

LIBERACIÓN DEL COMERCIO Y REGULACIÓN SUPRANACIONAL DEL ANTIDUMPING: EL CAPÍTULO XIX DEL TLCAN

GUSTAVO VEGA CÁNOVAS

INTRODUCCIÓN

UNO DE LOS HECHOS MÁS NOTABLES que ha presenciado la comunidad internacional en los últimos veinte años es el avance ininterrumpido y firme de los procesos multilaterales y regionales tendientes a promover tanto la liberación económica y mayores niveles de comercio e inversión, como la transferencia de tecnologías extranjeras. En Europa, la consolidación del mercado único, iniciada en 1992, fue seguida por la creación en 1994 de la vasta y populosa Área Económica Europea (AEE),¹ la cual coincidió, en ese año, con la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y, en los dos años siguientes, con los acuerdos alcanzados en la Ronda Uruguay, en 1995, y con la creación del Mercado Común del Cono Sur (MERCOSUR), en 1996.

Sin embargo, la reducción gradual de las barreras comerciales que ha generado este proceso de liberación económica negociada ha ido aparejada en los últimos tres lustros por el crecimiento acelerado de las acciones de remedios comerciales,² a las cuales recurren más y más industrias a fin de obtener protección de la competencia internacional. La proliferación de este tipo de acciones ha sido tal que en los círculos internacionales se teme que esa tendencia se incremente y fortalezca cuando los acuerdos alcanzados en la

¹ En el AEE se unieron los doce miembros de la Unión Europea y los cinco de la Asociación Europea de Libre Comercio (Austria, Suiza, Finlandia, Noruega e Islandia). Con un área que abarca desde el Ártico hasta el Mediterráneo, en la que habitan 372 millones de consumidores, y un PIB anual de 6.6 trillones de dólares, la AEE se convirtió en la zona de libre comercio más grande del mundo. Véase "*E pluribus unum*", *The Economist*, 8 a 14 de enero de 1994, pp. 49 y 50.

² Por acciones de remedios comerciales nos referimos a las acciones antidumping y a las subvenciones y medidas compensatorias basadas en las legislaciones que llevan el mismo nombre, a las que en este artículo también denominaremos leyes de remedios comerciales.

Ronda Uruguay y en los otros convenios regionales sean plenamente instrumentados y se dejen sentir los efectos de la liberación comercial.

Las acciones de remedios comerciales que mayor inquietud han causado en el mundo en los últimos años son aquellas que se basan en las leyes antidumping, las cuales tienen el propósito de proteger las industrias nacionales de la competencia extranjera "desleal".³ Dado que, entre 1980 y 1997, los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) recurrieron a este tipo de acciones más de dos mil veces, los especialistas coinciden en que la búsqueda de medidas que sirvan para prevenir que este instrumento se utilice con fines proteccionistas es hoy en día uno de los temas más importantes en la agenda comercial del mundo, y uno de los que, según se ha anunciado, ocuparán un lugar prioritario en la agenda de negociación de la denominada "Ronda del Milenio", que se iniciará el próximo mes de noviembre en la ciudad de Seattle, en los Estados Unidos, bajo los auspicios de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

Por tal motivo, el propósito de este trabajo es analizar los orígenes y el funcionamiento del mecanismo diseñado para evitar el recurso a las leyes antidumping como un subterfugio proteccionista por parte de los tres países miembros de la región de América del Norte, a saber, Canadá, los Estados Unidos y México. El tema del empleo de dichas leyes como un instrumento proteccionista y la necesidad de establecer ciertos límites se planteó por primera vez durante la negociación del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y los Estados Unidos (ALCCEU).⁴ Como resultado, el ALCCEU incluyó en su capítulo XIX el denominado "Mecanismo de Resolución de Disputas en Materia de Antidumping y de Subvenciones y Medidas Compensatorias". Dicho capítulo se conservó, con revisiones menores, en el TLCAN. El capítulo XIX establece un mecanismo binacional (es decir, supranacional) de revisión de tipo judicial de las resoluciones dictadas por las autoridades administrativas nacionales con respecto a acciones antidumping y a medidas compensatorias. Es un sistema *sui generis* y podría ser el embrión de una nueva fórmula internacional de resolución de disputas en materia de antidumping. El presente artículo se propone analizar por qué se creó el mecanismo de revisión del capítulo XIX y explorar las implicaciones de este procedimiento en otros contextos.

³ Es vasta la literatura en la que se critica el sesgo proteccionista de los procedimientos, regulaciones y legislación antidumping. Por citar sólo algunos, véase Robert W. McGee, "The Case to Repeal Antidumping Laws", *Northwestern Journal of International Law and Business*, núm. 13, 1993; Beatriz Leycegui *et al.* (comps.), *Trading Punches: Trade Remedy Laws and Dispute under NAFTA*, Washington, D.C., National Planning Association, 1995.

⁴ El ALCCEU entró en vigor el 1º de enero de 1989.

En la primera sección analizaremos brevemente los orígenes del “Mecanismo de Resolución de Disputas en Materia de Antidumping y de Subvenciones y Medidas Compensatorias” del ALCCEU. En la segunda, examinaremos las razones por las que se incluyó el capítulo XIX del ALCCEU en el TLCAN, y la forma en que se hizo. En la tercera, evaluaremos la operación de los capítulos XIX de ambos acuerdos durante el periodo de 1989 a 1997, y en la cuarta y última veremos la importancia que tiene para otros países.

ORIGEN DEL CAPÍTULO XIX DEL ALCCEU

Tanto las acciones antidumping como las medidas compensatorias contra las subvenciones han ganado en los últimos veinte años un lugar preponderante en la agenda de la política comercial internacional de los países de la región de América del Norte, lo mismo que en la del resto de las naciones. En los Estados Unidos, país que ocupa el primer lugar en cuanto a la frecuencia con que sus industrias recurren a ese tipo de acciones, el número de éstas experimentó un crecimiento exponencial durante este periodo.⁵

Si bien, antes de la Ley de Comercio de 1974, en los Estados Unidos rara vez se recurría a acciones antidumping o a medidas compensatorias contra las subvenciones, entre 1974 y 1979 el gobierno inició 245 investigaciones relacionadas con ellas, es decir, alrededor de 50 por año, y de 1980 a 1989 la cifra se elevó a 86 casos anuales.⁶ De acuerdo con la opinión de dos de los abogados más experimentados en la materia, que radican en Washington, las acciones antidumping y compensatorias contra las subvenciones “se han convertido en la primera idea que viene a la cabeza de aquellas industrias estadounidenses que buscan alivio de las importaciones”.⁷ Estos autores señalan que, durante la redacción de la legislación comercial de 1988, la sección que suscitó los debates más acalorados fue la relativa a las disposiciones en esta materia, lo que revela la gran importancia que ha llegado a otorgar la industria estadounidense más fuertemente afectada por las importaciones a la investigación de dichas cuestiones. Esta situación se agudizó durante la negociación de la Ronda Uruguay del GATT, como lo re-

⁵ I.M. Destler, *American Trade Politics*, 2ª ed., Washington, D.C., Institute for International Economics, 1992, p. 154.

⁶ J. Michael Finger, “The Meaning of Unfair in United States Import Policy”, *Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 1, otoño de 1992, pp. 35-56.

⁷ Gary Horlick y Geoffrey D. Oliver, “Antidumping and Countervailing Duty Law Provisions for the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988”, *Journal of World Trade*, vol. 23, 3 de junio de 1989, p. 5.

vela el hecho de que el código antidumping fuera uno de los últimos asuntos resueltos.

En los Estados Unidos, el incremento de las acciones para conseguir la aplicación de medidas antidumping y compensatorias ocurrió conforme se hacía una serie de modificaciones a la legislación correspondiente.⁸ Antes de 1974, la práctica administrativa estadounidense no facilitaba dichas acciones; las leyes establecían las causales para obtener alivio del dumping o de las subvenciones del exterior, pero era muy difícil que las peticiones tuvieran una respuesta favorable para el demandante y sólo en ocasiones concluían en la aplicación de medidas compensatorias. A manera de ejemplo, Destler señala que entre 1934 y 1968 se llevaron a cabo 191 investigaciones relativas a la imposición de medidas compensatorias, de las que sólo 30 concluyeron en la aplicación de dichas medidas.⁹ Asimismo, en ese periodo se presentaron 371 acciones antidumping, pero únicamente 12 dieron como resultado una sentencia positiva, aunque en otros casos se negociaron 89 convenios con los exportadores.¹⁰

Es interesante especular sobre las razones que llevaron a que en los Estados Unidos se incrementaran las acciones antidumping y de medidas compensatorias. Algunos especialistas, incluido el autor del presente artículo, explican este hecho como simple proteccionismo y como una reacción natural a la pérdida de la protección arancelaria, que siguió a las sucesivas negociaciones multilaterales en el GATT durante el periodo de la posguerra.¹¹ Una segunda explicación es que el Congreso estadouniden-

⁸ Desde el inicio de los años setenta, varias leyes de comercio modificaron la forma en que se administraban las investigaciones sobre antidumping y medidas compensatorias, de tal suerte que fueron favoreciéndose los intereses de las industrias nacionales, en detrimento de los exportadores extranjeros. Para una discusión detallada de los cambios que experimentaron las leyes de comercio véanse mis artículos: "Las exportaciones mexicanas y el neoproteccionismo norteamericano", en Lorenzo Meyer (comp.), *México-Estados Unidos 1982*, México, El Colegio de México, 1982, pp. 33-59; "Comercio y política en los Estados Unidos: librecambismo versus proteccionismo desde la Segunda Guerra Mundial", en Manuel García y Griego y Gustavo Vega, *México-Estados Unidos 1984*, México, El Colegio de México, 1985, pp. 111-155; y "La ley estadounidense de comercio de 1988: implicaciones globales y efectos en las relaciones comerciales de México con Estados Unidos", *México-Estados Unidos 1988-1989*, México, El Colegio de México, 1990, pp. 65-85.

⁹ Destler, *op. cit.*, p. 141.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Es la tesis que sostienen tanto Gary Hufbauer y Joanna Shelton (*Subsidies in International Trade*, Washington, D.C., Institute for International Economics, 1984, p. 2), como Jagdish Bhagwati (*The World Trading System at Risk*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1991, pp. 14 y 15). En mis artículos citados en la nota anterior, yo lo explicaba como la pérdida creciente de competitividad por parte de diversas industrias estadounidenses, que ocurrió en el periodo de posguerra y, particularmente, a partir de los años sesenta.

se optó por convertir las presiones de sus electores en acciones de alivio comercial, en lugar de recibir esas presiones directamente.¹²

Otra explicación posible es que el Congreso buscó fortalecer la capacidad del Ejecutivo para intermediar en las demandas de medidas antidumping o compensatorias, imponiendo un procedimiento contencioso administrativo para tal propósito. Implícita en ese modelo estuvo la inclusión del proceso de revisión judicial de las acciones de las instancias encargadas de administrar las leyes de remedios comerciales (antidumping y de medidas compensatorias). Uno de los cambios sustanciales a las leyes de comercio de 1974 y 1979 fue la incorporación de la revisión judicial para las investigaciones sobre antidumping y medidas compensatorias, ya que antes de 1974 dicha revisión y otras salvaguardas para garantizar el principio de debido proceso eran prácticamente inexistentes en ese tipo de investigaciones.

Sea cual fuere la explicación del creciente número de acciones con las que se pretendía conseguir la aplicación de remedios comerciales en los Estados Unidos, lo importante aquí es la reacción que provocaron en Canadá.

En primer lugar, este país promulgó la Ley de Medidas Especiales a las Importaciones (SIMA, por su nombre en inglés), la cual estableció una nueva legislación y nuevos procedimientos administrativos sobre antidumping y medidas compensatorias, similares a los estadounidenses. En segundo lugar, como resultado de una consulta nacional sobre las perspectivas de crecimiento de la economía nacional y de una demanda del sector privado, el gobierno de Canadá decidió proponer al estadounidense un acuerdo de libre comercio, uno de cuyos objetivos centrales era que los productos canadienses quedaran exentos de las leyes antidumping y de medidas compensatorias de los Estados Unidos. Esta demanda se basaba en la idea de que el acceso al mercado estadounidense ganado gracias a un acuerdo de libre comercio podría perderse por la concatenación de acciones antidumping y de subvenciones, o verse amenazado por la incertidumbre que provocarían dichos juicios. El sector privado y el gobierno canadienses consideraban que las demandas antidumping y de medidas compensatorias constituían en esencia un medio para contrarrestar la pérdida de competitividad de las industrias estadounidenses, mediante un costoso pleito judicial que se conducía totalmente dentro de las instancias administrativas y los tribunales estadounidenses. Este punto adquirió una enorme importancia económica y política para Canadá durante la negociación del ALCCEU.

Sin embargo, los Estados Unidos consideraron totalmente inaceptable la demanda de exención para Canadá de las leyes antidumping y de medidas

¹² Es la tesis de Destler, *op. cit.*, cap. 2.

compensatorias, y hubiera llevado al fracaso de las negociaciones del ALCCEU si este último hubiera persistido en su petición. Por tanto, como segunda opción, Canadá propuso que se sustituyeran las leyes antidumping por las de competencia, así como que se negociara un código de subvenciones que evitara la necesidad de aplicar medidas compensatorias. Esta opción tampoco prosperó y, al final, como única alternativa aceptable para ambos países, se propuso la creación de un mecanismo de resolución de disputas en materia de antidumping y de subvenciones y medidas compensatorias.

En Canadá prevalecía la opinión, desde mucho tiempo atrás, de que los procesos de investigación sobre antidumping y medidas compensatorias en los Estados Unidos se habían politizado y que la incertidumbre que ello generaba hacía difícil crear un clima de comercio e inversión estable en Canadá.¹³

Aunque los Estados Unidos negaron totalmente esa idea, la amenaza canadiense de abandonar la negociación del ALCCEU si no se encontraba una solución satisfactoria para dicho problema los obligó a aceptar la propuesta de crear un mecanismo de revisión internacional de las acciones antidumping y de medidas compensatorias. La revisión sería realizada por “paneles binacionales” en los que participarían expertos canadienses y su función esencial sería aplicar las leyes del país en el que surgiera un caso, sin que, por otra parte, dichas leyes se alteraran. Las ganancias para Canadá serían importantes desde el punto de vista procesal, ya que contaría con un mecanismo legal que pondría límites a las instancias administrativas estadounidenses, y los Estados Unidos, por su parte, también obtendrían ventajas del proceso.¹⁴

¹³ Por ejemplo, en 1987, los profesores Rugman y Anderson, de la Universidad de Toronto, denunciaron que las leyes sobre antidumping y medidas compensatorias de los Estados Unidos se encontraban en un “estado de virtual anarquía”. Alan Rugman M. y Andrew D.M. Anderson, *Administered Protection in America*, Londres, Croom Helm, 1987, p. 79.

¹⁴ Sam Gibbons, diputado y presidente del Subcomité de Comercio de la Cámara de Diputados, describió los beneficios del mecanismo que se establecería en el capítulo XIX del ALCCEU de la siguiente manera: “Yo soy un profundo creyente en la revisión judicial y [...] el capítulo XIX ofrece muchas ventajas, no sólo a los canadienses sino también a nosotros, ya que garantiza que la revisión judicial en Canadá será más amplia. Dado que ésta no es tan extensa ni tiene un alcance tan vasto como la nuestra, el Acuerdo, con su mecanismo de resolución de disputas, dará más derechos a nuestros compatriotas en el sistema canadiense, mediante la revisión judicial.” *Hearing before the Subcommittee on Courts, Civil Liberties, and the Administration of Justice of the Committee of the Judiciary*, U.S. House of Representatives, 100th Congress, Second Session, 28 de abril de 1988, p. 99.

EL CAPÍTULO XIX DEL ALCCEU: PROPÓSITOS Y FUNCIONAMIENTO

La esencia del capítulo XIX puede resumirse de la siguiente forma: primero, ambos países conservarían sus propias leyes de remedios comerciales, las cuales, por cierto, eran muy similares luego de que Canadá promulgó la SIMA. Canadá y los Estados Unidos acordaron efectuar consultas antes de que se hiciera cualquier cambio a su legislación en la materia y, a petición de alguno de ellos, someter las modificaciones propuestas ante un panel para que éste determinara si las mismas eran congruentes con las obligaciones a las que los sujetaban el ALCEU y el GATT.

Segundo, los dos países acordaron establecer paneles *ad hoc* para realizar una revisión de tipo judicial —que reemplazaría a los tribunales nacionales— de las resoluciones definitivas sobre antidumping y medidas compensatorias dictadas por las instancias administrativas competentes.¹⁵ Además, se estipuló que toda persona que tuviera derecho a invocar la revisión judicial según la legislación de su país tendría también derecho a demandar la revisión ante los paneles, lo cual incluiría las industrias afectadas, tanto nacionales como extranjeras. A los paneles se les encargó examinar el expediente del caso sujeto a revisión a fin de que determinaran si la acción tomada por la agencia administrativa tenía en general sustento en la evidencia contenida en el mismo y si se había dictado de acuerdo con la legislación interna del país en cuya jurisdicción se hubiera iniciado la acción.

Finalmente, las disposiciones del capítulo XIX tendrían una vigencia de siete años, plazo durante el cual los gobiernos continuarían negociando a fin de establecer reglas generales sobre antidumping y políticas de subvenciones que eliminaran la necesidad de las cuotas antidumping y de medidas compensatorias. El capítulo XIX se consideraba, entonces, como un mecanismo temporal.

LA AMPLIACIÓN DEL CAPÍTULO XIX A MÉXICO EN EL TLCAN

El capítulo XIX del ALCEU se estableció entre dos países con leyes de remedios comerciales muy similares y con sistemas de derecho administrativo,

¹⁵ Los paneles del capítulo XIX del ALCEU se componen de cinco miembros o árbitros, elegidos de entre una lista de expertos que elabora cada gobierno, los cuales son en su mayoría abogados en ejercicio. En caso de una revisión, cada gobierno escoge a dos panelistas, mientras que el quinto es designado por acuerdo de los dos gobiernos o por sorteo. En la práctica, la nacionalidad del quinto miembro se ha alternado de un panel al siguiente. En caso de que alguno de los participantes en una revisión alegue conducta dolosa o abuso de autoridad por parte de un panelista, el asunto se envía a un comité de impugnación extraordinaria para que resuelva. De no ser así, la resolución del panel es inapelable.

criterios de debido proceso y derechos procesales también análogos. Cuando se negoció el ALCCEU, se consideró que el capítulo XIX era *sui generis* y que no sería apropiado incluirlo ni en el GATT ni en ningún otro acuerdo comercial.¹⁶ Sin embargo, al negociar el TLCAN, México quiso que se incorporara el mecanismo del capítulo XIX, exactamente por las mismas razones que Canadá lo había solicitado, a saber, para garantizar el acceso a los mercados de sus socios comerciales, especialmente los estadounidenses, y evitar que las acciones antidumping o de medidas compensatorias deterioraran los beneficios de la liberación comercial.¹⁷

Sin embargo, la inclusión del mecanismo del capítulo XIX en el TLCAN no fue una tarea fácil para México, pues los negociadores canadienses y estadounidenses consideraban que el marco legal mexicano en materia de antidumping y cuotas compensatorias era demasiado complejo, tanto en términos sustanciales como procesales.

En lo relativo a la sustancia, la principal preocupación de los Estados Unidos y Canadá era la existencia en la Constitución mexicana del derecho de amparo, que para todo efecto constituye un mecanismo de revisión judicial de los procedimientos judiciales o administrativos. Esta característica tan especial del juicio de amparo hacía concebible que una empresa mexicana o extranjera pudiera utilizarlo como recurso de protección ante la decisión adversa de un panel y, por consiguiente, que hiciera nugatoria la facultad del mismo para dictar sentencias obligatorias e inapelables. Por otra parte, también era factible que la Suprema Corte de los Estados Unidos emitiera algún día una decisión que declarara inconstitucional el capítulo XIX.

Además, aunque la legislación mexicana sobre remedios comerciales parecía, a primera vista, similar a las de Canadá y los Estados Unidos, en realidad tenía bastantes diferencias, motivo por el cual estos últimos se negaron

¹⁶ La negociación del capítulo XIX en el ALCCEU se basó en la premisa de que las leyes comerciales y, de manera más general, el derecho y prácticas administrativas de los Estados Unidos y Canadá eran esencialmente similares. Esto era importante desde el punto de vista procesal, porque algunos panelistas tendrían que aplicar la ley del otro país durante una revisión ante un panel. También era fundamental desde el punto de vista sustantivo, pues, si las leyes de ambos países diferían mucho, los exportadores de uno de ellos podrían no recibir el mismo trato que el acordado para los exportadores del otro.

¹⁷ Conviene señalar que en la negociación del TLCAN, México, en alianza con Canadá, buscó también como primera opción que se suspendiera la aplicación de las leyes de remedios comerciales entre los países miembros del Tratado y, como segunda, que se hicieran cambios sustanciales a la legislación estadounidense. Sin embargo, ninguna de esas opciones prosperó. No obstante, Canadá logró que los Estados Unidos aceptaran que el mecanismo del capítulo XIX se estableciera en forma permanente en el TLCAN y no se limitara su vigencia a siete años, como en el ALCCEU.

en un principio a negociar la ampliación del capítulo a México. Algunas de estas diferencias eran específicas, como la disposición en la ley de comercio exterior mexicana que autorizaba a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI) a aplicar cuotas compensatorias provisionales a un exportador extranjero, en el término de apenas cinco días, sin que en ocasiones el exportador se hubiera enterado siquiera de que era objeto de una investigación. En realidad, los plazos que concedía la SECOFI solían ser más generosos, pero eso a su vez creaba un problema de incertidumbre.

En lo relativo al procedimiento, se pensaba que los juristas de Canadá o los Estados Unidos no serían capaces de aplicar la ley civil mexicana de manera correcta, como tampoco podrían los abogados de México adaptarse a las prácticas jurídicas de los otros dos países. Por ejemplo, el derecho anglosajón (*common law*) otorga a los jueces amplias facultades para que, en casos específicos, interpreten la legislación junto con otros precedentes judiciales, mientras que el derecho civil que se basa en normas codificadas concede a los jueces menor libertad de interpretación.

Otras diferencias eran más generales y se referían a aspectos que, en opinión de los negociadores canadienses y estadounidenses, hacían que las leyes mexicanas fueran menos transparentes que las de sus países, como es la ausencia de obligatoriedad para la autoridad investigadora de compilar un expediente administrativo o de otorgar a las partes audiencias técnicas de discusión y evaluación. Para los juristas sajones ese menor grado de transparencia se traducía en menos garantías de debido proceso y de audiencia.

De esta forma, parecía imposible incorporar a México en el capítulo XIX y su proceso de paneles, en virtud de las diferencias irreconciliables de los sistemas legales. Sin embargo, la situación cambió durante la negociación del TLCAN.

En primer lugar, para calmar las inquietudes de Canadá y los Estados Unidos en cuanto a que las restricciones constitucionales mexicanas podrían interferir con el proceso de paneles, se incluyó un nuevo mecanismo para “salvaguardar el sistema de revisión ante el panel”.¹⁸ Básicamente, el mecanismo consiste en que, si uno de los gobiernos alega interferencia en el proceso de paneles, dicho gobierno puede solicitar una consulta. Si ésta no es satisfactoria, el quejoso puede pedir la integración de un comité especial, que emitirá un fallo sobre el cargo de interferencia inapropiada con el proceso del panel, después de lo cual las partes tratarán de llegar a una

¹⁸ TLCAN, art. 1905. Véase también Gary Horlick y Amanda Debusk, “Dispute Resolution under NAFTA: Building on the US-Canada FTA, GATT and ICSID”, *Journal of World Trade*, vol. 27, núm. 1, 1993, pp. 21-41.

solución mutuamente satisfactoria, en un plazo de 60 días. Si no se alcanza una solución, el gobierno querellante puede suspender la operación del sistema de paneles del capítulo XIX con respecto al otro gobierno, o cualquier otro beneficio otorgado de acuerdo con los términos del TLCAN.

En segundo lugar, México aceptó enmendar su legislación comercial y reglamentos relativos como una fórmula de intercambio (*trade off*) para poder disponer del recurso al capítulo XIX. Aunque, de cualquier forma, México habría tenido que modificar su legislación para adaptarla al TLCAN, las enmiendas y modificaciones que aceptó fueron quizá más profundas y de mayor magnitud que las que hubiera tenido que realizar de no haber existido la presión de la negociación del TLCAN y, en particular, del capítulo XIX. Los compromisos de enmienda específicos de México se incorporaron en el Anexo 1905.15 del TLCAN, "Programa de México", que contiene una lista de los principios de debido proceso y transparencia que deben observarse en los procedimientos sobre remedios comerciales.¹⁹ Por ejemplo, México aceptó establecer itinerarios claros y plazos perentorios para las investigaciones sobre antidumping y sobre subvenciones y medidas compensatorias, así como garantizar que las partes interesadas estén debidamente informadas de los procedimientos y concederles el derecho de comentarlos.²⁰

Pero más importante todavía fue que México aceptó la obligación de que su autoridad administradora (la SECOFI) en los juicios de remedios comerciales compilara un expediente administrativo, el cual constaría de toda la información que ella preparara o recibiera durante las investigaciones sobre antidumping o sobre subvenciones y medidas compensatorias, y más aún, la obligación de que dicha autoridad basara su decisión final exclusivamente en el expediente administrativo.²¹ Estas disposiciones fueron de gran importancia, pues tienen el mérito de dar mayor transparencia a los procedimientos antidumping y de medidas compensatorias y hacen más estricta la presentación y uso de la evidencia, con lo que se reducen las posibilidades de que la instancia administradora actúe en forma arbitraria.

¹⁹ Una lista de las cláusulas que se enmendaron o introdujeron en la legislación mexicana a fin de elaborar el programa mencionado se encuentra en Beatriz Leycegui, "A Legal Analysis of Mexico's Antidumping and Countervailing Regulatory Framework", en Leycegui *et al.*, *op. cit.*, pp. 64-66.

²⁰ Lo anterior se concretó en los artículos 142 a 145 del Reglamento de la Ley de Comercio Exterior, que establecen la obligación para la autoridad de notificar oportunamente a las partes interesadas –incluso mediante el *Diario Oficial*– de las resoluciones dictadas en los procedimientos respectivos. *Diario Oficial de la Federación*, 30 de diciembre de 1993.

²¹ Esta obligación se materializó en el artículo 138 del Reglamento mencionado. *Ibid.*

BENEFICIOS DE LA REVISIÓN DE TIPO JUDICIAL QUE CONTEMPLA
EL CAPÍTULO XIX DEL TLCAN

Un beneficio importante que esperaba obtenerse del proceso consistía en que disminuyera la duración de la revisión judicial en los casos antidumping y de cuotas compensatorias. El ahorro de tiempo, a su vez, implicaría un ahorro de dinero para las partes involucradas. Se pagarían menos honorarios a los abogados (quienes cobran por el tiempo dedicado al caso) y se perdería menos dinero por las incertidumbres del proceso de investigación, al saberse que la resolución se emitiría en un plazo determinado y no podría ser apelada. Más aún, los actores privados obtendrían otros ahorros al transferir los costos al gobierno (dado que es este último el que conduce el proceso y asume la mayor parte de sus costos); esta transferencia se convertiría en un subsidio del gobierno, lo que reduciría aún más los gastos legales para los individuos y empresas privadas.²²

El resultado más importante del ahorro de tiempo y dinero para las personas y empresas privadas sería que tendrían mayor oportunidad (en especial las pequeñas y medianas empresas) de recurrir a la revisión judicial. Se esperaba que esto desalentaría la presentación de quejas injustas y demandas administrativas injustificadas o frívolas, en los casos de remedios comerciales. En el sistema anterior, los abogados a menudo desalentaban a sus clientes a fin de que no apelaran una resolución administrativa, en los casos antidumping y de subvenciones, con el argumento de los elevados costos monetarios que ello implicaba y la inseguridad del resultado.²³ Esto, a su vez, daba lugar a que las autoridades administrativas aplicaran la ley de manera laxa y flexible, dado que era poco probable que sus resoluciones fueran después apeladas.²⁴

Sin embargo, la ventaja que ofrecía esa mayor posibilidad de acudir a la revisión judicial dependería de lo equitativo y objetivo de las decisiones de los paneles. El hecho de que se desalentara la presentación de demandas frívolas y la emisión de resoluciones laxas sería resultado de que los actores privados y las autoridades administrativas comprendieran que sus demandas y resoluciones, respectivamente, serían rechazadas o devueltas y en-

²² Véase Gary N. Horlick y Debra A. Valentine, "Improvements in Trade Remedy Law and Procedures under the Canada-United States Free Trade Agreement", en Donald M. McRae y Debra P. Steger (comps.), *Understanding the Free Trade Agreement*, Halifax, The Institute for Research on Public Policy, 1988, p. 108; Debra Steger, "The Dispute Settlement Mechanisms of the Canada-US Free Trade Agreement: Comparison with the Existing System", *ibid.*, p. 49.

²³ Horlick y Valentine, *op. cit.*, p. 103.

²⁴ Steger, *op. cit.*, p. 49.

mendadas si no se apegaban a la ley; en otras palabras, los beneficios esperados sólo se obtendrían si la decisión de los paneles era justa y de alta calidad.²⁵ En última instancia, el termómetro sería la aceptación de las resoluciones por parte de los gobiernos y los actores privados. Así, por ejemplo, el hecho de que no se utilizara el mecanismo de impugnación extraordinaria implicaría que los gobiernos aceptaban las resoluciones.

OPERACIÓN DEL CAPÍTULO XIX DEL ALCCEU

Como era previsible por el gran volumen de comercio que generó el ALCCEU entre los Estados Unidos y Canadá, fueron muchos los casos de revisión que se presentaron ante paneles, según los términos del capítulo XIX, entre enero de 1989 –cuando el acuerdo comercial entró en vigor– y enero de 1994 –mes de la puesta en marcha del TLCAN. Durante ese periodo dio inicio un total de 49 casos, en 30 de los cuales se revisaron determinaciones finales emitidas por instancias investigadoras estadounidenses y en los 19 restantes, fallos de instancias canadienses.

Tal como lo esperaban ambos gobiernos, los paneles resultaron ser relativamente expeditos. De acuerdo con un estudio realizado por la US General Accounting Office (GAO) del gobierno de los Estados Unidos, los paneles requirieron menos de 17 meses, en promedio, para llevar a cabo su revisión, incluido el plazo para las devoluciones.²⁶ En contraste, la GAO encontró que la Corte de Comercio Internacional (CIT, por su nombre en inglés) de los Estados Unidos tomaba, también en promedio, dos años para efectuar su revisión en los casos de antidumping y de subvenciones y medidas compensatorias.²⁷

²⁵ Uno de los indicadores que medirían la equidad y objetividad de las resoluciones de los paneles sería el reconocimiento por los gobiernos y las partes involucradas de que el panel había aplicado correctamente la ley y que la resolución no reflejaba un sesgo favorable o contrario a la legislación de remedios comerciales, ni un cariz nacionalista.

²⁶ Citado en Guillermo Aguilar Álvarez *et al.*, “NAFTA Chapter 19: Binational Panel Review of Antidumping and Countervailing Duty Determinations”, en Beatriz Leycegui, William S. Robson y S. Dalia Stein (comps.), *Trading Punches: Trade Remedy Law and Disputes under NAFTA*, Washington, D.C., Instituto Tecnológico Autónomo de México/National Planning Association, 1995, p. 32.

²⁷ *Ibid.* Si se toman en cuenta los procedimientos de apelación, la diferencia entre el tiempo promedio que duró la revisión de casos con el mecanismo del capítulo XIX y el que requirieron los tribunales nacionales era aún mayor. En particular, la GAO encontró que, en los tres casos que llegaron a un comité de impugnación extraordinaria, la revisión total promedió menos de dos años, desde el momento que se solicitó la constitución del panel hasta que el comité

Otro resultado importante de los casos presentados ante los paneles es que las decisiones, en gran parte, no suscitaron mayores controversias. En efecto, en 75% de los casos los fallos se alcanzaron por unanimidad y, salvo en el de la madera blanda, ninguno se decidió por razón de la nacionalidad de los panelistas.

Al examinar los 49 casos se descubren los siguientes hechos: de los 19 que se iniciaron para revisar las decisiones emitidas por autoridades canadienses, seis se dieron por terminados a petición de los querellantes, diez obtuvieron un fallo unánime y en los tres casos restantes se presentaron votos disidentes.²⁸

En cuanto a los 30 casos iniciados para revisar las decisiones dictadas por autoridades estadounidenses, 28 de ellos se habían resuelto al momento de la evaluación de la GAO, de los cuales siete se dieron por terminados a solicitud de los querellantes, 16 se decidieron en forma unánime y en cinco se presentaron votos disidentes.²⁹

Es suma, el sistema de paneles binacionales del ALCCEU para la resolución de las disputas entre Canadá y los Estados Unidos presentaba un historial sumamente positivo (por ser relativamente expedito, incontrovertible y justo) y quizá a ello se debió que el gobierno mexicano considerara de importancia estratégica su inclusión en el TLCAN. Una vez logrado esto, hoy, a cinco años de distancia, la pregunta que surge es: ¿qué resultados ha tenido este mecanismo en el TLCAN?

OPERACIÓN DEL CAPÍTULO XIX DEL TLCAN

Al igual que con respecto a Canadá y los Estados Unidos, y exactamente por las mismas razones, tras la entrada en vigor del TLCAN el número de casos presentados según los términos de su capítulo XIX experimentó un marcado incremento. A finales de 1997, se contó un total de 24 casos, de los cuales se resolvieron 17: siete relativos a decisiones adoptadas por las autoridades administrativas estadounidenses, cinco a fallos del gobierno de Mé-

concluyó la revisión, mientras que los casos de la CIT que se apelaron ante los tribunales federales de circuito requirieron de más de tres años.

²⁸ Resulta interesante hacer notar que, en siete de los 13 casos que se resolvieron, los paneles contaron con una mayoría de estadounidenses, mientras que en los otros seis hubo una mayoría de canadienses.

²⁹ De los 21 casos resueltos, 11 paneles contaron con una mayoría de panelistas estadounidenses y diez con una mayoría de canadienses. El caso de la madera blanda, en el que hubo mayoría de canadienses, fue el único cuya decisión se dividió por nacionalidades.

xico y cinco más a decisiones del gobierno canadiense. Asimismo, siete revisiones ante paneles se encontraban pendientes, de las cuales cuatro se referían a decisiones del gobierno estadounidense, dos a fallos del gobierno canadiense y la otra a una decisión del gobierno mexicano.

Sin duda, a finales de 1997, el capítulo XIX estaba funcionando adecuadamente, ya que, a excepción de tres, todas las resoluciones finales de los paneles se decidieron por unanimidad. El tiempo promedio para completar la revisión ante los paneles fue de 457 días, muy cercano al que requirieron los paneles entre Canadá y los Estados Unidos en el ALCEU. Asimismo, conviene destacar que hasta la fecha no ha habido ninguna petición por parte de los gobiernos de conformar un comité de impugnación extraordinaria, lo cual revela que los países firmantes del TLCAN han aceptado la legitimidad de las decisiones de los paneles.

En los casos de revisión de las decisiones de las autoridades mexicanas, al principio los paneles tuvieron dificultades para cumplir con los plazos de 315 días, por diversos motivos que he analizado con detalle en otra parte,³⁰ pero a la fecha parece que las principales de esas dificultades ya fueron superadas. En particular, las decisiones de los paneles en el caso de México se han convertido en puntos de referencia para analizar la legalidad de las resoluciones de las autoridades administrativas en juicios de remedios comerciales, toda vez que hasta ahora ningún juicio de revisión de resoluciones antidumping ha concluido ante el tribunal interno correspondiente, a saber, el Tribunal Fiscal de la Federación.

SIGNIFICADO DEL CAPÍTULO XIX DEL TLCAN

El sistema de resolución de disputas del capítulo XIX del TLCAN es muy singular, sin precedentes en el derecho internacional. Esta singularidad resulta de lo siguiente:

³⁰ En efecto, en dos de los tres primeros casos no se cumplió con el plazo previsto, e incluso en uno de ellos la decisión del panel se emitió con más de un año de retraso. Algunas de las razones que, en mi opinión, explican tal demora son: primero, los paneles tenían dificultades para interpretar el criterio de revisión y sus propios poderes; segundo, había problemas para encontrar panelistas calificados y, de los posibles candidatos, varios debieron eliminarse por la probabilidad de que tuvieran conflictos de intereses; y, tercero, el funcionamiento del panel en dos idiomas estaba impidiendo el cumplimiento de los plazos. Véase mi artículo "Disciplining Antidumping in North America: Is NAFTA Chapter Nineteen Serving its Purpose?", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 14, núm. 2, 1997, pp. 479-501.

- los paneles binacionales revisan decisiones de las autoridades administrativas nacionales,
- las revisiones se basan en el derecho interno de las partes contratantes y no en reglas de derecho internacional,
- tanto las personas físicas como las personas morales (empresas, etc.) están facultadas para solicitar la revisión ante los paneles, y
- las personas físicas y morales pueden participar en el juicio de revisión ante los paneles en nombre propio o mediante un representante.

A diferencia de la mayoría de los mecanismos de resolución de disputas existentes en el mundo, los paneles del capítulo XIX dictan fallos de carácter obligatorio para los gobiernos que forman parte del TLCAN, y se conforman a petición de personas privadas, no de los gobiernos. Es decir, el capítulo XIX responde a la idea de respetar el derecho de los individuos a un proceso justo y no a la de garantizar la soberanía de los Estados.³¹ El capítulo XIX es una respuesta a la creciente globalización de la economía mundial y a la probabilidad cada día mayor de que las acciones administrativas que tome un gobierno afecten a los individuos de otros Estados. La extensión del derecho al debido proceso es un intento por dar legitimidad a la interdependencia gubernamental, en constante aumento.

El capítulo XIX resultó atractivo a los gobiernos y sectores privados de Canadá y México en virtud de que era un recurso para legitimar e, idealmente, aminorar el impacto que tenían sobre sus industrias las medidas antidumping y compensatorias de los Estados Unidos. En términos concretos, ambos países lo plantearon como un medio para evitar que los beneficios de un área de libre comercio fueran menguados por las acciones de remedios comerciales. Pero, al final, y en términos más generales, los tres países lo vieron como una forma de mejorar los procedimientos administrativos en esta área y de disciplinar las acciones de las instancias administrativas de

³¹ La participación en los paneles de ciudadanos de distintas nacionalidades y el carácter obligatorio de sus decisiones permite afirmar que este mecanismo tiene características de órgano supranacional incipiente, aunque no del tipo que posee, por ejemplo, la Corte Europea de Justicia. Como puede suponerse, son precisamente esas características las que hacen que los paneles hayan sido percibidos como una transgresión a la soberanía estatal, especialmente en los Estados Unidos. Esto ha sido planteado expresamente por diversos autores, como Paul Rosenthal, quien sostiene: "El permitir que ciudadanos de otras nacionalidades tomen decisiones sobre si las instancias administrativas estadounidenses han cumplido con la voluntad de nuestro Congreso es una clara transgresión de la soberanía de los Estados Unidos." Véase su ponencia "A NAFTA Scorecard: Chapter 19 Panel Reviews and the Future of NAFTA", presentada en el seminario "International Trade Update", Georgetown University Law Center, Washington, D.C., 13 y 14 de noviembre de 1997.

otros países, las cuales podrían repercutir negativamente sobre los individuos y empresas de los miembros del TLCAN. Sus élites políticas y económicas consideraron aceptable el capítulo XIX, pues resultaba un proceso de revisión de tipo judicial más confiable para un extranjero que un procedimiento administrativo, y porque se planteó como un mecanismo binacional que aseguraba a los tres países que sus juristas y expertos estarían representados en el mismo.³²

IMPORTANCIA DEL CAPÍTULO XIX PARA OTROS PAÍSES

Las condiciones que dieron origen al capítulo XIX del TLCAN fueron creadas por la creciente integración de la economía internacional, propiciada a su vez por los procesos multilaterales y regionales de liberación económica. A medida que avanza la integración de las economías, las restricciones nacionales al comercio son eliminadas y se presta mayor atención a las acciones restrictivas al comercio que imponen otros países. Sylvia Ostry ha propuesto la tesis de que conforme avanza la liberación económica produce una profundización de la integración y ésta trae consigo nuevos problemas y restricciones comerciales.³³ Éste fue sin duda el caso de Canadá en el ALCEU y de México en el TLCAN. Ambos países habían conseguido un acceso sustancial al mercado de los Estados Unidos antes de la negociación de los acuerdos regionales, pero fue precisamente la mayor integración de las economías lo que llevó a las industrias estadounidenses a recurrir cada vez más a las acciones de remedios comerciales y a crear nuevos problemas que los gobiernos tuvieron que enfrentar. De igual forma, a medida que avance la liberación negociada en la Ronda Uruguay y otros acuerdos regionales, un gran número de países se encontrarán en la misma posición que México y Canadá, es decir, se verán obligados a proteger el acceso ya obtenido de las prácticas de restricción al comercio que apliquen los países con los que tengan sus principales vínculos comerciales. Es así que la preocupación de Ca-

³² Sam Gibbons, diputado y presidente del Subcomité de Comercio de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos, reconoció esto claramente al expresar: "Ellos [los canadienses] tienen más confianza en nuestros tribunales que en nuestros procedimientos administrativos, de la misma manera que nosotros, en mi opinión, confiamos más en sus tribunales que en su procedimiento administrativo, el cual suele seguir los devaneos de la política y de los juegos en los que se tiene que ganar y perder." *Hearing before the Subcommittee on Courts, Civil Liberties, and the Administration of Justice of the Committee on the Judiciary*, op. cit., p. 102.

³³ Sylvia Ostry, *Government and Corporations in a Shrinking World*, Nueva York, Council on Foreign Relations, 1990.

nada y, más tarde, de México respecto a la "seguridad" de su acceso al mercado estadounidense fue lo que precipitó la negociación del capítulo XIX.

Las acciones antidumping están estrechamente relacionadas con la interdependencia creciente de las economías. A medida que se reduce el nivel general de restricciones gubernamentales al comercio, los actores privados recurren a la protección específica que ofrecen las leyes sobre remedios comerciales, mediante procedimientos administrativos. Si bien es cierto que las acciones antidumping no ponen en riesgo la integración económica, en su conjunto sí pueden convertirse en una seria amenaza para los prospectos de un orden comercial más liberal.

Como se comentó antes, durante el periodo de 1980 a 1997 los países de la OCDE recurrieron más de dos mil veces a este tipo de acciones. Cerca de 50% de ellas las iniciaron los Estados Unidos y la Unión Europea, aunque Canadá y Australia fueron otros de los países que más las utilizaron. Pero, aún más importante, cada día crece el número de países que promulgan su propia legislación antidumping, sobre todo entre las naciones en desarrollo.³⁴ Las acciones antidumping sin duda aumentarán más como resultado de la obligación para los países miembros de la OMC de que sus leyes en la materia estén acordes con los convenios de la Ronda Uruguay.³⁵ Este requerimiento llevará a que los países que no cuentan con una legislación de remedios comerciales la promulguen en el futuro cercano y ello desembocará en el incremento de las acciones antidumping.

La frecuencia de dichas acciones precipitaron la creación del capítulo XIX en el ALCEU y el TLCAN y podría ocurrir lo mismo en la OMC. Un número considerable de autores sostiene que la mejor estrategia para acabar con el sesgo proteccionista de las legislaciones antidumping es reformarlas o sustituirlas por leyes de competencia,³⁶ pero esto es poco probable en virtud del clima político que prevalece en la actualidad, como lo demostraron las negociaciones sobre esta materia en la Ronda Uruguay.³⁷ Otra buena alternativa sería garantizar que las instancias administrativas de los países im-

³⁴ Ostry señala en su libro que, en 1989, 28 países ya habían adoptado una legislación de remedios comerciales y que ésta facilitó que dichos países evadieran programas de ajuste estructural establecidos con el Banco Mundial. *Idem*, p. 41.

³⁵ Acta Final del Artículo XVI (4) de los Acuerdos de Marruecos por los que se crea la OMC.

³⁶ Véase Thomas M. Boddez y Michael Trebilcock, "The Case for Liberalizing North American Trade Remedy Laws", *Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 4, núm. 1, 1995; Patrick A. Messerling, "Should Antidumping Rules Be Replaced by National or International Competition Rules?", *World Competition*, vol. 18, núm. 1, septiembre de 1994.

³⁷ La mayoría de los analistas coinciden en que uno de los temas en los que la Ronda Uruguay, lejos de avanzar, tuvo retrocesos es el de antidumping, debido a la oposición de los Estados Unidos. Véase Jeffrey Schott, *The Uruguay Round Results*, Washington, D.C., Institute for International Economics, 1995.

portadores llevaran a cabo las acciones antidumping en forma adecuada y equitativa. Si los países miembros de la OMC siguieran esta estrategia, un posible curso de acción sería establecer una revisión de tipo judicial de las instancias administrativas, en el ámbito multilateral.

Se podría argumentar que ya existe una forma rudimentaria de revisión administrativa en el Código Antidumping de la OMC, el cual estipula en su artículo 17.6 (i) la obligación para los paneles de resolución de disputas de determinar que las autoridades, al examinar los hechos en una investigación antidumping, lo hagan de manera “apropiada, imparcial y objetiva”. Además, estos requisitos procesales se refuerzan en el Código con otras tres obligaciones, a saber: que todos los participantes en una investigación antidumping tengan oportunidad suficiente de presentar pruebas (artículo 6.1), que las autoridades den a conocer los hechos esenciales que sustentan su resolución (artículo 6.9) y que los miembros de la OMC concedan el derecho a la revisión judicial de las acciones de las autoridades que dicten las resoluciones administrativas finales en materia de antidumping (artículo 13). Sin embargo, como han observado varios autores, el criterio de revisión que deben seguir los paneles de la OMC es laxo, pues se basa en una norma deferencial de revisión, lo cual quiere decir que los paneles están obligados a reconocer que las acciones de las autoridades se apegaron al Código Antidumping si se fundaron en una posible interpretación del mismo, aun cuando existan diversas interpretaciones, e independientemente de que el panel hubiera podido llegar a una conclusión diferente con base en la evidencia presentada.³⁸

Por el contrario, la capacidad de revisión de las acciones de las autoridades administrativas es mucho más amplia en el TLCAN, no tanto por el criterio de la revisión misma sino por las garantías procesales que los países miembros establecieron en las leyes y reglamentos administrativos.³⁹ Estas garantías procesales forman la base del procedimiento de revisión administrativo del capítulo XIX del TLCAN, más que el sistema de paneles *ad hoc*, el cual es, en opinión de algunos, el signo distintivo del mecanismo de dicho capítulo. A medida que las economías nacionales profundicen su interdependencia económica, es muy probable que garantías procesales similares, en las investigaciones antidumping, se vuelvan más atractivas para los países miembros de la OMC y que el sistema del capítulo XIX se convierta en la nueva fórmula internacional de regulación del antidumping.

³⁸ Véase Philip A. Akakwam, “The Standard of Review in the 1994 Antidumping Code: Circumscribing the Role of GATT Panels in Reviewing Antidumping Determinations”, *Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 5, núm. 2, verano de 1996.

³⁹ Estas garantías se describen de manera expresa en los compromisos que aceptó México en el TLCAN, en su anexo 1904.15, al que nos referimos antes. Véase nota 19.