997.

HOLMES, Oliver. The Common Law. Transaction Publishers. 2005.

LÉYCEGUI, Beatriz y Rafael FERNÁNDEZ DE CASTRO. ¿Socios Naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. ITAM-Porrúa. México. 2000.

MALPICA DE LA MADRID, Luis. El Sistema Mexicano contra Prácticas Desleales de Comercio Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Porrúa-UNAM. México, 1998.

NAME ALMANZA, Miriam, Los actos discrecionales de la administración Pública Federal y su control jurisdiccional. Tesis. Escuela Libre de Derecho. México, 1999.

SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administrativo. Porrúa. México, 2006.

SERRANO MIGALLÓN, Fernando. "El Mecanismo de Solución de Controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte" en WITKER, Jorge (Coord.) Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte. UNAM. México. 1997.

VEGA CÁNOVAS, Gustavo, et al. México, Estados Unidos y Canadá: Resolución de la Era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte. UNAM, COLMEX, PIERAN. México, 2005.

HEMEROGRAFÍA

ANTONIN SCALIA, *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, 1989 Duke Law Journal 511, 512.

COHEN, Linda R. & Matthew L. SPITZER, "Judicial Deference to Agency Action: A Rational Choice Theory and an Empirical Test" 68 SO. CAL. L. REV. 431 (1996)

COHEN, Linda R. & Matthew L.SPITZER, "Solving the Chevron Puzzle" 57 LAW & CONTEMP. PROBS. 65 (1994).

COLARES, Juscelino F., "Alternative Methods of Appellate Review in Trade Remedy Cases: Examining Results of U.S. Judicial and NAFTA Binational Review of U.S. Agency Decisions from 1989 to 2005". Syracuse University College of Law. August, 2006.

COLARES, Juscelino F., "NAFTA's Double Standards of Review". Wake Forest Law Review, Vol. 42, Spring 2007.

FRIEDENBERG, Edgar Z. *Deference to Authority: The Case of Canada*. Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique. Vol. 14, No. 2 (Jun., 1981), pp. 414-416.

HERMAN, Lawrence L.. "Making Nafta Better, Comments on the Evolution of Chapter 19". Ottawa. Centre for Trade Policy and Law.

LÓPEZ AYLLÓN, Sergio y Héctor FIX FIERRO. "Comunicación entre culturas jurídicas. Los Paneles Binacionales del Tratado de Libre Comercio de América del Norte". Revista de Derecho Privado. Vol. 8. Núm. 23. Mayo-agosto 1997. México.

LÓPEZ AYLLÓN, Sergio. "Comentarios a la resolución del panel binacional sobre las importaciones de placa de acero en hoja, originarios y procedentes de los Estados Unidos de Norteamérica". Revista de Derecho Privado. Año 6. Núm. 18. 1995.

STEPHENSON, Matthew C. "*Mixed Signals: Reconsidering the Political Economy of Judicial Deference to Administrative Agencies*". The Berkeley Electronic Press. paper 130. 2004.

VEGA CÁNOVAS, Gustavo "*Disciplining Anti-dumping in North America: Is NAFTA Chapter Nineteen Serving its Purpose?*" en Arizona Journal of International and Comparative Law Vol 14, No. 2 , 1997, pp. 479-501.

WINHAM, Gilbert. "*Dispute Settlement in NAFTA and the FTA*", en Globerman, Steven (Ed.) *Assesing NAFTA: A Trinational Analysis*. The Frasser Institute. Canadá, 1993.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Decisiones de Paneles Binacionales y Comités de Impugnación Extraordinaria
en: <http://www.nafta-sec-alena.org>

- ◆ Quinta Decisión del Panel Binacional que revisó el caso de productos tubulares de región petrolífera procedentes de México. USA-MEX-2001-1904-03 (mayo, 2007)
- ◆ Decisión del Panel Binacional del caso de Tubo de Acero con costura, de sección circular, sin alear procedente de México. USA-MEX-98-1904-05. 7 de junio de 2004.
- ◆ Decisión del Panel Binacional del caso de Cemento gray, portland y clinker, procedentes de México (Resultados finales de la séptima revisión administrativa por dumping por parte). USA-MEX-99-1904-03. Primera devolución del 30 de mayo de 2002, Segunda devolución del 11 de abril de 2003, tercera devolución del 4 de septiembre de 2003, cuarta devolución del 25 de noviembre de 2003, y decisión final del Panel confirmando del 22 de enero de 2004.
- ◆ Decisión del Panel Binacional del caso de Magnesio procedente de Canadá (Resultados finales de la revisión administrativa por dumping). USA-CDA-2000-1904-06. 14 de agosto de 2003.
- ◆ Decisión del Comité de Impugnación Extraordinaria del caso de Magnesio procedente de Canadá ECC-2003-1904-01. 7 de octubre de 2004.
- ◆ Decisión del Panel Binacional del caso de Productos tubulares de región petrolífera (resultados finales de la revisión administrativa). USA-MEX-2001-1904-03. Primera decisión del 8 de febrero de 2006, Segunda decisión del 28 de julio de 2006, Tercera decisión del 17 de enero de 2007, Cuarta decisión del

1° de junio de 2007, y finalmente, Quinta decisión confirmando la resolución en devolución del 19 de julio de 2007 (esta decisión aparece referida en la página web del Secretariado, pero no está publicada).

- ◆ Decisión del Panel Binacional del caso de Placa en Rollo Originarias y Procedentes de Canadá. Opinión Concurrente de Lucía Reina Antuña y Rodolfo Terrazas Salgado. MEX-CAN-96-1904-02 (diciembre, 1997)
- ◆ Decisión del Panel Binacional del caso de Sosa Cáustica. MEX-CAN-96-1904-02 (2006)

Autoridades Investigadoras

- ◆ *Canada Border Services Agency (Agencia de Servicios Transfronterizos de Canadá)*
<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/>
- ◆ *Canadian International Trade Tribunal*
<http://www.citt.gc.ca/>
- ◆ *International Trade Canada (ITC)*
<http://www.itcan-cican.gc.ca>
- ◆ Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales. Secretaría de Economía.
<http://www.economia.gob.mx/?P=104>
- ◆ *U.S. International Trade Administration*
<http://www.ita.doc.gov>
- ◆ *U.S. International Trade Commission*
<http://www.usitc.gov>

Precedentes Judiciales canadienses consultados en Lexis Nexis Canadá

<http://www.lexisnexis.ca>

- ◆ *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817
- ◆ *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*
- ◆ *Crevier v. Quebec (1981)*
- ◆ *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20.
- ◆ *National Corn Growers v. Canadian Import Tribunal*, 2 S.C.R. 1324. (Suprema Corte de Canadá (1990).
- ◆ *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557.
- ◆ *Stelco v. British Steel Canada, et al.*, [2000] 3 F.C. 282. Corte Federal de Apelaciones (25 de enero de 2000);
- ◆ *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [2002] SCC 1
- ◆ *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F. District 15*, (1997) 1 S.C.R. 487.
- ◆ *U.E.S. Local 298 v. Bibeault*, (1988) 2 S.C.R. 1048.
- ◆ *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982.

<http://www.hri.ca/fortherecordCanada/vol3/casesuresh.htm>
- ◆ *Housen v. Nikolaisen*. [2002] SCC 33.

<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2002/2002scc33/2002scc33.html>
- ◆ *Legal Theory Lexico* 054. Septiembre, 2006

http://lsolum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2006/08/index.html

Precedentes Judiciales estadounidenses consultados en Westlaw
<http://www.westlaw.com>

- ◆ *Chevron, U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

- ◆ *United States v. Mead Corp.*, 121 S.Ct. 2164 (2001) (No. 99-1434, 18 de junio de 2001).
- ◆ *Christensen v. Harris County*, 529 US 576 (2000)
- ◆ *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 US 134 (1944).

Artículos consultados

- ◆ *The Arbitration Review of the Americas 2007. The International Journal of Public and Private Arbitration.*

<http://www.globalarbitrationreview.com/handbooks/1/sections/2/chapters/8/canada>
- ◆ *ROOTHAM, Chris. Are there distinct standards of "Administrative Review"?*

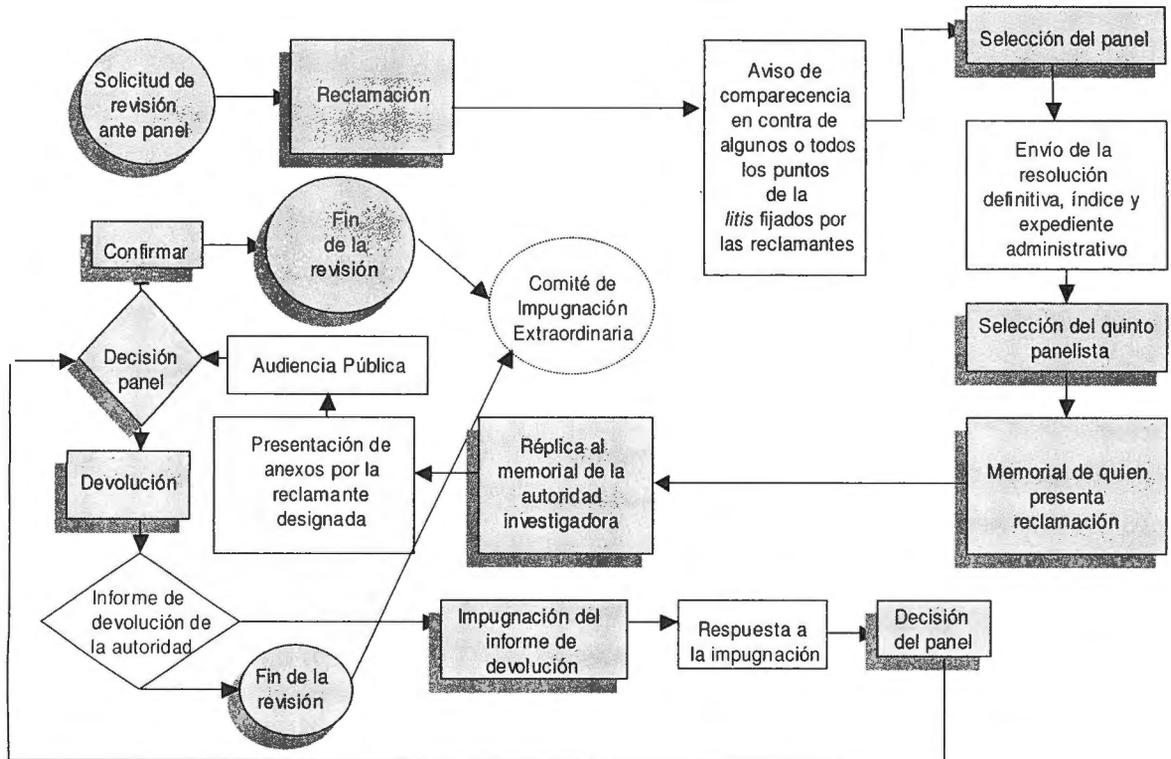
http://www.nelligan.ca/e/pdf/AdministrativeReview_CR.pdf
- ◆ *RICHARD, John. Chief Justice of the Federal Court Of Canada. "Reaction and Reality, the Future of Tribunals in Canada" A Judicial Perspective on the Recent Developments and Future Challenges Facing Canada's Administrative Decision-Makers. Ottawa, Ontario. November 22, 2002.*

http://www.fca-caf.gc.ca/bulletins/speeches/keynote-nov22_e.shtml
- ◆ *LACOBUCCI, Frank. Judicial Deference. Speech to the Conference of Ontario Boards and Agencies, November 19, 1998.*

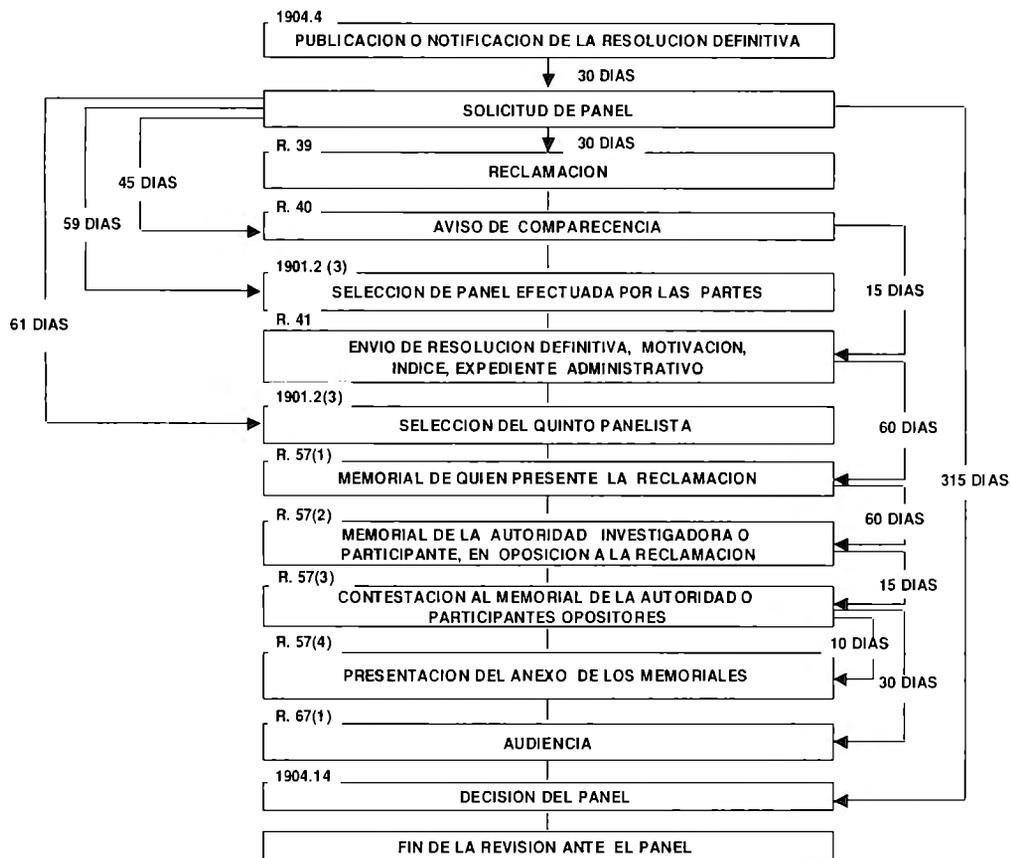
http://www.soar.on.ca/COBA%20Papers/COBA-98_lacobucci.pdf

Anexo 1

Diagrama de flujo del procedimiento de revisión ante panel binacional



*Elaborado por la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales. Secretaría de Economía. 2006.



ANEXO 2

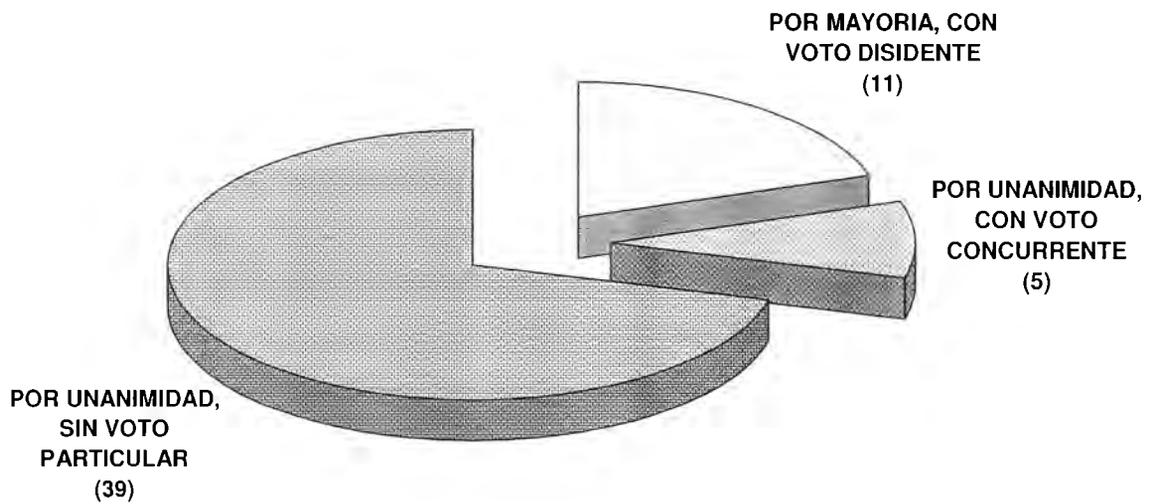
Decisiones de Panel Binacional de Art. 1904 del TLCAN tomadas por unanimidad o mayoría

	Caso	Unanimidad	Mayoría	con voto particular concurrente o disidente
1.	MEX-94-1904-01	X		
2.	MEX-94-1904-02		X	X
3.	MEX-94-1904-03		X	X
4.	MEX-96-1904-02	X		X
5.	MEX-96-1904-03	X		
6.	MEX-USA-98-1904-01	X		
7.	MEX-USA-00-1904-01	X		
8.	MEX-USA-00-1904-02	X		
9.	MEX-USA-2003-1904-01		X	X
10.	CDA-94-1904-02	X		
11.	CDA-94-1904-03	X		
12.	CDA-94-1904-04	X		
13.	CDA-95-1904-01	X		
14.	CDA-95-1904-04	X		
15.	CDA-97-1904-01	X		
16.	CDA-97-1904-02	X		X
17.	CDA-USA-98-1904-01	X		
18.	CDA-USA-98-1904-02	X		
19.	CDA-USA-98-1904-03	X		
20.	CDA-USA-2000-1904-01	X		
21.	CDA-USA-2000-1904-02	X		
22.	CDA-USA-2000-1904-03	X		
23.	CDA-USA-2000-1904-04	X		X
24.	USA-94-1904-01	X		
25.	USA-94-1904-02	X		
26.	USA-95-1904-01	X		X
27.	USA-95-1904-02	X		
28.	USA-95-1904-03	X		X
29.	USA-95-1904-04	X		
30.	USA-95-1904-05	X		
31.	USA-97-1904-01		X	X
32.	USA-97-1904-02		X	X
33.	USA-97-1904-03	X		
34.	USA-97-1904-07	X		
35.	USA-CDA-98-1904-01		X	X
36.	USA-MEX-98-1904-02	X		
37.	USA-CDA-98-1904-03	X		
38.	USA-MEX-98-1904-05	X		
39.	USA-MEX-99-1904-03	X		
40.	USA-CDA-2000-1904-06	X		
41.	USA-CDA-2000-1904-07	X		
42.	USA-CDA-2000-1904-09		X	X
43.	USA-MEX-2000-1904-10	X		
44.	USA-CDA-2000-1904-11		X	X
45.	USA-MEX-2001-1904-03	X		
46.	USA-MEX-2001-1904-05	X		
47.	USA-MEX-2001-1904-06	X		
48.	USA-CDA-2002-1904-02	X		
49.	USA-CDA-2002-1904-03	X		
50.	USA-CDA-2002-1904-07	X		
51.	USA-CDA-2002-1904-09	X		
52.	USA-CDA-2003-1904-02		X	X
53.	USA-CDA-2003-1904-05	X		

54.	USA-CDA-2003-1904-06		X	X
55.	USA-CDA-2006-1904-04		X	X

*Basado en datos publicados por el Secretariado del TLCAN, en <http://www.nafta-sec-alena.org>. Fecha de consulta: 30/11/07.

DECISIONES DE PANEL BINACIONAL RESUELTAS POR UNANIMIDAD O MAYORIA (1994-2007)

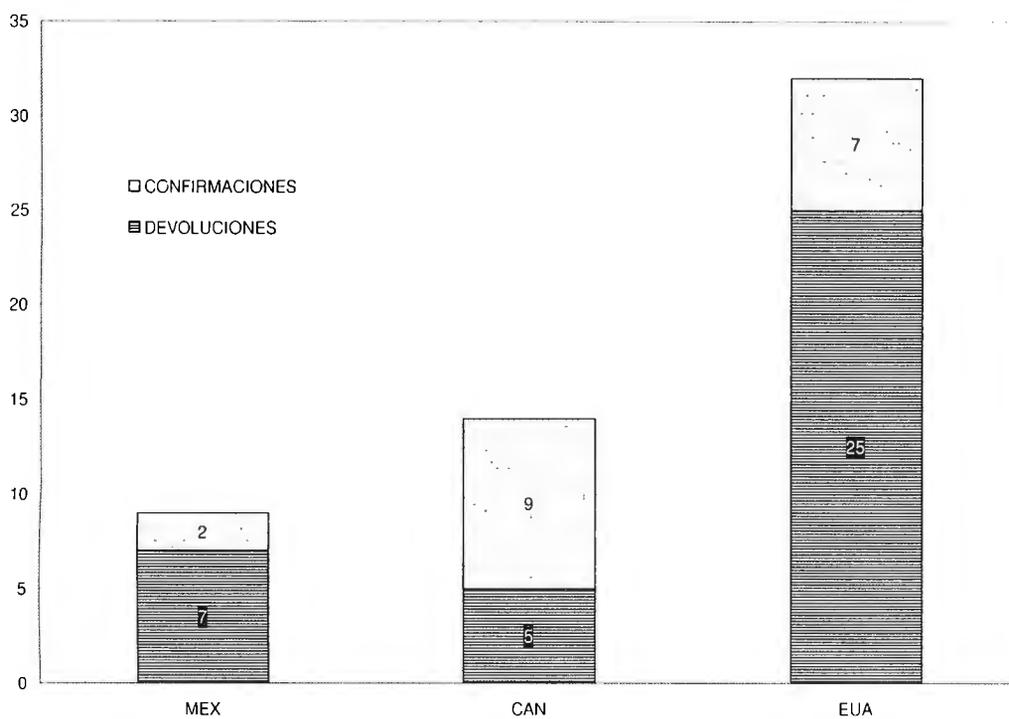


ANEXO 3

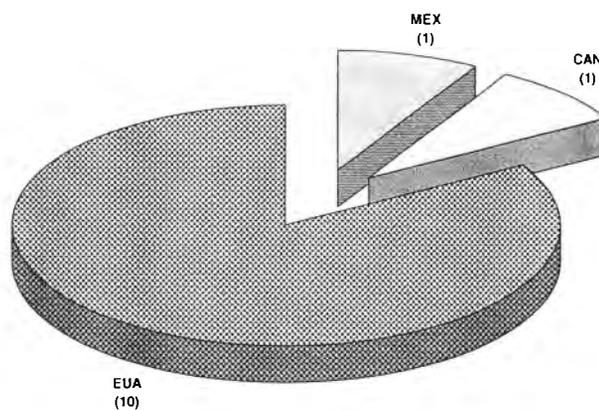
Decisiones de Panel Binacional de Art. 1904 del TLCAN devoluciones y confirmaciones

	Caso	Devolución	Confirmación
56.	MEX-94-1904-01	3	
57.	MEX-94-1904-02	1	
58.	MEX-94-1904-03		X
59.	MEX-96-1904-02		X
60.	MEX-96-1904-03	1	
61.	MEX-USA-98-1904-01	2	
62.	MEX-USA-00-1904-01	2	
63.	MEX-USA-00-1904-02	2	
64.	MEX-USA-2003-1904-01	1	
65.	CDA-94-1904-02	1	
66.	CDA-94-1904-03	2	
67.	CDA-94-1904-04		X
68.	CDA-95-1904-01		X
69.	CDA-95-1904-04	1	
70.	CDA-97-1904-01		X
71.	CDA-97-1904-02	2	
72.	CDA-USA-98-1904-01		X
73.	CDA-USA-98-1904-02		X
74.	CDA-USA-98-1904-03		X
75.	CDA-USA-2000-1904-01	3	
76.	CDA-USA-2000-1904-02		X
77.	CDA-USA-2000-1904-03		X
78.	CDA-USA-2000-1904-04		X
79.	USA-94-1904-01	1	
80.	USA-94-1904-02		X
81.	USA-95-1904-01		X
82.	USA-95-1904-02		X
83.	USA-95-1904-03		X
84.	USA-95-1904-04	1	
85.	USA-95-1904-05	1	
86.	USA-97-1904-01	2	
87.	USA-97-1904-02		X
88.	USA-97-1904-03	3	
89.	USA-97-1904-07	1	
90.	USA-CDA-98-1904-01	1	
91.	USA-MEX-98-1904-02	2	
92.	USA-CDA-98-1904-03	1	
93.	USA-MEX-98-1904-05	4	
94.	USA-MEX-99-1904-03	4	
95.	USA-CDA-2000-1904-06	3	
96.	USA-CDA-2000-1904-07	2	
97.	USA-CDA-2000-1904-09	3	
98.	USA-MEX-2000-1904-10	1	
99.	USA-CDA-2000-1904-11	2	
100.	USA-MEX-2001-1904-03	5	
101.	USA-MEX-2001-1904-05	3	
102.	USA-MEX-2001-1904-06		X
103.	USA-CDA-2002-1904-02	4	
104.	USA-CDA-2002-1904-03	6	
105.	USA-CDA-2002-1904-07	3	
106.	USA-CDA-2002-1904-09	2	
107.	USA-CDA-2003-1904-02		X
108.	USA-CDA-2003-1904-05	1	
109.	USA-CDA-2003-1904-06	2	
110.	USA-CDA-2006-1904-04	1	

**DECISIONES DE PANEL BINACIONAL
(1994-2007)**



**DECISIONES DE PANEL BINACIONAL CON MAS DE 2
DEVOLUCIONES
(1994-2007)**



Nota: Algunos de estos casos en devolución aún se encuentran activos.

Basado en datos publicados por el Secretariado del TLCAN, en <http://www.nafta-sec-alena.org>. Fecha de consulta: 30/11/07.