8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 213

Donald McRae & John Siwiec***

Solución de Controversias del TLCAN: ¿Éxito o fracaso?

SUMARIO: I. Introducción. II. Orígenes del sistema de solución de controversias del TLCAN. III. Disposiciones del sistema de solución de controversias del TLCAN. IV. El advenimiento de la OMC. V. Sistema de solución de controversias del TLCAN: Una evaluación. VI. Interrelación de los procesos de solución de controversias de la OMC y el TLCAN. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. Introducción

Una característica particular del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)[1] es el hecho de que incluye disposiciones muy completas sobre la solución de controversias. Negociado en un momento en que dicho mecanismo lograba una importancia considerable en la Ronda de Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, y basándose en la experiencia del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y los Estados Unidos (TLC)[2], el TLCAN fue en muchos aspectos un modelo para la solución de controversias en los acuerdos regionales de libre comercio, siendo algo muy novedoso también. No sólo contaba con una disposición general para la solución de conflictos (Capítulo 20), sino que también presentaba un acuerdo especial para casos de cuotas antidumping y derechos compensatorios (Capítulo 19), y una disposición para controversias relativas a inversiones, permitiendo a los inversionistas extranjeros demandar a las Partes del TLCAN (Capítulo 11). El TLCAN fue establecido como un tratado de libre comercio integral y esto se refleja en sus disposiciones relativas a su mecanismo de solución de controversias.

* Donald McRae, Profesor Hyman Soloway de Negocios y Derecho Mercantil, Universidad de Ottawa. ** John Siwiec, B.A. (McGill), LL.B. (Ottawa), candidato a LL.L. por la Universidad de Ottawa.

[1] Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre el Gobierno de Canadá, el Gobierno de México y el Gobierno de Estados Unidos, 17 de diciembre de 1992, EE.UU.-Can.-Mex., (1993) 32 I.L.M. 289 (entró en vigor el 1 de enero de 1994) [en lo sucesivo TLCAN].

[2] Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos, 2 de enero de 1985 (1985) 27 I.L.M. 281 (entró en vigor el 12 de octubre de 1987) [en lo sucesivo TLC].

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 214

Después de 15 años de experiencia con las disposiciones del TLCAN respecto a la solución de controversias, ¿puede decirse que han funcionado con eficacia, ya sea tal cual fueron concebidas por los negociadores o a su manera, independientemente de la intención de la negociación? A través del presente artículo vamos a abordar esta cuestión. Nuestro trabajo se centrará principalmente en los procesos de los Capítulos 19 y 20, pero también daremos alguna consideración al Capítulo 11. Vamos a reflexionar sobre el origen de estas disposiciones y la forma en que se vieron afectados por la aparición del sistema de solución de controversias de la OMC. Observaremos los problemas que han surgido debido a su aplicación y cómo muchos de estos siguen sin solucionarse. Sin embargo, también debemos demostrar que en ciertos aspectos, la solución de controversias del TLCAN ha sido activa y exitosa en el tratamiento de determinados tipos de controversias en el ámbito del Tratado. De hecho, algunas de las críticas de los procesos del TLCAN se basan en la suposición de que esos procesos deben hacer cosas que no son capaces de hacer.

Concluiremos con algunas reflexiones acerca de las disposiciones relativas a la solución de controversias en los acuerdos comerciales regionales y los conflictos emergentes entre estos y los sistemas multilaterales sobre nuestra materia de estudio.

II. Orígenes del sistema de solución de controversias del TLCAN

El sistema de solución de controversias del TLCAN se basó en parte en las disposiciones establecidas por el TLC. En muchos aspectos, el TLCAN era una extensión a México de lo que había sido previsto en el tratado entre Canadá y Estados Unidos, con nuevas disposiciones en ciertas áreas, particularmente en materia de inversión. Sin embargo, la solución de controversias en el marco del TLC estaba diseñada específicamente para la relación entre los dos socios principales. De hecho, gran parte del incentivo para la solución de controversias autónoma fue el problema insoluble de la Madera Blanda. El TLC sería el medio para resolver ese problema.

El Capítulo 18 del TLC incluía un proceso tipo GATT, diluido del objetivo de Canadá de tener un tribunal de comercio integral, y el Capítulo 19 contenía una disposición que respondía al deseo de Canadá de sustraerse completamente de la aplicación de la ley de remedio comercial de EE.UU. Además, proveyó para las revisiones relativas a la resolución definitiva sobre cuotas antidumping (AD) y derechos compensatorios, un panel binacional de conformidad con los estándares de revisión del derecho interno de la Parte importadora. Dado que una preocupación de Canadá era que los organismos y los tribunales de

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 215

Estados Unidos no estaban ni siquiera aplicando sus propias medidas de antidumping y derechos compensatorios correctamente, la revisión ante un panel binacional – dejándola, al menos en parte, en manos de no nacionales – fue vista como una concesión importante para Canadá.[3]

En muchos aspectos, el Capítulo 18 y 19 del TLC fueron bastante exitosos y se utilizaron activamente.[4] En los 6 años de duración del TLC hubo 5 controversias bajo el Capítulo 18, y 33 bajo el Capítulo 19.[5] Aún así, las dificultades que aparecieron posteriormente en el TLCAN ya se encontraban presentes en el TLC. Estás incluían problemas para llegar a un acuerdo sobre los miembros de los paneles, desacuerdos sobre la aplicación del estándar interno de revisión en los casos del Capítulo 19, conflictos de intereses y problemas de aplicación. Algunas de estas dificultades giraban en torno a la controversia sobre la Madera Blanda, que sigue sin resolverse, y sobre algunas decisiones de los paneles que fueron objeto de "revisión extraordinaria" en tres ocasiones.[6] Muchos de estos problemas se trasladaron al TLCAN.

III. Disposiciones del sistema de solución de controversias del TLCAN

Existen tres principales procesos de solución de controversias en el TLCAN - un proceso de Estado a Estado (Capítulo 20), un proceso de revisión de cuotas de AD y derechos compensatorios (Capítulo 19), y un mecanismo para la solución de controversias en materia de inversión (Capítulo 11). Nos ocuparemos de cada uno de estos a continuación.

(i) Capítulo 20

El Capítulo 20 del TLCAN se modelo de forma muy parecida al Capítulo 18 del TLC. Se aplica a las controversias entre las Partes (los Estados) sobre "la interpretación o aplicación" del Tratado, así como cuando una Parte afirma que ha

[3] *Ver* Michael Hart, Bill Dymond & Colin Robertson, *Decision at Midnight: Inside the Canada-U.S. Free-Trade Negotiations* (Vancouver: UBC Press, 1994) en 171.

[4] *Ver* William Davey, *Pine & Swine – Canada-United States Trade Dispute Settlement: The FTA Experience and NAFTA Prospects* (Ottawa: Centre for Trade Law and Policy, 1997).

[5] Para una lista completa ver NAFTA Secretariat, "Decisions and Reports", <http://www.nafta-sec-alena.org/en/DecisionsAndReports.aspx?x=312>.

[6] *Fresh, Chilled or Frozen Pork from Canada*, ECC-91-1904-01 USA (14 de junio de 1991); *Live Swine From Canada*, ECC-93-1904-01 USA (8 de abril de 1993); y, *Certain Softwood Lumber Products from Canada*, ECC-94-1904-01 USA (3 de agosto de 1994).

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 216

habido anulación o menoscabo de un beneficio que esperaba recibir bajo cualquier disposición del Tratado.[7]

Si las consultas entre las Partes no son exitosas el asunto puede presentarse a una Comisión de Libre Comercio, y a petición de una de las Partes consultantes se podrá integrar un panel arbitral compuesto de 5 miembros.[8] Cada Parte contendiente elige dos individuos ciudadanos de la otra parte contendiente y ambos llegan a un acuerdo sobre la designación del presidente del panel,[9] quien normalmente no será ciudadano de ninguna de las dos Partes.

A diferencia del TLC, el TLCAN tuvo que lidiar con la circunstancia de una tercera parte contratante, y por lo tanto el Capítulo 20 contempla tanto la posibilidad de que las tres Partes puedan estar implicadas en un conflicto común, como que la tercera Parte pueda participar en las audiencias, incluyendo la oportunidad de presentar comunicaciones escritas y orales.[10] El informe final del panel arbitral ha de ser la base de un acuerdo entre las Partes sobre la resolución de la controversia, pero en el caso de falta de acuerdo, la Parte reclamante podrá suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente a la Parte demandada, si no implementa la decisión del panel.[11]

El Capítulo 20 estaba destinado a ser una mejora al Capítulo 18 del TLC. El proceso de selección inversa, según el cual cada Parte elige a los ciudadanos de la otra Parte como miembros del panel, y la selección de un presidente, que normalmente no sería nacional de cualquiera de las Partes involucradas en la controversia, fueron diseñados para eliminar cualquier sentimiento de parcialidad en los miembros del panel. Sin embargo, fundamentalmente, el proceso sigue siendo el mismo.

(ii) Capítulo 19

El Capítulo 19 del TLCAN es esencialmente una transcripción del Capítulo 19 del TLC con algunas adaptaciones debido a la adición de México. Su contenido integra la posibilidad de reemplazar la revisión judicial, de las resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias, por la revisión de un panel binacional.[12] Para integrar este panel, cada Parte señala dos miembros y

[7] TLCAN artículo 2004 y anexo 2004.
[8] TLCAN artículo 2008.
[9] TLCAN artículo 2011.
[10] TLCAN artículo 2013.
[11] TLCAN artículo 2018-2019.
[12] TLCAN artículo 1904.

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 217

ambas acuerdan sobre un quinto. Posteriormente, los miembros del panel deciden entre ellos quien será el presidente.[13] A diferencia del panel del Capítulo 20, que incluye a un no nacional, el panel del Capítulo 19 está compuesto solamente de ciudadanos de los Estados miembros del TLCAN.

La función del panel binacional es determinar si la resolución final de la autoridad investigadora competente se hizo de conformidad con las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias de la Parte importadora. En la toma de dicha determinación, el panel utiliza los criterios de revisión aplicables a la revisión judicial de la parte importadora.[14] Un panel puede apoyar la resolución de la autoridad investigadora competente o "devolverla a la instancia anterior con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión".[15] La decisión del panel es obligatoria para las parte y no puede ser sujeta a ningún tipo de revisión judicial en las Cortes de ninguna de las mismas. En la medida en que las instrucciones de un panel conduzcan a que la autoridad investigadora revoque su orden sobre cuotas antidumping y compensatorias, el exportador ganador podrá obtener un reembolso de las tarifas excedidas ya pagadas.

A pesar de que el proceso del Capítulo 19 intentó remplazar la revisión judicial doméstica, no logró hacerlo completamente. En cambio, un exportador podía, como alternativa a la revisión del panel binacional, buscar una revisión judicial bajo las leyes de la Parte importadora sobre la determinación de cuotas antidumping y derechos compensatorios. Sin embargo, la elección de un tipo de compensación significa la exclusión de la otra.[16]

Se proporcionó también una forma limitada de impugnación de la determinación de un panel siguiendo el "procedimiento de impugnación extraordinaria" del TLC. Los motivos de impugnación incluyen una falta grave, la parcialidad de un miembro del panel; un grave conflicto de intereses; un quebrantamiento grave por parte del panel de una norma procedimental; o el exceso manifiesto de las facultades, autoridad o jurisdicción del panel.[17]

La adaptación del proceso del Capítulo 19, conforme a la situación de México, planteó ciertos retos ya que se trataba de un sistema jurídico romano o continental. La revisión del panel binacional se basa en nociones de common law respecto a la revisión judicial de las medidas administrativas, y era necesario encontrar

[13] TLCAN artículo 1901.2.
[14] TLCAN artículo 1904.3 y Anexo 1911.
[15] TLCAN artículo 1904.8.
[16] TLCAN artículo 1904.11 y 12.
[17] TLCAN artículo 1904.13.

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 218

una figura semejante en el Derecho mexicano para establecer un estándar de revisión. El artículo 238 del Código Fiscal Federal mexicano (CFF)[18] fue elegido para proporcionar un estándar adecuado, aunque esto dio lugar a algunas dificultades a la hora de aplicarse. El problema recaía en el hecho de que el artículo 238 fue originalmente creado como estándar para todas las decisiones administrativas en materia fiscal. Como resultado, los paneles binacionales tuvieron problemas al identificar un estándar específico que pudiera aplicarse a la determinación de cuotas antidumping y derechos compensatorios.

La cuestión específica que enfrentaron los primeros paneles fue lograr la conciliación de las dos normas establecidas en el artículo 1904.3 junto con los recursos del artículo 1904.8, que establece que un panel puede apoyar o devolver una determinación definitiva de la autoridad investigadora competente. De acuerdo con el artículo 1904.3, los paneles tienen que aplicar la norma de revisión establecida en el anexo 1911 (artículo 238 del CFF, en el caso de México), así como los principios generales del derecho que de otro modo un tribunal de la Parte importadora (para México, el Tribunal Fiscal de la Federación) aplicaría para la revisión de una resolución de la autoridad investigadora competente (la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial o "SECOFI").[19] El primer panel que revisó una resolución de la SECOFI (Productos de Placa de Acero en Hoja),[20] enten-

[18] artículo 238 fue desde aquel entonces remplazado por el artículo 51 de la *Ley Federal del Proce - dimiento Contencioso y Administrativo*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de diciembre de 2005, entrando en vigor el 1 de enero de 2006. El artículo 51 es substancialmente similar al artículo 238 del CFF y dice:

artículo 51 – Se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales:

I. Incompetencia del funcionario que la haya dictado, ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución.

II. Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, siempre que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso.

III. Vicios del procedimiento siempre que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada.

IV. 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 aplicadas o dejó de aplicar las debidas, en cuanto al fondo del asunto. […]

Los órganos arbitrales y de otra naturaleza, 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 podrán revisar de oficio las causales a que se refiere este artículo.

[19] El nombre de la SECOFI cambio a Secretaría de Economía a inicios del 2001.

[20] *Las importaciones de productos de Placa de Acero en Hoja Originarios y Procedentes de los Estados Unidos de América*, MEX-94-1904-02, 30 de agosto de 1995.

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 219

dió la segunda norma del artículo 1904.3 como la posibilidad de darle facultades equivalentes a las del Tribunal Fiscal de la Federación Mexicana. Como tal, para llegar a su decisión, la mayoría del panel consideró que podía ir más allá del ámbito del artículo 238 del CFF y del artículo 1904.8 del TLCAN y considerar denuncias de violaciones a la constitución Mexicana, así como aplicar el artículo 239 del CFF, el cual otorga al tribunal la facultad de declarar la nulidad de la resolución impugnada. Un recurso que va más allá del ámbito de aplicación del artículo 1904.8.[21] Es comprensible que la decisión sobre los Productos de Placa de Acero en Hoja llevara a una cierta polémica respecto a las diferencias en las normas de revisión entre las tres Partes del TLCAN.[22] Afortunadamente, los paneles subsecuentes no han seguido el ejemplo. En relación a las violaciones constitucionales, el Tribunal Fiscal de la Federación ha declarado claramente que dichas denuncias se encuentran exclusivamente dentro de su jurisdicción.[23] Con respecto al artículo 239 del CFF y a la habilidad de declarar la nulidad de la resolución impugnada, paneles subsecuentes han visto su aplicación como "una expansión indebida" de la jurisdicción del panel.[24] Como ha señalado recientemente un panel, "en primer lugar, la jurisdicción y la autoridad de este Panel se rigen por el TLCAN, y en segundo lugar por el CFF, pero solamente dentro de lo establecido por el TLCAN. Como consecuencia, la revisión del panel binacional difiere, en su ámbito de aplicación, del ámbito del Tribunal Fiscal de la Federación".[25]

[21] *Ibid.*, en 22-26 y 30-33 (en relación al análisis del artículo 14 y 16 de la Constitución Mexicana).

[22] Ver J.C. Thomas y Sergio López Ayllón, "NAFTA Dispute Settlement and Mexico: Interpreting Treaties and Reconciling Common and Civil Law Systems in a Free Trade Area" (1995) 33 Can. Y.B. Int'l L. 75; David A. Gantz, "Resolution of Trade Disputes Under NAFTA's Chapter 19: The Lessons of Extending the Binational Panel Process to Mexico" (1998) 29 Law y Pol'y Int'l Bus. 297; y Gabriel Cavazos Villanueva y Luis F. Martinez Serna, "Private Parties in the NAFTA Dispute Settlement Mechanisms: The Mexican Experience" (2003) 77 Tul. L. Rev. 1017.

[23] Semanario Judicial de la Federación, Volumen XIV, Agosto 2001. Tesis: 11 a 12A, página 1445, Registro No. 188,918 el cual establece que el Tribunal Fiscal de la Federación tiene la facultad de investigación para hacer un fallo sobre la inconstitucionalidad de un decreto presidencial que delegue poderes a una autoridad de investigación inferior, para dar autoridad de investigación jurídica a otra autoridad de investigación administrativa. Ver *Resolución Preliminar por la que concluye la investigación antidumping sobre las importaciones de piernas de cerdo, mercancía clasificada bajo las fracciones arancelarias de la Ley de Impuestos Generales de Importaciones y de Ex - portaciones, originarias de los Estados Unidos de América*, MEX-USA-2006-1904-01, 5 de diciembre de 2008 en 7.

[24] *Revisión de la resolución final de la investigación antidumping sobre las importaciones de jarabe de maíz de alta fructosa, originarias de los Estados Unidos de América*, MEX-USA-98-1904-01, 3 de agosto de 2001, at para. 286. [en lo sucesivo JMAF].

[25] *Ibid.*, at para. 261.

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 220

Además, dado que las Partes no se encontraban completamente seguras de cómo operaría el Capítulo 19 en el contexto mexicano, se añadió una disposición más, titulada "Salvaguarda del sistema de revisión ante el panel".[26] Esta incluyó la creación de un comité especial para considerar si el derecho interno de alguna de las Partes había impedido la creación u operación del proceso del panel binacional o la implementación de la decisión del panel. En los hechos, esta disposición jamás ha sido invocada.

(iii) Capítulo 11

El Capítulo 11 fue novedoso en el sentido de que era una forma temprana del proceso de solución de controversias en materia de inversión contenidas dentro de un amplio acuerdo regional de libre comercio. Aún así, en muchos aspectos no era más que un conjunto de disposiciones de un acuerdo de inversión bilateral, basado en el modelo de tratado de inversión bilateral de los Estados Unidos y en el Acuerdo canadiense de Protección y Promoción de la Inversión Extranjera. Las obligaciones básicas, como la nación más favorecida (NMF), el trato nacional, el estándar mínimo de trato y las obligaciones relacionadas a los requisitos de desempeño y de expropiación, aunque a menudo se encontraban redactadas de forma distinta eran comunes a los acuerdos bilaterales de inversión de otras partes del mundo. De igual forma, el proceso para permitir a los inversionistas la presentación de demandas contra alguna de las Partes del TLCAN se basó en los procedimientos existentes fuera del Tratado; en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o en las normas arbitrales de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).

Bajo las normas del Capítulo 11, como precondición para presentar una demanda el inversionista extranjero debe tener una inversión en el territorio de la Parte demandada del TLCAN, y la misma puede ser hecha en nombre del mismo inversionista o de su inversión.[27] A pesar de que no existe ningún requerimiento respecto a agotar los recursos antes de entablar una demanda, el inversionista debe renunciar a recurrir a las cortes nacionales de la Parte demandada en el momento de presentarla.[28]

Los tribunales establecidos bajo el Capítulo 11 del TLCAN están compuestos de tres panelistas, dos elegido por cada una de las partes y un tercer arbitro pre-

[26] TLCAN artículo 1905.
[27] TLCAN artículo 1116 y 1117.
[28] TLCAN artículo 1121.

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 221

sidente, elegido por las partes contendientes (el inversionista y la Parte demandada).[29] En el caso que una Parte no designe un árbitro o las partes contendientes no logren un acuerdo en la designación del presidente del panel arbitral, el Secretario General del CIADI tiene el poder de designarlos.[30] De conformidad con el artículo 1136, el laudo dictado por el Tribunal es obligatorio para las partes contendientes y cualquier laudo monetario es título ejecutivo en los tribunales nacionales de la Parta demandada, conforme al Convenio del CIADI,[31] la Convención de Nueva York[32] o la Convención Interamericana.[33]

(iv) El Secretariado del TLCAN

El Secretariado del TLCAN está conformado por tres secciones nacionales.[34] De esta manera, cada Parte cuenta con su propia sección nacional dentro de su territorio y debe correr con los costos de operación de la misma.[35]

Las secciones nacionales del secretariado proveen asistencia administrativa a los paneles de los Capítulos 19 y 20 del Tratado. La sección nacional del país cuya resolución sea sujeta a revisión administra los paneles del Capítulo 19 y la sección nacional de la Parte demandada administra las controversias del Capítulo 20. El papel ejercido por el secretariado es puramente administrativo y todos los aspectos sustanciales de las controversias se encuentran en manos de los miembros del panel, que tienen derecho a nombrar asistentes.[36]

Las secciones nacionales no desempeñan ningún papel respecto a los tribunales en materia de inversión establecidos bajo el Capítulo 11. Los tribunales bajo las normas del CIADI o del Mecanismo Complementario del CIADI utilizan el secretariado del CIADI. Los tribunales que operan conforme a las normas UNCITRAL pueden a su vez utilizar el secretariado del CIADI, la Corte Permanente de Arbitraje o hacer otros arreglos para establecer su propio secretariado.

[29] TLCAN artículo 1123.

[30] TLCAN artículo 1124.

[31] Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, 18 de marzo de 1965, (1965) 4 I.L.M. 524 (entrando en vigor el 14 de octubre de 1966).

[32] Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 10 de junio de 1958, (1968) 7 I.L.M. 1046 (entró en vigor el 7 de junio de 1959).

[33] Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, 13 de enero de 1975, (1975) 14 I.L.M. 336 (entró en vigor el 16 de junio de 1976) [también conocida como la "Convención de Panamá"].

[34] TLCAN Artículos 2002 y 1908.

[35] Secretariado del TLCAN en <http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx>.

[36] TLCAN Anexo 2002.2.

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 222

IV. El advenimiento de la OMC

El TLCAN entro en vigor el 1 de enero de 1994. Los Acuerdos de la OMC entraron en vigor un año más tarde.[37] Hasta cierto punto, los dos instrumentos fueron negociados en paralelo. Las disposiciones en materia de solución de controversias establecidas en el TLC y el TLCAN, que representan un avance sobre aquellas que operan bajo el GATT,[38] influenciaron el desarrollo de los procedimientos de solución de controversias dentro de la OMC.[39] Y dado que los términos básicos de las obligaciones fundamentales bajo el TLCAN y la OMC, en relación a las medidas arancelarias y no arancelarias, incluyendo excepciones, eran similares, era probable que el dominio de la solución de controversias de la OMC se superpondría con la de TLCAN al menos en cuanto a la interpretación y aplicación de algunos principios fundamentales.

Esta situación se anticipó en el Capítulo 20 del Tratado. El artículo 2005 establece que las controversias que surjan con relación a lo dispuesto en el TLCAN y el GATT, "en los convenios negociados de conformidad con el mismo, o en cualquier otro acuerdo sucesor (GATT)" podrán resolverse en uno u otro foro a elección de la Parte reclamante, aunque si la tercera Parte del TLCAN muestra su interés en resolver el asunto bajo los procedimientos del TLCAN, se da preferencia a este último.

Sin embargo, en casos que involucran ciertos asuntos ambientales o sanitarios y fitosanitarios, la Parte demandada puede solicitar a la Parte reclamante recurrir únicamente a las disposiciones del TLCAN.[40] Aunque estas disposiciones no han sido todavía invocadas frente a un panel, son objeto de una actual controversia entre Estados Unidos y México.[41]

Por otra parte, hubo más implicaciones para el TLCAN debido a la existencia del mecanismo de solución de controversias de la OMC. Este último presentaba algunas ventajas considerables en relación al mecanismo ofrecido por el TLCAN. El establecimiento de paneles o la designación de miembros del panel no

[37] Organización Mundial de Comercio, *The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, the Legal Texts* (Ginebra: Cambridge University Press, 2003).

[38] Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, 30 de octubre de 1947, 55 U.N.T.S. 187 (entró en vigor el 1 de enero de 1948).

[39] Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, 15 de abril de 1994, Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, Anexo 2, Acta Final en que se Incorporan los Resultados de la Ronda de Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales 353, 33 I.L.M. 1125, 1226 (1994) [en lo sucesivo ESD].

[40] TLCAN artículo 2005.4.

[41] Ver *infra*.

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 223

podía ser retrasada.[42] Se establecieron límites estrictos para los tiempos del poceso.[43] Las decisiones del panel eran obligatorias si ningún proceso de negociación subsecuente.[44] Presentaba una implementación estructurada y de ser necesario un sistema de compensaciones o suspensión de concesiones.[45] Y finalmente, de forma única, incluía un proceso de apelación para tratar las reclamaciones que tengan por objeto un error de derecho o de interpretación jurídica por parte de los paneles.[46]

La existencia del nuevo procedimiento de solución de controversias de la OMC tuvo un fuerte impacto sobre los procedimientos establecidos bajo el Capítulo 20 del TLCAN. El primer caso entre Canadá y Estados Unidos bajo el procedimiento de la OMC fue un asunto donde Canadá contaba con una exención del TLCAN (industrias culturales), pero que no se encontraba establecida bajo la OMC.[47] La parte reclamante, Estados Unidos, eligió a la Organización, y esto parece haber establecido el estándar para futuros casos de solución de controversias entre las Partes del TLCAN. Si el procedimiento de la OMC es una opción, entonces es el medio elegido.

V. Sistema de solución de controversias del TLCAN: Una evaluación

Es justo decir que ninguno de los procesos de solución de controversias del TLCAN ha funcionado como estaba previsto. El proceso menos utilizado es el que contempla el Capítulo 20 y en esa medida, puede considerarse como el menos exitoso. Sin embargo, las razones del éxito o la falta de éxito difieren de cada proceso. Por lo tanto, cada uno será tratado por separado.

(i) Capítulo 20

El proceso de solución de controversias establecido en el Capítulo 20 ha sido utilizado una vez entre Canadá y Estados Unidos,[48] y dos veces entre México y

[42] ESD artículo 6.1.
[43] ESD artículo 20.
[44] ESD artículo 16.
[45] ESD artículo 21-22.
[46] ESD Artículo17.
[47] WTO Reporte de Panel, *Canadá –Determinadas Medidas que Afectan a las Publicaciones*, WT/DS31/R, 14 de marzo de 1997; Reporte del Órgano de Apelación, WT/DS31/AB/R, adoptado el 30 de julio de 1997.
[48] *Los Aranceles Aplicados por Canadá a Ciertos Productos Agropecuarios Originarios de Estados Unidos*, CDA-95-2008-01, Reporte Final del Panel, 2 de diciembre de 1996 [en lo sucesivo Productos Agrícolas].

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 224

Estados Unidos.[49] Fue también invocado por México en la controversia del azúcar con EE.UU., pero nunca se estableció ningún panel. El primer caso fue llevado en 1995 y el último en 1998, aunque ha habido una serie de cuestiones que han sido objeto de consultas en virtud del Capítulo 20 sin que ningún tipo de panel se estableciera por ello.[50] La poca frecuencia de uso del proceso del Capítulo 20 es, por sí misma, una indicación de que las Partes del TLCAN no lo han encontrado útil, aunque hay varios factores que complican dicha situación.

En primer lugar, EE.UU. ha estado involucrado en cada uno de los casos del Capítulo 20 del TLCAN, y ha perdido en todos ellos. El caso que involucra a Canadá fue iniciado por Estados Unidos, mientras que los dos casos que involucraron la participación de México fueron iniciados por este último. Hubo una considerable insatisfacción en los EE.UU. debido a su pérdida en el caso de los Productos Agrícolas,[51] y la aplicación de las decisiones en los dos casos presentados por México, has causado considerables dificultades. Como se señala más adelante, la decisión sobre el Transporte-Transfronterizo aún no se ha aplicado completamente. De esta forma, la experiencia de los EE.UU. con el Capítulo 20 no ha sido satisfactoria.[52]

En segundo lugar, aunque el proceso inverso de selección de miembros del panel fue una innovación interesante dentro del TLCAN, pudo también haber contribuido a la dificultad de seleccionar una lista de árbitros para el Capítulo 20.[53] A finales de 2009, el sitio web del Secretariado del TLCAN aún no presentaba una lista de panelistas para el Capítulo 20, aunque existen indicios de que se ha acordado ya una lista.[54]

[49] *Medida de salvaguarda impuesta por los Estados Unidos de América a las escobas de mijo mexicanas*, USA-97-2008-01), Reporte Final del Panel, 1 de enero de 1998; y, *Servicio de Transporte Transfronterizo* USA-MEX-1998-2008-01, Reporte Final del Panel, 6 de febrero de 2001 [en lo sucesivo Transporte Transfronterizo].

[50] David A. Gantz, *Regional Trade Agreements: Law Policy and Practice*, (Carolina Academic Press: Durham, 2009), 143.

[51] *Ver* Dale E. McNeil, "The NAFTA Panel Decision on Canadian Tariff-rate Quotas: Imagining a Tarrifying Bargain" (1997) 22 Yale J. Int'l L. 345.

[52] Ver también, Gantz, *supra* nota 50, en 143.

[53] Conforme al artículo 2009 del TLCAN, una lista de 30 nombres debía establecerse para el 1 de enero de 1994.

[54] Canadá eligió a sus diez miembros de la lista por Orden en Consejo 2004-1484 (Vol. 138 Can. Gazette Parte 1, No. 51, 18 de diciembre de 2004). Los miembros fueron elegidos por periodo de tres años a surtir efecto bajo la aprobación de la Comisión de Libre Comercio (CLC). Aparentemente fueron aprobados por la CLC junto con la lista de miembros de Estados Unidos y México por un periodo que terminaría el 31 de diciembre de 2009, sin embargo no existe registro oficial del establecimiento de la lista.

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 225

En tercer lugar, los procedimientos para el nombramiento de panelistas no garantizan que un panel de hecho se establezca. Si bien el artículo 2011 establece que si una Parte no designa a sus panelistas, estos deberán ser seleccionados por sorteo, este mismo no prevé quién llevará a cabo la selección. Probablemente, la selección queda en poder de la sección nacional que administra la controversia, pero ya que es la sección nacional de la Parte demandada la que gestiona el proceso, parece poco probable que esta haga una selección, si la Parte demandada se había negado a hacer su propio escogimiento. Esto parece haber sido el problema en la disputa entre Estados Unidos y México sobre el azúcar.

En cuarto lugar, la falta de estructura para la aplicación de las decisiones ha hecho que a pesar de que una decisión del panel ha quedado presentada, no existe garantía de que la aplicación se produzca con rapidez, si es que se produce. Esto se destaca en la controversia que persiste sobre Transporte Transfronterizo.[55] El caso surgió de la negativa de los EE.UU. para poner en práctica una disposición del TLCAN que exigía tanto a los EE.UU. como a México que permitieran, a nivel nacional, los servicios de transporte transfronterizo para enero del 2000.[56]

La controversia también incluyó la preclusión, por parte de Estados Unidos, de la inversión de empresas mexicanas en las compañías transportistas de su país. México argumentó ante un panel del Capítulo 20 que los EE.UU. había violado las disposiciones de trato nacional y de nación más favorecida señaladas en el Capítulo 11 y 12 (servicios transfronterizos), así como disposiciones específicas del Anexo I sobre dichas obligaciones.

El panel falló a favor de México, sin embargo, los EE.UU. todavía tienen que implementar el reporte del panel respecto a sus obligaciones del Capítulo 12. El asunto ha sido objeto de debates en el Congreso, de decretos, e incluso de una decisión de la Suprema Corte.[57] En 2007, los Estados Unidos iniciaron un programa piloto concediendo acceso a un número limitado de camiones Mexicanos, el cual se planeo con una duración de 3 años, pero se retiró después de solo 18 meses en marzo de 2009.[58]

[55] *Servicios de Trasporte Transfronterizo*, USA-Mex-98-2008-01, Reporte Final del Panel, 6 de febrero de 2001.

[56] Peter J. Cazamias, "The U.S. – Mexican Trucking Dispute, A Product of a Politicized Trade Agreement" (1998) 33 Tex. Int'l L. J. 349 en 349.

[57] Ver Elizabeth Townsend, "NAFTA, Mexican Trucks, and the Border: Making Sense of Years of International Arbitration, Domestic Debates, and the Recent U.S. Supreme Court Decision" (2004) Transp. L. J. 131.

[58] David A. Gantz, "The Cross-Border Trucking Dispute" North American Consortium on Legal Education Conference Presentation, Ciudad de México, Octubre 2009 (fichado con autores).

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 226

En quinto lugar, la alternativa de la OMC se erige como un contraste. Los problemas de establecimiento de paneles no existen en ella, las listas indicativas de los miembros del panel han sido establecidas y el poder del Director General para nombrar a los miembros del panel ha impedid el bloqueo de su establecimiento. El proceso estructurado para la aplicación de la resolución y el sistema de compensaciones o suspensión de concesiones ha dado como resultado que la mayoría de las decisiones se hayan ejecutado. De igual forma EE.UU. tiene un balance más equilibrado de victorias y derrotas dentro del proceso de solución de diferencias establecido por la OMC y, por otra parte, las decisiones del panel de la Organización pueden ser revisadas en apelación.

Todo esto significa que el Capítulo 20 del TLCAN no es una opción muy atractiva para la solución de controversias, en los casos en que las mismas pueden presentarse ante la OMC. Más aún, la Organización también prevé el elemento adicional de elevar las controversias entre las Partes del Tratado a un nivel multilateral, dejando que otros Estados no miembros del TLCAN participen como terceras partes. Esto parece ser la motivación principal de México para llevar su más reciente queja en contra de los Estados Unidos sobre la controversia "Atún-Delfín", en relación a la negativa de su vecino de certificar el atún mexicano como "seguro para los delfines",[59] ante la OMC.[60] Frente a estas consideraciones, incluso respecto a aquellas controversias del TLCAN que no pueden presentarse ante la OMC, el proceso de la OMC simplemente resalta las deficiencias del mecanismo del Capítulo 20.

(ii) Capítulo 19

En comparación con el Capítulo 20, el sistema de solución de controversias que plantea el Capítulo 19 ha funcionado con relativa eficacia, llevándose bajo el mismo 137 casos; 22 contra Canadá; 97 contra Estados Unidos; y 18 contra México.[61] Las decisiones de estos casos han tenido un impacto en la manera en

[59] Órgano de Solución de Controversias de la OMC (OSC), *Acta de la Reunión – Llevada a cabo en el Centro William Rappard el 20 de abril de 2009*, WT/DSB/M/267, 26 de junio de 2009, at para. 79. México afirmó que más allá de las consideraciones jurídicas, la controversia lidiaba con temas de importantes implicaciones multilaterales que tenían que resolverse en la OMC, ya que muchos países habían expresado su deseo de tomar parte, acto que no sería posible bajo los procedimientos del TLCAN.

[60] *Estados Unidos – Medidas Relativas a la Importación, Comercialización y Venta de Atún y de Productos de Atún*, WT/DS381/4, 10 de marzo de 2009 [en lo sucesivo controversia Atún-Delfín].

[61] Algunos de estos casos fueron concluidos antes de que el panel rindiera una decisión: ocho contra Canadá, siete contra México y 47 contra Estados Unidos. El total también incluye casos pen-

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 227

que los organismos nacionales funcionan, y esto aplica particularmente para al Departamento de Comercio (DOC) y la Comisión de Comercio Internacional (CCI) en los Estados Unidos. Ambos organismos han tenido que volver a examinar lo que han hecho. Han tenido que basar sus decisiones en el razonamiento y no en conjeturas, así como tuvieron que revisar sus determinaciones. De esta forma, los paneles binacionales consiguieron un impacto perceptible en el proceso de aplicación de leyes antidumping y derechos compensatorios en los tres países.

El Capítulo 19 ofrece una revisión internacional sobre si un Estado está aplicando su propia ley correctamente. Este tipo de intrusión en la aplicación del derecho interno por un panel binacional puede ocasionar preocupaciones en materia de soberanía.[62] Sin embargo, estos paneles han sido capaces de funcionar sin dificultad en gran medida, a pesar de que involucran abogados de cada una de las tres Partes del TLCAN, que interpretan y aplican el derecho interno de todos. Las disidencias han sido pocas, y sólo en un número limitado de casos ha habido grandes diferencias entre los miembros del panel y sólo en raras ocasiones se presentaron paneles divididos por las líneas nacionales.[63] El acalorado debate público no se ha visto replicado en la privacidad de la deliberación del panel. De esta forma, el sistema binacional del Capítulo 19 funciona adecuadamente como un proceso colegial de toma de decisiones.

Esto no quiere decir que el sistema esté exento de problemas. Ha habido preocupación por las demoras en los nombramientos del panel, por los tiempos de los paneles para tomar una decisión y por la financiación y dotación de personal en la sección de EE.UU. del Secretariado del TLCAN.[64] Pero un problema de fondo que ha presentado el sistema ha sido el alcance del mandato de los paneles, el cual se ha manifestado principalmente en la muy politizada controversia de la Madera Blanda.

---

dientes, de los cuales, a Diciembre de 2009, ocho se encontraban pendientes en contra de Estados Unidos, y uno en contra de México. Para una lista completa ver Secretario del TLCAN "Decisiones y Reportes", <http://www.nafta-sec-alena.org/en/DecisionsAndReports.aspx?x=312>.

[62] Se han planteado impugnaciones constitucional en los EE.UU., aunque todos los esfuerzos han fracasado hasta la fecha. Ver David A. Gantz, "The United States and Dispute Settlement under the North American Free Trade Agreement: Ambivalence, Frustration, and Occasional Defiance" en Cesare P.R. Romano, ed., *The Sword and the Scales: The United States and International Courts and Tribunals* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009) 356-381.

[63] Un estudio de 2005 determinó que más del 80 por ciento de las decisiones de los paneles resultaban en resoluciones unánimes a pesar de la nacionalidad de los miembros. *Ibid.*, en 379.

[64] *Ver* Patrick Macrory, *NAFTA Chapter 19: A Successful Experiment in International Trade Dipsute Resolution*, (C.D. Howe Institute, Toronto, 2002). *Disponible en* <http://www.cdhowe.org/pdf/commentary_168.pdf>

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 228

La preocupación nace de la discrecionalidad que se concede a los paneles bajo el artículo 1904.8, el cual establece que "el panel podrá confirmar la resolución definitiva o devolverla a la instancia anterior con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión".[65]

Como resultado, un tipo de diálogo de adjudicación ha surgido entre los paneles y los organismos nacionales. En controversias altamente politizadas, este diálogo se ha convertido en lo que el profesor Chi Carmody ha calificado como "conversaciones de desprecio",[66] donde las tensiones han aparecido entre lo que un panel binacional puede hacer y lo que un organismo nacional debe hacer en respuesta. Más aún, a pesar de los límites impuestos, frente a los organismos recalcitrantes los paneles han hecho en ocasiones más que confirmar o devolver las decisiones de las mismas.[67]

En el caso de la Madera Blanda, el conflicto se centra en la queja de los Estados Unidos de que las políticas forestales canadienses, incluyendo las cuotas cobradas por los gobiernos provinciales de Canadá a las empresas privadas para talar árboles en terrenos públicos, representan un subsidio injurioso y un dumping. En respuesta, los Estados Unidos han aplicado cuotas antidumping y derechos compensatorios sobre las importaciones canadienses de madera blanda. El litigio ha seguido de forma intermitente desde 1982 templado sólo por acuerdos negociados entre los dos gobiernos, el último de los cuales fue el Acuerdo de Madera Blanda de 2006.[68]

[65] TLCAN artículo 1904.8.

[66] *Ver* Chi Carmody, "Continental Conversations: Remand of Binational Panel Decisions Under NAFTA Chapter 19" en *The First Decade of NAFTA: The Future of Free Trade in North America* ed. Kevin C. Kennedy (Ardsley, NY: Transnational Publishers, Inc., 2004) 431 a 453-461. Carmody describe "conversaciones de desprecio" in relación a la controversia *Magnesio puro procedente de Canada (Concerniente a los Resultado de la Segunda Determinación del Departamento de Comercio)*, USA-CDA-00-1904-06, 28 de abril de 2003; y JMAF, *supra* nota 24.

[67] Esta práctica también se encontró bajo el TLC, donde un panel binacional en la controversia de la Madera Blanda emitió una segunda devolución dictando un resultado específico: "Dado que el comercio ha sido incapaz de proporcionar un fundamento racional legal para la conclusión de que los programas provinciales de derechos de tala son específicos, y a la luz de la eficiencia con que se pretende que la revisión del panel resuelva estos conflictos, remitimos este asunto al Departamento de Comercio para la determinación de que los programas provinciales de derechos de tala no se prestan a una empresa o industria específica, o grupo de empresas o industrias." *Determinados productos de Madera Blanda procedentes de Canadá (Decisión del panel en remisión)*, USA-92-1904-01, 17 de diciembre de 1993 en 50-1.

[68] Acuerdo de Madera Blanda entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de los Estados Unidos, 12 de septiembre de 2006 (entró en vigor el 13 de octubre de 2006), <http://www.international.gc.ca/eicb/softwood/pdfs/SLA-en.pdf>, (en lo sucesivo como "AMB 2006").

El AMB 2006 será valido por un período de siete años con opción a renovación por dos años adicionales, e incluye, entre otras cosas, la revocación de las ordenes de cuotas antidumping y de-

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 229

Los casos llevados ante los paneles del Capítulo 19, anteriores al Acuerdo de 2006, se caracterizaron por la acrimonia entre las disposiciones del Departamento de Comercio en relación al dumping y a las subvenciones y la determinación final de la CCI de amenaza de daños y perjuicios,[69] por un lado, y los paneles del Capítulo 19 revisando dichas determinaciones, por otro. En cada una de estas instancias, los paneles binacionales han tenido que devolver las decisiones al menos dos veces más y el panel encargado de la revisión de la determinación de la subvención del DOC ha regresado la decisión cinco veces.[70]

En la segunda decisión de devolución con respecto a los daños y perjucios, la irritación del Panel frente al CCI era palpable. En lenguaje inequívoco, el Panel dijo:

> La [CCI] ha dejado muy claro a este Panel que no esta simplemente indispuesta a aceptar la autoridad de la revisión de este Panel bajo el Capítulo 19 del TLCAN y ha ignorado consistentemente la autoridad del mismo en un esfuerzo por preservar su conclusión de amenaza de daño importante. Esta conducta evita la imparcialidad del proceso de adopción de decisiones del organismo, y socava gravemente el proceso total de revisión contemplado en el Capítulo 19.[71]

El panel dio un paso significativo al prohibir específicamente al CCI llevar a cabo otro análisis de las cuestiones de fondo y le dio instrucciones de determinar que las pruebas en el expediente no apoyaban una declaración de amenaza de daño importante,[72] extendiendo los límites del artículo 1904.8.

---

rechos compensatorios de Estados Unidos; el regreso de más de 4.5 mil millones de dólares de los impuestos recaudados por los EE.UU. desde 2002; y una serie de iniciativas para mejorar la cooperación binacional. Ver Canadá, Relaciones Exteriores y Comercio Internacional de Canadá, "El Acuerdo entre Canadá-Estados Unidos sobre Madera Blanda", <http://www.international.gc.ca/controls-controles/softwood-bois_oeuvre/notices-avis/agreement-accord.aspx?lang=eng>.

[69] Bajo la ley de EE.UU., el CCI tiene que considerar una serie de factores con el fin de determinar si la continuación de las importaciones de bienes en dumping o subvencionadas causarán daño a la producción nacional antes de imponer las cuotas antidumping y los derechos compensatorios. Ver 19 USC Sección 1677(7)(F)(i).

[70] Ver Canadá, Relaciones Exteriores y Comercio Internacional de Canadá, "Madera Blanda, Acciones Legales de Canadá", <http://www.dfait-maeci.gc.ca/controls-controles/softwood-bois_oeuvre/notices-avis/nafta-alena.aspx>.

[71] *Ciertos Productos de Madera Blanda procedente de Canadá: Determinación Final Afirmativa de Amenaza de Daño (Segunda Decisión Remitida por el Panel)*, USA-CDA-2002-1904-07, 31 de agosto de 2004, en 3. Más aún, un panelista concurrente añadió: "…que el Panel aplace el carácter definitivo mediante la emisión de una nueva instrucción de devolución de composición abierta para la [CCI] sería permitir que el proceso del Capítulo 19 se convirtiese en una burla y en un fútil ejercicio." *Ibid,.* en 12.

[72] *Ibid.*, en 7.

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 230

Cuando los organismos se niegan a actuar en las instrucciones de devolución de un panel binacional, el panel puede sentirse obligado a dictar los resultados específicos el mismo. Este es un resultado extremo y deja al panel binacional ante una posible acusación por haber excedido su jurisdicción. No es de extrañar, por lo tanto, que los paneles hayan sido desafiados dos veces en el marco del procedimiento de impugnación extraordinaria en la última ronda de la controversia en relación a los exámenes de la determinación del Departamento de Comercio, respecto al subsidios y la determinación de daños y perjuicios por parte del CCI. El Comité de Impugnación Extraordinaria (CIE) confirmó en última instancia la decisión del panel,[73] y Estados Unidos retiró su impugnación dado el advenimiento del AMB 2006.[74]

Está claro que, primero dentro del TLC y ahora dentro del TLCAN, el Capítulo 19 ha fallado al no resolver la controversia de la Madera Blanda. Pero para que el Capítulo 19 pudiera hacerlo, el conflicto tendría que ser esencialmente respecto al incumplimiento de Estados Unidos al no aplicar su propia ley correctamente. El caso de la Madera Blanda no versa respecto a ello, o al menos no sólo a ello. En gran medida, es un tema político que trata sobre las diferencias en la gestión forestal entre los dos países y de los poderes de los grupos de lobby, particularmente en el proceso político nacional de Estados Unidos en la implementación de las obligaciones internacionales. No es sorprendente que un acuerdo negociado haya sido el resultado de cada ronda de la controversia, seguido inmediatamente por una renovación de investigaciones nuevas a su vencimiento.[75]

Así, el noble objetivo de lograr que el Capítulo 19 resolviera el conflicto de la Madera Blanda tal vez fue siempre demasiado ambicioso, dado el cargado contexto político de las exportaciones canadienses de dicho material. Cualquier solución de futuro puede tener más que ver con una industria transfronteriza de la madera cada vez más integrada, la paridad cada vez mayor de los dólares de Canadá y EE.UU., y los cambios en la estructura de la gestión forestal en Cana-

[73] *Ciertos Productos de Madera Blanda procedente de Canadá*, ECC-2004-1904-01USA, 10 de agosto de 2005. Más aún, El CIE estableció que, en raras circunstancias, los paneles del Capítulo 19 del TLCAN podían devolver las determinaciones con instrucciones específicas al correspondiente organismo de los Estados Unidos. *Ibid.*, en 44-49.

[74] Canadá, Relaciones Exteriores y Comercio Internacional de Canadá, "Madera Blanda, Acciones Legales de Canadá", <http://www.dfait-maeci.gc.ca/controls-contrôles/softwood-bois_oeuvre/notices-avis/nafta-alena.aspx>.

[75] Para una visión integral de la controversia ver Ian Sanford, "Determining the Existence of Countervailable Subsidies in the Context of the Canada-United States Softwood Lumber Dispute: 1982-2005" (2005) 43 Can. Y.B. Int'l L. 297; y David Quayat, "The Forest for the Trees: A Roadmap to Canada's Litigation Experience in Lumber IV" (2009) 12 J.I.E.L. 115.

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 231

dá. En el corto plazo, sin embargo, la madera blanda de Canadá seguirá siendo un blanco fácil para los recursos comerciales de los Estados Unidos. Más que señalar un fallo en el proceso del Capítulo 19, la controversia de la madera blanda parece indicar que los mecanismos jurídicos pueden resultar impotentes frente a los conflictos altamente politizados que pueden resolverse mejor a través de procesos diplomáticos.

Dejando a un lado el asunto de la Madera Blanda, existe un aspecto en el que el proceso del Capítulo 19 no ha sido exitoso, en relación al Proceso de Impugnación Extraordinaria. Recurrir al proceso de impugnación extraordinaria siempre ha sido motivo de controversia. Cuando Estados Unidos presentó la primera impugnación bajo el TLC,[76] algunos argumentaron que se trataba de un uso impropio del proceso. Se supone que las impugnaciones deben ser extraordinarias y no una salida a la apelación.[77]

Sin embargo, las bases para que un CIE intervenga son limitadas y las oportunidades de que un comité de impugnación se encuentre a favor del peticionario son escasas, lo que genera un problema potencial. Si los comités de impugnación siempre sostienen la demanda en contra del panel, el proceso del panel pierde credibilidad. Si por otra parte los comités nunca confirman una demanda, entonces existe el peligro de que el proceso de impugnación mismo pierda credibilidad. Este es el riesgo que confronta el proceso CIE.

El proceso CIE respecto al tema de la Madera Blanda ha sido ya discutido. Pero el problema no es limitativo a dicha controversia. Otras dos impugnaciones en distintas áreas recalcaron la credibilidad del conflicto. En la primera de ellas, el Comité rechazó la petición a pesar de considerar que el miembro disidente del panel se encontraba en lo correcto.[78] En el segundo caso, el Comité encontró que el Panel había excedido de manera manifiesta sus funciones y que ello había afectado su decisión. Sin embargo, dado que la acción del panel no amenazaba la integridad del proceso del panel binacional, el Comité rechazó la petición.[79] Como resultado, en ambos casos los organismos debieron aceptar decisiones de devolución, ya que cuerpos independientes de revisión habían seña-

[76] *Carne de Cerdo Fresca, Refrigerada o Congelada Procedente de Canadá*, ECC-91-1904-01USA, 14 de junio de 1991.

[77] De hecho, un CIE comentó que el proceso tenía como fin actuar como una "válvula de seguridad en aquellas circunstancias extraordinarias en que una impugnación se justifica para mantener la integridad del proceso binacional" *Cerdos Vivos Procedentes de Canadá*, ECC-1993-1904-01USA, 8 de abril de 1993 en 8.

[78] *Cemento Portland Gris y Clinker proveniente de México*, ECC-2000-1904-01USA, 30 de octubre de 2003.

[79] *Magnesio puro de Canadá*, ECC-2003-1904-01USA, 7 de octubre de 2004.

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 232

lado como defectuosas. Esto no hace nada para fomentar el respeto de los organismos hacia el proceso o la confianza del público en él.

Desde nuestro punto de vista, el derecho a impugnar la decisión de un panel no debería estar limitada a la existencia de una mala conducta o un monumental error estándar. Dichos motivos pueden permanecer, pero la apelación también debe permitirse cuando el panel ha cometido un error en la interpretación de la legislación nacional del país cuyo organismo o agencia de decisión es objeto de revisión y el tribunal no debería tener que demostrar una amenaza a la integridad del proceso del panel. La decisión de un panel probado por una apelación debe tener más credibilidad a los ojos de un organismo nacional, lo que podría eliminar algunas de las "conversaciones de desprecio" entre los paneles y los organismos.

(iii) Capítulo 11

Está más allá del alcance de este documento proporcionar una evaluación completa del proceso del Capítulo 11 de solución de controversias, pero pueden ser observados algunos puntos.

Al conceder a los inversionistas el derecho de demandar directamente a las Partes del TLCAN, el Capítulo 11 ha sido motivo de controversia dentro de los territorios de cada una de los miembros del Tratado. El hecho de que un gobierno del TLCAN pueda tener que compensar a los inversionistas extranjeros por la acción que ha tomado para alcanzar objetivos ambientales ha sido un motivo especial de preocupación, en parte debido al temor sobre un escalofrío legislativo respecto a las materias que de otro modo se considerarían como de interés público.[80] Como resultado, se han interpuesto impugnaciones en las cortes domesticas tanto de Canadá como de Estados Unidos respecto a la constitucionalidad de la solución de controversias en materia de inversiones bajo el Capítulo 11.[81] Preguntas similares se han planteado en México.[82]

[80] *Ver* Julie Soloway, *NAFTA's Chapter 11: Investor Protection, Integration and the Public Interest* (Institute for Research and Public Policy, Montreal, 2003), <http://www.irpp.org/choices/archive/vol9no2.pdf>.

[81] *Council of Canadians v. Canada (Attorney General)*, 2006 CanLII 40222 (ON C.A.). *Ver también* David Schneiderman, "Investment Rules and the New Constitutionalism" (2000) 25 Law & Soc. Inquiry 757.

[82] *Ver* Santiago González-Luna, "Constitutional Challenges to NAFTA Chapter 11: A Mexican Perspective" en *The First Decade of NAFTA: The Future of Free Trade in North America* ed. Kevin C. Kennedy (Ardsley, NY: Transnational Publishers, Inc., 2004) 279.

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 233

En términos de uso, la solución de controversias bajo el Capítulo 11 del TLCAN ha sido un éxito. Ha habido un total de 26 demandas interpuestas en contra de Canadá, 16 en contra de México y 19 en contra de Estados Unidos.[83] El hecho de que se hayan interpuesto demandas en contra de Canadá y de Estados Unidos fue una sorpresa para ambos gobiernos, quienes anticipaban que las demandas se harían en contra de México. El volumen de demandas bajo el Capítulo 11 del TLCAN también debe considerarse en un contexto más amplio de aumento de las mismas en materia de inversión bajo acuerdos de inversión bilateral y otros acuerdos previstos.

La jurisprudencia de estos tribunales es utilizada frecuentemente por los tribunales del Capítulo 11 y lo mismo sucede a la inversa. De hecho, el éxito que tuvieron tempranamente las demandas del Capítulo 11 del TLCAN pudo haber sido un catalizador para su aumento en materia de inversión de forma general.

A pesar de que la existencia del proceso del Capítulo 11 ha sido controversial, ha habido menos controversia sobre la operación del mismo. Es visto como tardado y caro, pero a lo largo del tiempo ha surgido un patrón generalizado de la práctica en el proceso. Aún así, algunas preocupaciones particulares han aparecido. Mencionaremos dos de ellas a continuación.

Primero, a pesar de que no existe apelación de la decisión de un tribunal del Capítulo 11, existe una forma limitada de revisión de conformidad con los términos de la CIADI o el Mecanismo Complementario del CIADI o las reglas de la UNCITRAL, la cual puede ser revisada judicialmente en lugar del arbitraje. En el caso Metalclad, esto significó una revisión de conformidad con el derecho de la Provincia de la Columbia Británica como sede del arbitraje.[84] En el proceso de revisión el tribunal de la Columbia Británica anuló parte de la decisión del tribunal, lo que llevó a ciertas preocupaciones de que los tribunales nacionales de Canadá podrían tomar un papel excesivamente intrusivo en la revisión de las decisiones de los tribunales del Capítulo 11 del TLCAN. Esto llevó al tribunal de UPS a rechazar la selección de un lugar para el arbitraje en Canadá, a pesar de que se trataba de un caso presentado contra dicho país, optando en su lugar por Washington, DC y evitando cualquier cuestión de la revisión judicial en los tribunales canadienses.[85] Sin embargo, los intentos posteriores para hacer

[83] Estos totales incluyen casos en distintas etapas del proceso arbitral, e integran casos que han sido retirados o se encuentran inactivos. *Ver* <http://www.naftaclaims.com/>.

[84] *Mexico v. Metalclad Corp.*, 2001 BCSC 664. Disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Metaclad-BCSCReview.pdf>.

[85] *United Parcel Service of America Inc. v. Canadá*, UNCITRAL (TLCAN), (Orden en la sede arbitral, 17 de octubre de 2001). Disponible en <http://www.naftaclaims.com/>.

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 234

que los tribunales canadienses revocaran las decisiones de los tribunales del Capítulo 11 del TLCAN no han sido exitosos y estos tribunales han elegido a los tribunales bajo la jurisdicción canadiense como sede del arbitraje.[86]

En segundo lugar, bajo el artículo 1131(2), cualquier interpretación de una disposición del Tratado por la CLC es obligatoria para un tribunal del Capítulo 11. En Agosto de 2011, la Comisión adoptó una interpretación del artículo 1105(1) relativa al estándar mínimo de trato, en el sentido de que esta norma es igual al estándar establecido bajo el derecho consuetudinario internacional.[87] Al momento de emitir esta interpretación, la cuestión de la interpretación del artículo 1105 se realizó frente a un tribunal del Capítulo 11 y este último fue invocado en otras demandas.

El tribunal en el caso Pope & Talbot consideró que a pesar de que no tenía que decidir sobre el asunto, tendría la autoridad para determinar si la Comisión había excedido sus competencias al emitir su interpretación.[88] De hecho, el tribunal se inclinó por la opinión de que lo que había hecho la Comisión era tratar de modificar el Acuerdo, algo que en su carácter no podía realizar.[89] Los tribunales posteriores no han ido tan lejos, y han preferido en cambio el enfoque del tribunal de ADF que señala que los tribunales del Capítulo 11 del TLCAN deben aceptar las interpretaciones del Acuerdo presentado por la CLC.[90]

(iv) La insuficiencia institucional

Una de las críticas permanentes del proceso de solución de controversias del TLCAN se ha dirigido a la falta de apoyo institucional proporcionado a los paneles

[86] Ver *Chemtura Corp. v. Canadá*, UNCITRAL (TLCAN), (Orden de procedimiento No. 1, 21 de enero de 2008) donde Ottawa, Ontario fue elegida como sede arbitral.

[87] Comisión de Libre Comercio del TLCAN, "Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions", 31 de julio de 2001. Disponible en <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=en>.

[88] *Pope & Talbot Inc. v. Canadá*, UNCITRAL (TLCAN), (Sentencia en materia de daños y perjuicios, 31 de mayo de 2002).

[89] *Ibid.*, at para. 47.

[90] *ADF Group Inc. v. United States*, CIADI Caso No. ARB(AF)/00/1 (TLCAN), (Sentencia, 9 de enero de 2003) at para. 171. Contrastada con *Mondev International Ltd. v. United States of America*, CIADI Caso No. ARB(AF)/99/2 (TLCAN), (Sentencia, 11 de octubre de 2002) at paras 119-121, 125; donde el panel no veía un problema en la incorporación de la nota de interpretación de la CLC. *Ver también* Guillermo Alvarez Aguilar & William W. Park, "The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11" (2003) 28 Yale J. Int'l L. 365 que concluyó que el permitir que la CLC se comprometiese en la corrección *de facto* del TLCAN pondría en riesgo la estabilidad de la protección al inversionista y en cierta instancia podría provocar el desprecio arbitral de las interpretaciones de la CLC.

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 235

del Capítulo 19 y 20. Gran parte de esta crítica proviene del hecho de que no se creo un secretariado comercial independiente junto al TLCAN, similar a los secretariados establecidos para los acuerdos paralelos laborales y ambientales del Tratado.[91] De hecho, las partes acordaron originalmente crear dicho secretariado, decidiendo que su base sería la Ciudad de México y que contaría con personal y financiación similar al del Secretariado Laboral establecido en Dalas y el Secretariado Ambiental establecido en Montreal.[92] Sin embargo, jamás fue formalmente establecida, debido principalmente a la falta de financiación por parte de Estados Unidos.[93]

El secretariado tripartito se ve a menudo como parte de la razón de los problemas que presenta la solución de controversias, incluyendo los retrasos en el proceso de selección del panel y las actuaciones mismas de este último. También se piensa que provee apoyo insuficiente a la CLC para la administración de sus funciones establecidas por el tratado.[94] Por otra parte, el secretariado no es completamente independiente de las Partes del TLCAN. Si bien es formalmente responsable ante la CLC, se trata de un cuerpo que en sí mismo es una institución política integrada por los Ministros de Comercio respectivos a cada una de las Partes. Esto puede ser contrastado con la independencia ejercida por el Secretariado de la OMC,[95] que bajo la ESD, debe apoyar a los paneles en relación a los aspectos legales, históricos y procedimentales de los asuntos tratados, así como debe brindar soporte técnico y secretarial.[96]

[91] Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte, Washington, Ottawa, Ciudad de México, 14 de septiembre de 1993, (1993) 32 I.L.M. 1499 (entrando en vigor el 1 de enero de 1994); y, Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte, Washington, Ottawa, Ciudad de México, 14 de septiembre de 1993, (1993) 32 I.L.M. 1480(entrando en vigor el 1 de enero de 1994) .

[92] *Ver* J. Ernesto Grilava & Patrick T. Brewer, "Monitoring and Managing North American Free Trade: The Administrative Bodies of the North American Free Trade Agreement" (1994) 2 San Diego Just. J. 1.

[93] *Ibid*., en 2. US support for its national section secretariat remains an issue. Gary Clyde Hufbauer & Jeffrey J. Schott, "Dispute Settlement Systems" en *NAFTA Revisited: Achievements and Challenges* (Washington D.C.: Peterson Institute for International Economics, 2005) en 249.

[94] *Ver ibid.*; Sidney Picker, Jr., "NAFTA Chapter Twenty – Reflections on Party-to-Party Dispute Resolution" (1997) 14 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 465; David A. Gantz, "Government-to-Government Dispute Resolution Under NAFTA's Chapter 20: A Commentary on the Process" (2000) 11 Am. Rev. Int'l Arb. 481; Canada, The Senate, Standing Senate Committee on Foreign Affairs, "Uncertain Access: The Consequences of U.S. Security and Trade Action for Canadian Trade Policy (Volume 1)" en *Report of the Standing Senate Committee on Foreign Affairs* (junio 2003); y, Canada, House of Commons, Subcommittee on International Trade, Trade Disputes and Investment, "Dispute Settlement in the NAFTA: Fixing an Agreement Under Siege" en *Report of the Standing Committee on Foreign Affairs and International Trade*, (mayo 2005).

[95] David A. Gantz, "Government-to-Government Dispute Resolution Under NAFTA's Chapter 20: A Commentary on the Process" (2000) 11 Am. Rev. Int'l Arb. 481 at 511.

[96] ESD artículo 27.

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 236

Sin embargo, las llamadas para el perfeccionamiento institucional del TLCAN deben ser consideradas en el contexto más amplio del mismo, es decir, como un tratado de libre comercio. Mientras que un secretariado único puede tener sentido en relación con la administración de solución de controversias, las Partes del TLCAN no tienen ninguna intención actual de crear una institución supranacional. De hecho, la transformación del secretariado en un solo secretariado corre el riesgo de transformar el TLCAN en un tipo diferente de acuerdo. Como tal, esto corresponde a un debate mucho mayor – ya sea que el TLCAN deba permanecer como un acuerdo de libre comercio o desarrollarse en un futuro como una unión aduanera.

VI. Interrelación de los procesos de solución de controversias de la OMC y el TLCAN

No hay duda de que la existencia del proceso de solución de diferencias de la OMC ha tenido un impacto considerable en la solución de controversias bajo el Capítulo 20 del TLCAN. También ha tenido un impacto en el procedimiento que se rige bajo el Capítulo 19, aunque la situación es algo diferente. En el caso de Capítulo 20 del TLCAN, en muchos casos, la OMC se limita a establecer un foro alternativo. Algunas controversias pueden ser llevadas siguiendo el régimen de la OMC o el del TLCAN. Como hemos señalado, cuando la opción es disponible, las partes han optado por reclamar el proceso de la OMC. En el caso del Capítulo 19, no hay verdadera superposición de competencia con la Organización. Los paneles del Capítulo 19 revisan las determinaciones de los organismos para ver si cumplen con la legislación nacional de la Parte importadora, mientras que un panel de la OMC determina si el Derecho interno de un Miembro de la Organización es acorde a sus obligaciones adquiridas bajo la misma.[97]

La interrelación entre el Capítulo 19 y los procesos de la OMC se puso de relieve en la controversia de la madera blanda donde, en paralelo con la revisión del Capítulo 19 de las determinaciones del Departamento de Comercio y la CCI, las impugnaciones fueron presentadas ante la OMC bajo el fundamento de la legislación nacional que los paneles del Capítulo 19 se encontraban revisando. El ESD permite a los Miembros de la OMC impugnar las decisiones preliminares

[97] ESD artículo 3.3 establece que los procedimientos de solución de controversias de la OMC están diseñados para proveer "una pronta solución de las situaciones en que un Miembro considere que cualquier ventaja resultante para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados se halla menoscabada debido a las medidas adoptadas por otro Miembro".

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 237

del organismo de otro Estado miembro, así como la ley del Estado miembro antes de que haya sido invocada.[98] Como resultado, Canadá fue capaz de impugnar las determinaciones finales del Departamento de Comercio y la CCI sobre los daños y perjuicios, el subsidio y el dumping, así como las determinaciones preliminares del Departamento de Comercio sobre dumping y subsidios.[99] Las decisiones de los paneles de la OMC tuvieron repercusión en la siguiente fase de la determinación presentada por el organismo y en la revisión del Capítulo 19. Canadá fue capaz de impugnar la legislación de Estados Unidos en relación a los productores de madera blanda canadiense.[100]

Si bien la estrategia de utilizar al mismo tiempo la solución de controversias de la OMC y el proceso del Capítulo 19 es perfectamente compatible con ambos acuerdos, el resultado es presenta una complejidad considerable.[101] En el caso de la Madera Blanda, el uso de ambos procedimientos no ayudo a resolver la controversia, aunque el agotamiento de las dos vías pudo haber contribuido a una solución temporal a través del Acuerdo de Madera Blanda de 2006. De hecho, el uso de ambos procedimientos de solución de controversias incitó a nuevos litigios. Al tratar de cumplir con el fallo de un panel de la OMC cuya conclusión era de que la amenaza carecía de fundamento,[102] el CCI determinó un nuevo fallo de amenaza de daño.[103] Como resultado, la CCI estimó que el fallo anterior del panel del capítulo 19 del TLCAN [104] era inaplicable, ya que se había basado en una sentencia anterior de la OMC.

[98] En *United States – Measures Treating Export Restraints as Subsidies* WT/DS194/R, adoptada el 23 de Agosto de 2001 Canadá impugnó la mera existencia de medidas estadounidenses que exige requieren tratamiento de limitaciones a la exportación como en el caso de las subvenciones, en lugar de aplicarse en un caso particular.

[99] Reporte del Panel de la OMC, *Estados Unidos– Determinación Preliminar respecto a Determina - dos Productos de Madera Blanda procedentes de Canadá*, WT/DS236/R, adoptada el 27 de Septiembre de 2002.

[100] Reporte del Panel de la OMC, *United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (US – Offset Act (Byrd Agreement))*, WT/DS217/R, WT/DS234/R, adoptado el 27 de enero de 2003, modificado por el Reporte del Órgano de Apelación, WTDS217/AB/R, WT/DS234/AB/R.

[101] Joost Pauwelyn, "Adding Sweeteners to Softwood Lumber: The WTO-NAFTA 'Spaghetti Bowl' is Cooking" (2006) 9 J.I.E.L. 197.

[102] Reporte del Panel de la OMC, *United States – Investigation of the International Trade Commission in Softwood Lumber from Canada*, WT/DS277/R, adoptado el 26 de abril de 2004.

[103] Comisión de Comercio Internacional, "WTO Dispute Settlement Proceeding Regarding Investigation of the International Trade Commission in Softwood from Canada", US Federal Register 36687, 24 de junio de 2005.

[104] Ver *Determinados Productos de Madera Blanda procedentes de Canadá: Determinación Final Afir - mativa de Amenaza Material de Daño*, USA-CDA-2002-1904-07, 5 de septiembre de 2003 y subsequentes decisions preventivas.

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 238

Canadá impugnó el nuevo fallo de la CCI ante la OMC, donde el panel correspondiente confirmó inicialmente la determinación.[105] El Órgano de Apelación, sin embargo, constató que el panel no había realizado un análisis riguroso del nuevo fallo de amenaza de daño de la CCI y revocó las conclusiones del panel.[106] Debido a que el Órgano de Apelación no se pronunció respecto a la legalidad del nuevo fallo de la CCI debido a la falta de información suficiente, no hizo ningún comentario sobre los procedimientos del Capítulo 19 del TLCAN. Al final, los resultados de la solución de controversias fueron poco concluyentes y todos los litigios relacionados se dieron finalmente por concluidos, antes de la entrada en vigor del AMB 2006.

El problema más difícil, sin embargo, surge cuando las decisiones de los paneles del TLCAN y los paneles de la OMC entran en conflicto. Esto podría ocurrir, por ejemplo, cuando un panel del TLCAN decide sobre un asunto que posteriormente es presentado ante la OMC, o viceversa. En tal caso, la posibilidad de que entren en conflicto las decisiones de los paneles del TLCAN y de la OMC podría surgir.

En principio, bajo el TLCAN esto no debería ocurrir. El artículo 2005 del Tratado está destinados a garantizar que los casos se presenten en un foro o en el otro, pero no en ambos. Pero mientras este artículo rige si el asunto debe ser presentado ante un panel del TLCAN, no está claro que un panel de la OMC pudiera hacer aplicable una disposición de dicha naturaleza en un acuerdo que no haya sido decidido por la Organización. En el caso México-Impuestos sobre los Refrescos, el Órgano de Apelación dejó el tema abierto y no adoptó una posición respecto a si aplicaría el artículo 2005 del TLCAN si el problema fuera a ser directamente ante él.[108] La actual controversia "Atún-Delfín" entre Estados Unidos y México puede resultar en la confrontación directa de este asunto.[109]

El caso representa la primera vez que una de las partes del TLCAN ha invocado la cláusula de elección de foro bajo el Capítulo 20 del Tratado. De acuerdo con el artículo 2005.4 del TLCAN, las controversias relativas a los asuntos que surjan en el marco del Acuerdo de la OMC y las medidas relativas a normaliza-

[105] Reporte del Panel de la OMC, *United States – Investigation of the International Trade Commission in Softwood Lumber from Canada – Recourse to Article 21.5 of the DSU by Canada*, WT/DS277/RW.

[106] Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Investigación de la Comisión de Comercio Internacional en Madera Blanda procedente de Canadá – Recurso al artículo 21.5 de la ESD por Canadá*, WT/DS277/AB/RW, adoptado el 9 de mayo de 2006, at para. 138.

[107] *Ibid.*, at paras 159-61.

[108] Reporte del Órgano de Apelación de la OMC, *México – Impuestos sobre los Refrescos y otras Bebidas*, WT/DS308/AB/R, adoptada el 24 de marzo de 2006.

[109] *Supra*, pie de página número 59 y texto que acompaña.

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 239

ción del TLCAN que se refieran a la protección de la vida y la salud humana, animal o vegetal, y del medio ambiente y que den lugar a cuestiones de hecho relacionadas con el medio ambiente o la conservación, serán vistas, a discreción de la parte demandada, únicamente por los procedimientos de solución de controversias del TLCAN. A pesar de las objeciones de Estados Unidos respecto a que el asunto "Atún-Delfín" debe ser resulto bajo los procedimientos del Catulo 20 del TLCAN,[110] el OSC acordó establecer un panel conforme a la petición de México.[111] Estados Unidos ha solicitado ahora consultas bajo el Capítulo 20 del TLCAN.[112] Como resultado, es posible que haya actuaciones de los paneles sobre el mismo asunto, tanto en la OMC como en el TLCAN.

Ha habido poca jurisprudencia en la OMC sobre cómo deben ser tratados los conflictos entre la OMC y los acuerdos comerciales regionales. En el caso Argentina-aves de corral, un panel rechazó el argumento de que ya que la cuestión había sido resuelta anteriormente por un tribunal del Mercosur[113] no podía ser considerada por un panel de la OMC.[114] No aceptó el reclamo de Argentina de que al llevar el caso ante la OMC Brasil no había actuado de buena fe o de que Brasil fue impedido por la existencia de la resolución del MERCOSUR.[115] Sin embargo, el Mercosur no incluye ninguna disposición de "encrucijada" como lo es el artículo 2005 del TLCAN.

En la controversia "México – Impuestos sobre los refrescos" tanto el panel como el Órgano de Apelación se negaron a aceptar el argumento de que el panel de la OMC debía declinar su jurisdicción debido a que el asunto que se les presentaba era propiamente un asunto para el TLCAN.[116] Sin embargo, en dicho caso, el artículo 2005 no fue invocado por el demandado (México). Recientemente, en la controversia Brasil – Neumáticos Recauchutados el Órgano de Apelación resolvió de tal forma que colocó a Brasil en una posición en la cual el cumplimien-

[110] WTO DSB, *Minutes of Meeting – Held in the Centre William Rappard on 20 April 2009*, WT/DSB/M/267, 26 de junio de 2009, at para. 77.

[111] *Ibid.*, at para. 81.

[112] Office of the United States Trade Representative, "United States Initiates NAFTA Dispute with Mexico over Mexico's Failure to Move Its Tuna-Dolphin Dispute from the WTO to the NAFTA", 5 de noviembre 2009, <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/ 2009/november/united-states-initiates-nafta-dispute-mexico-over>.

[113] Argentina-Brasil-Paraguay-Uruguay: Tratado que establece un Mercado Común (Mercado Común del Sur, Art. 1, or "Mercosur"), 26 de marzo de 1991, (1991) 30 I.L.M. 1041 (entrando en vigor el 31 de diciembre de 1994) [también conocido como el "Tratado de Asunción"].

[114] Reporte del Panel de la OMC, *Argentina – Derechos Antidumping sobre los pollos*, WT/DS241/R, adoptado el 19 de mayo de 2003.

[115] *Ibid.*, at paras 7.33-7.42.

[116] *México – Refrescos*, *supra nota* 106 at paras. 3-4 and 54-55.

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 240

to de una sentencia de un tribunal del Mercosur lo llevaría a violar sus obligaciones ante la OMC.[117]

Lo que la jurisprudencia de la OMC sugiere es que la OMC afirme su prioridad sobre los acuerdos comerciales regionales. Las obligaciones de la OMC deben llevarse a cabo, incluso si aquello sitúa a un miembro de la OMC en incumplimiento de sus obligaciones adquiridas conforme a un acuerdo comercial regional. En este sentido, no obstante que el Órgano de Apelación dejó la cuestión abierta en la controversia "México – Impuestos sobre los Refrescos", parece dudoso que pueda poner en práctica el artículo 2005 del TLCAN, si ello da como resultado el dejar potencialmente a un Miembro de la OMC sin ningún recurso ante la misma, en el caso de una denuncia de violación de una disposición de la Organización. Este potencial de conflicto en las decisiones entre la OMC y los acuerdos comerciales regionales y la posibilidad subsecuente de realizar "forum shopping" ha llevado a sugerir que el principio "forum non conveniens" sea adoptado en la OMC. Joost Pauwelyn y Luis Eduardo Salles han propuesto un método de "foro natural" para determinar qué órgano debe hacer frente a una controversia en el caso de conflicto de jurisdicciones.[118] En el contexto de la OMC, debe prestarse también atención al papel del artículo XXIV del GATT, al tratar el reconocimiento por parte de los paneles de la OMC de las decisiones de los tribunales establecidos de conformidad con los acuerdos comerciales regionales.[119] Aunque en el pasado el capítulo 20 del TLCAN ha sido poco utilizado por las partes, el hecho de que en los últimos años el tema de la relación entre la solución de controversias del Capítulo 20 y de la OMC se haya planteado en dos ocasiones, sugiere que es un problema que puede representar una importancia mayor a largo plazo para el TLCAN.

VII. Conclusiones

El procedimiento de solución de controversias del TLCAN no resultó como los negociadores podrían haber previsto. El Capítulo 20 ha llegado a estar casi mo-

[117] Reporte del Órgano de Apelación de la OMC, *Brasil – Medidas que afectan las importaciones de Neumáticos Recauchutados*, WT/DS332/AB/R, adoptada el 17 de diciembre de 2007.

[118] *Ver* Joost Pauwelyn & Luiz Eduardo Salles, "Forum Shopping Before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im)Possible Solutions" (2009) 42 Cornell Int'l L.J. 77.

[119] GATT artículo XXIV (4) señala que:

El establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio debe tener por objeto facilitar el comercio entre los territorios constitutivos y no erigir obstáculos al de otras partes contratantes con estos territorios.

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 241

ribundo. El Capítulo 19 no ha sido capaz de resolver el problema de la madera blanda, y el Capítulo 11 surgió como una disposición clave de solución de controversias que comprometió no solo a México, sino también a Canadá y a los Estados Unidos. A la luz de esto, aunque es probable que sea una evaluación generosa, podría considerarse que la solución de controversias bajo el TLCAN ha tenido cierto éxito. Especialmente en los Capítulos 11 y 19, donde los mecanismos establecidos en el Tratado han proporcionado un foro para la resolución de un número relativamente grande de controversias, y en ese sentido han satisfacido una necesidad. Por otra parte, es difícil evaluar si el Capítulo 20 está fracasando en su tarea, ya que el proceso de solución de controversias de la OMC en cierta medida lo ha suplantado.

Aunque dudamos, en cualquier caso, de que las Partes del TLCAN sean propensas a participar de cualquier cambio significativo de alguno de estos procesos, en general no estamos convencidos de que la modificación de los procesos existentes brindaría alguna diferencia representativa a la forma en que funcionan. Como señalamos anteriormente, en relación con el Capítulo 19, algunas mejoras podrían hacerse transformando el proceso de revisión extraordinaria en un proceso de apelación hecho y derecho, aunque podría cambiar de un proceso que rara vez se utiliza a uno que se utiliza con regularidad. La experiencia del Órgano de Apelación de la OMC sugiere que si existen procesos de apelación, estos se vuelven rutinarios.

El cambio de un secretariado con sede en las secciones nacionales a un único órgano independiente sin duda tiene algunas ventajas. Esto podría proporcionar un secretariado común para las controversias bajo el Capítulo 11, aunque el uso del CIADI y, recientemente con mayor frecuencia del ACC, dejan ver que la falta de un secretariado del TLCAN para estas controversias no es un problema importante. Sin embargo, es posible que si ese secretariado hubiera existido se habría establecido un panel bajo el Capítulo 20 en la controversia azucarera entre México y los Estados Unidos. Pero, incluso si eso hubiera ocurrido, no queda claro que esto hubiera concluido el asunto. Como lo demuestran las controversias del Transporte-Transfronterizo y la Madera Blanda, los procesos legales del TLCAN no son la panacea para los conflictos altamente politizados, donde la falta de claridad en la interpretación jurídica no es lo que fundamentalmente dirige la controversia.

En cualquier caso, como hemos señalado, la cuestión de un secretariado independiente y unificado forma parte de un debate más amplio sobre la naturaleza del TLCAN, como un tratado de libre comercio y sobre cualquier futuro que pueda tener como otro tipo de institución. A menos que haya un aumento dramático en el uso del mecanismo del Capítulo 20, parece poco probable que

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 242

las necesidades del mismo por sí solas justifiquen el desarrollo de un único secretariado para el Tratado. Por otra parte, la solución de controversias del Capítulo 19 (haciendo a un lado el asunto de la Madera Blanda) en general ha funcionado bien, a pesar de las insuficiencias del secretariado.

Por último, en nuestra opinión, el reto para los próximos 15 años del mecanismo de solución de controversias establecido en el TLCAN (principalmente en relación al Capítulo 20 y en parte en cuanto al Capítulo 19), es aquel que confrontan todos los acuerdos regionales de libre comercio. Deben conciliar las superposiciones con la solución de controversias de la OMC y determinar cómo los conflictos pueden ser evitados o resueltos. En este sentido, el asunto se encuentra menos en las manos de las instituciones del tratado regional de libre comercio y más en las manos de los órganos de solución de controversias de la OMC.

VIII. Bibliografía

Canada, Foreign Affairs and International Trade Canada, "Softwood Lumber, Canada's Legal Actions",

Certain Softwood Lumber Products from Canada: Final Affirmative Threat of Material Injury Determinaiton, USA-CDA-2002-1904-07, 5 Sept. 2003.

Chi Carmody, "Continental Conversations: Remand of Binational Panel Decisions Under NAFTA Chapter 19" in The First Decade of NAFTA: The Future of Free Trade in North America ed. Kevin C. Kennedy (Ardsley, NY: Transnational Publishers, Inc., 2004)

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 10 June 1958, (1968) 7 I.L.M. 1046 (entered into force 7 June 1959).

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 18 March 1965, (1965) 4 I.L.M. 524 (entered into force 14 Oct. 1966).

Cross-Border Trucking Services, USA-Mex-98-2008-01, Final Report of the Panel, 6 Feb. 2001.

Dale E. McNeil, "The NAFTA Panel Decision on Canadian Tariff-rate Quotas: Imagining a Tarrifying Bargain" (1997)

David A. Gantz, "Resolution of Trade Disputes Under NAFTA's Chapter 19: The Lessons of Extending the Binational Panel Process to Mexico" (1998)

David A. Gantz, Regional Trade Agreements: Law Policy and Practice, (Carolina Academic Press: Durham, 2009).

David Schneiderman, "Investment Rules and the New Constitutionalism" (2000)

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 243

Gabriel Cavazos Villanueva & Luis F. Martinez Serna, "Private Parties in the NAFTA Dispute Settlement Mechanisms: The Mexican Experience" (2003)

General Agreement on Tariffs and Trade, 30 Oct. 1947, 55 U.N.T.S. 187 (entered into force 1 Jan. 1948).

González-Luna Santiago, "Constitutional Challenges to NAFTA Chapter 11: A Mexican Perspective" in The First Decade of NAFTA: The Future of Free Trade in North America ed. Kevin C. Kennedy (Ardsley, NY: Transnational Publishers, Inc., 2004)

Grilava J. Ernesto & Patrick T. Brewer, "Monitoring and Managing North American Free Trade: The Administrative Bodies of the North American Free Trade Agreement" (1994)

Imports of Cut-to-Length Plate Products from the United States, MEX-94-1904-02, 30 Aug. 1995.

Inter-American Convention on International Commercial Arbitration, 13 Jan. 1975, (1975) 14 I.L.M. 336 (entered into force 16 June 1976) [also known as the "Panama Convention"].

J.C. Thomas & Sergio López Ayllón, "NAFTA Dispute Settlement and Mexico: Interpreting Treaties and Reconciling Common and Civil Law Systems in a Free Trade Area" (1995)

Joost Pauwelyn & Luiz Eduardo Salles, "Forum Shopping Before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im)Possible Solutions" (2009)

Joost Pauwelyn, "Adding Sweeteners to Softwood Lumber: The WTO-NAFTA 'Spaghetti Bowl' is Cooking" (2006)

Julie Soloway, NAFTA's Chapter 11: Investor Protection, Integration and the Public Interest (Institute for Research and Public Policy, Montreal, 2003).

Michael Hart, Bill Dymond & Colin Robertson, Decision at Midnight: Inside the Canada-U.S. Free-Trade Negotiations (Vancouver: UBC Press, 1994)

Peter J. Cazamias, "The U.S. – Mexican Trucking Dispute, A Product of a Politicized Trade Agreement" (1998)

Semanario Judicial de la Federación, Volume XIV, August 2001. Thesis: 11 to 12A.

Tariffs Applied by Canada to Certain U.S.-Origin Agricultural Products, CDA-95-2008-01, Final Report of the Panel, 2 Dec. 1996 [hereafter Agricultural Products].

Townsend Elizabeth, "NAFTA, Mexican Trucks, and the Border: Making Sense of Years of International Arbitration, Domestic Debates, and the Recent U.S. Supreme Court Decision" (2004)

U.S. Safeguard Action Taken on Broom Corn Brooms from Mexico, USA-97-2008-01), Final Panel Report,1 Jan. 1998; and, Cross-Border Trucking Services USA-MEX-1998-2008-01, Final Report of the Panel, 6 Feb. 2001

8 Donald McRae y John Siwiec 31/12/69 19:32 Página 244

Understanding on the Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, 15 April 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations 353, 33 I.L.M. 1125, 1226 (1994)

William Davey, Pine & Swine – Canada-United States Trade Dispute Settlement: The FTA Experience and NAFTA Prospects (Ottawa: Centre for Trade Law and Policy, 1997).

World Trade Organization, The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, the Legal Texts (Geneva: Cambridge University Press, 2003).

WTO Dispute Settlement Body (DSB), Minutes of Meeting – Held in the Centre William Rappard on 20 April 2009,

WTO Panel Report, Canada – Certain Measures Concerning Periodicals, WT/DS31/R, 14 March 1997; Appellate Body Report, WT/DS31/AB/R, adopted 30 July 1997.

WTO Panel Report, United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (US – Offset Act (Byrd Agreement)), WT/DS217/R, WT/DS234/R, adopted 27 Jan. 2003, modified by Appellate Body Report, WTDS217/AB/R, WT/DS234/AB/R.

WTO Panel Report, United States – Investigation of the International Trade Commission in Softwood Lumber from Canada, WT/DS277/R, adopted 26 April 2004.

WTO Panel Report, United States – Preliminary Determinations with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada, WT/DS236/R, adopted 27 Sept. 2002.