

EL ARBITRAJE ESPACIO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO INTERNACIONAL

REYNA BRIZ FRANCO ORTIZ

Tiene raíces, incluso en la prehistoria, además de que dicha institución al momento de su nacimiento en las antiguas legislaciones, tal es el caso de Roma, donde era permisible únicamente para litigios presentes y no para futuros, y los tribunales romanos no podían ejecutar el laudo que se dictara, y fue sólo hasta Justiniano cuando se hizo posible, a condición que fuese aceptado por las partes por escrito y que no hubiera oposición al respecto. En Alemania, puede decirse que se permitía el arbitraje, ya que la actividad que realizaba el pueblo era preponderantemente comercial y los comerciantes podían resolver sus propios conflictos aplicando las normas de Derecho común no legislado, fue así que durante los siglos VII y VIII el arbitraje prácticamente desapareció y fue hasta el Código Bávaro de 1753 y el de Prusia de 1794 que se reglamentó el arbitraje con algunas restricciones, como la de no someter al arbitrio cuestiones futuras, y es hasta el año de 1877 con el Código de Procedimientos Civiles en que se autorizó el arbitraje para litigios futuros, incluso se autorizó a los tribunales judiciales para designar árbitros. Caso contrario sucedió en Inglaterra, que en el año de 1698 aprobó la primera ley sobre arbitraje, la que prohibía revocar el acuerdo arbitral, con la consecuente laguna de ley que no estableció la prohibición de revocar el nombramiento del árbitro, de manera que revocado éste prácticamente no había proceso arbitral, esta legislación es punto primordial de partida para entender el arbitraje como figura jurídica pues incluso en 1854 *The common law procedure act*, estableció que los tribunales tendrían que sobreseer cualquier procedimiento que impidiera la ejecución de un acuerdo arbitral, y la ley de 1889, robustece ampliamente el acuerdo arbitral, a manera de ejemplo únicamente la *Condon Corn Trade Association* hasta antes de la Segunda Guerra Mundial resolvió más de 20,000 litigios por año. En Estados Unidos de América, el acuerdo arbitral ha sido confuso pues la regla de revocabilidad estuvo vigente hasta 1920 para litigios presentes, no así para los futuros y es hasta el año de 1926 con la Ley de Arbitraje que se con-

solida el arbitraje en el interior, y en la actualidad, el arbitraje se estudia de dos vertientes, el regulado por el *Common law* para el arbitraje del interior y el regulado por la codificación que viene a ser el arbitraje comercial internacional con algunas adiciones que han tomado de los acuerdos internacionales y que lleva a concebir la intervención que Estados Unidos tiene en asuntos comerciales internacionales.

EL COMPROMISO ARBITRAL PARA LA APLICACIÓN DEL CONVENIO

El compromiso puede celebrarse por escrito ante fedatario público, por escritura privada o ante una autoridad judicial debiendo designarse el negocio o negocios que se sujeten al juicio arbitral y el nombre de los árbitros. En materia civil el compromiso termina con la muerte del árbitro si no tuviere sustituto cuando hubiere sido designado por las partes, por excusa del árbitro, por recusación con causa, o porque el nombramiento haya recaído en cualquier funcionario de la administración de justicia y por la expiración del plazo estipulado o del legal.

Tiene como característica que es un procedimiento privado en razón de lo convencional estableciendo una relación jurídica triangular en el que el árbitro es el vértice principal, con facultades de mediación, conciliación, transacción, y decisión donde las reglas del procedimiento provienen del derecho convencional internacional, del derecho interno legislativo y del *Jus Mercatorum* que Jorge Alberto Silva enumera de la siguiente manera: “Derecho convencional internacional. 1. Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. 2. Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional. 3. Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos extranjeros. 4. Convención entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales en materia civil y mercantil. Codificación interna. 1. Código de Comercio. 2. Código Federal de Procedimientos Civiles. 3. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. 4. Código de Procedimientos Civiles para cada entidad federativa, *Ius Mercatorum*. 1. Reglas de procedimiento de los centros internacionales de arbitraje. 2. Leyes modelo de arbitraje”,¹ sin embargo, no obstante las normas que sirven como fuente del proceso arbitral, el procedimiento es eminentemente convencional que eligen y regulan los propios interesados a través de convenios multilaterales emanados de acuerdos o tratados comerciales que adoptan las fuentes que antes se han mencionado, ya que, si bien es cierto, el arbitraje encuentra su base en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, también lo es que, es una institución regulada

¹ JORGE ALBERTO SILVA, *Arbitraje comercial internacional en México*, Pérezniето Editores, México, 1994, p. 24.

por las leyes de los Estados, las que se incorporan al arbitraje internacional dando así una vinculación directa entre la materia a regular y el derecho positivo, de ahí que la decisión del árbitro tenga carácter ejecutivo con fuerza de sentencia judicial, con algunas variantes como el arbitraje de equidad el que se entiende como una modalidad del arbitraje en derecho en el que los principios o normas son a leal saber y entender, y como se menciona en el reconocido libro *Derecho del Comercio Internacional* "...es necesario advertir que, por similar que aparezca el procedimiento arbitral al judicial, por próximos que sean los efectos de las sentencias judiciales y arbitrales, arbitraje y jurisdicción no deben confundirse".²

En el arbitraje internacional debe existir un convenio arbitral el que se rige por las reglas generales de los contratos y las específicas del arbitraje, en donde el consentimiento de las partes es base fundamental para la existencia del convenio arbitral, y en todas las cuestiones litigiosas que surgen de las relaciones jurídicas, sean o no contractuales, en los casos en que dichas relaciones se encuentren dentro de la libre disposición de los contratantes siempre que sean determinadas, sin que pueda someterse al arbitraje cuestiones futuras, pues ello equivaldría a renunciar al derecho de tutela judicial reconocido por la Constitución. Su forma esencialmente es escrita necesariamente para la existencia del convenio mismo, pues a falta de ésta el contrato resulta nulo, sin que se exija determinado criterio respecto de la formalización, pudiéndose constituir por cualquier medio de comunicación, tales como fax, telegrama, internet, etc., siempre que exista constancia de la voluntad de las partes de someterse al convenio arbitral.

El convenio debe contener la voluntad inequívoca de las partes, la determinación de la cuestión litigiosa, que constituye el objeto del arbitraje, incluso debe contener si la decisión de los árbitros será con arreglo a derecho o equidad, y si las partes optaron expresamente por este último los árbitros resolverán en equidad, con excepción cuando se trate de una corporación o asociación pues en este caso deberá estarse a lo que resulte de su reglamento interno. Asimismo las partes tienen la libertad de designar a los árbitros y las reglas del procedimiento en cualquier momento, previo o posterior, a su decisión de someterse al convenio arbitral, mediante acuerdos complementarios, y los árbitros serán nombrados de acuerdo al reglamento de las corporaciones, asociaciones y entidades que se sometan al convenio arbitral y sus diferencias podrán supeditarse a un tercero que podrá ser persona física o jurídica.

ANTECEDENTES EN MÉXICO DE CONVENIOS Y TRATADOS

A partir de 1832 el gobierno francés presenta al gobierno mexicano reclamaciones por atropellos de las que fueron víctimas sus nacionales, exigiendo

² José Carlos Fernández Rosas (editor), *Derechos del comercio internacional*, Madrid, p. 474.

indemnizaciones por actos cometidos por las autoridades en forma de empréstitos, denegación de justicia, violencias y arbitrariedades militares por lo que hacia el año de 1834 se suscribió un convenio provisional de comercio, es éste el primer antecedente de convenio dentro del arbitraje internacional en nuestro país, no obstante que desde 1827 ya se habían hecho algunas declaraciones que no fueron aprobadas por el Congreso, como tampoco lo fueron el Tratado de Conciliación de Intereses de 13 de marzo de 1831, ni el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación de fecha 15 de octubre de 1832; controversias que fueron resueltas por el laudo firmado por la reina de la Gran Bretaña de fecha 1º de agosto de 1844 el que en relación con los buques mercantes apresados decía textualmente: “Opinamos: que después de la salida de México del Plenipotenciario de Francia y de la notificación con que acompañó ese acto, al que se siguieron, por parte de los franceses, las operaciones hostiles contra la fortaleza de San Juan de Ulúa y la escuadra mexicana, y por la del gobierno de México, la efectiva declaración de guerra y la expulsión de súbditos franceses del territorio de la República, los dos países estaban en un estado de guerra, cuya existencia se reconoce por el contexto del tratado y de la convención, y por consiguiente, que Francia no está obligada a restituir ni dar compensación por los buques mencionados en el tratado, ni por los buques ni cargamentos comprendidos en el artículo II de la convención.”

“Tocantè al segundo punto citado en el artículo II del Tratado. Somos de dictamen que, ni los súbditos franceses ni los mexicanos tienen derecho a indemnización alguna, quedando justificados los actos de ambos países con las hostilidades existentes entre ellos.”³

A través de más de una centuria se dirimió el asunto de “El Chamizal” que hubo de resolverse por varios tratados y de acuerdo a las convenciones entre los Estados Unidos de Norteamérica y nuestro país fundándose siempre en el Derecho Internacional. Este territorio pertenecía inicialmente a México por encontrarse al lado sur del Río Bravo cuando entraron en vigor los Tratados de Guadalupe Hidalgo y La Mesilla en 1848 y 1853, sin embargo, el aluvión que dio margen a que “El Chamizal” quedara en territorio norteamericano dio margen al problema que primero inició como una fase diplomática, después a una base jurídica que contempló las formas jurídicas desde la legislación romana conocidas como aluvión, la avulsión, la formación de islas y cambio de lechos, pasando por convenciones como la de 1884 y la existencia de una comisión internacional de límites que tendría, entre otras, la obligación de examinar a solicitud de cualquiera de los comisionados las alteraciones pluviales que ocurrieran comparando el cauce entre los planos y el cambio derivado de la avulsión, pero como señala Antonio Gómez Robledo: “No era, como se ve, el arbitraje obligatorio en todo el rigor de la expresión; pero sí, por lo menos, el compromiso de considerar ‘maduramente y en espíritu de paz y de buena vo-

³ Citado por LUIS G. ZORRILLA, *Los casos de México en el arbitraje internacional*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1981, p. 26.

luntad', como dice también el artículo citado, el recurso de este procedimiento. De hecho, esta provisión bastó en el caso de "El Chamizal".⁴ Controversia que concluyó en el año de 1963 con la devolución de "El Chamizal" a nuestro país.

Otras controversias que dieron lugar al arbitraje internacional con nuestro país son: Las reclamaciones de mexicanos y guatemaltecos contra actos de autoridades de los dos países en el año de 1888; daños causados a mexicanos por Guatemala en el año de 1895; lo constituyen también el caso Oberlander-Messenger contra México en 1897; revisión del primer laudo sobre el Fondo Piadoso de las Californias en 1902; crédito mexicano contra Venezuela en 1903; prioridad de créditos contra Venezuela en 1903; Soberanía sobre la Isla Pasión o Cliperton reclamada por Francia en 1909; reclamaciones de mexicanos y norteamericanos, contra actos de autoridades de los dos países en el año de 1923; reclamaciones de extranjeros contra México por actos de revolucionarios entre 1910-1920; así como diversas reclamaciones contra México de norteamericanos en 1923; de franceses en 1924; de alemanes en 1925; de españoles e ingleses en el mismo año; de italianos en 1927 y de belgas en el mismo año.

El arbitraje tuvo su época de mayor brillo en el siglo pasado y principios del presente, sin embargo, en la época actual se ha vuelto a la práctica de buscar soluciones políticas y no jurídicas a los problemas de los pueblos, lo que ha hecho que se fortalezca la Organización de las Naciones Unidas, el Tribunal Permanente de Arbitraje y los Tribunales de la Corte de Justicia Internacional establecidos en La Haya, al respecto, México ha suscrito diecinueve tratados de arbitraje los que han cumplido su objeto, e incluso se han firmado algunos otros que no han tenido aplicación práctica, dado que no surgieron conflictos durante su vigencia, debiéndose señalar que existen otros tratados que tienen vigencia indefinida.

LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Conjuntamente a la Constitución General de la República los tratados internacionales tienen carácter forzoso para aplicarse en el país, según lo establece el artículo 133 que señala que además de la Carta Magna las leyes del Congreso de la Unión también los tratados que celebre el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley suprema en toda la Unión, de esa forma encontramos que el Tratado Internacional que está acorde con la Constitución se debe considerar por encima de disposiciones emitidas por los Estados de la Federación, al efecto Antonio Gómez Robledo nos expresa que: "Ahora bien, esta reforma podrá haber tenido cierta utilidad práctica, en cuanto que libera al juez mexicano (a éste se dirige, en efecto, el precepto constitucional) de la perplejidad en que podía encontrarse al tener que aplicar un tra-

⁴ ANTONIO ROBLEDÓ GÓMEZ, *México y el arbitraje internacional*, 2ª ed., Ed. Porrúa, S. A., México, 1994, p. 183.

tado contrario a la Constitución, o, por el contrario, esta misma; ahora, en cambio, tiene el juez una norma segura para su decisión. Pero, con reforma o sin reforma, no hemos sabido nunca que ninguno de nuestros constitucionalistas haya sostenido en ningún tiempo la peregrina idea de que el presidente de la República pudiera celebrar tratados contrarios a la Constitución, como si, por ejemplo, un tratado de los prohibidos en el artículo 15 hubiera podido ser Ley suprema de la Unión antes de la reforma constitucional de 1934.”⁵

La práctica comercial busca una competencia eficaz dentro de restricciones de competencia con la implantación de condiciones diferentes, que prohíben ante todo el efecto lesivo de la competencia con el establecimiento de objetos ambivalentes, o sea, aquéllos en los que el objeto es lícito y sus efectos son prohibidos por los acuerdos comerciales. Ante este tipo de problemas han surgido normas jurídicas que se aplican a la contratación internacional en las diferentes materias tanto de compraventa, contratos de distribución, sobre propiedad industrial, transporte internacional de mercancías, contratos bancarios, de seguros, de financiación y en general los que requieren las transacciones comerciales ya no solamente entre países, sino aun entre regiones. Ante esta gama de actos jurídicos es lógico y normal que surjan controversias que se van a regir por el arbitraje comercial internacional, y en el presente trabajo se pretende tocar la solución de conflictos mediante arbitraje, abarcando temas tan extensos como la nacionalidad, la extranjería y la internacionalidad, el arbitraje, los convenios, el procedimiento arbitral, los laudos arbitrales y sus recursos. Al respecto el maestro Briseño Sierra nos dice y en relación con la convención de Nueva York, de 1958, que: “Dicha convención se refiere al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras fue aprobada por México según publicación aparecida en el *Diario Oficial* de la Federación de veintidós de junio de mil novecientos setenta y uno... Naturalmente, las condiciones de orden público que menciona la convención para obstaculizar el reconocimiento del laudo extranjero, son las mismas de las leyes mexicanas y nada nuevo se puede agregar al respecto.”⁶

Su aplicación en los conflictos comerciales que surgen cotidianamente entre dos o más partes, hace que su reglamentación tenga que actualizarse permanentemente con el concurso de los interesados, quienes lo hacen a través de sus respectivos gobiernos, por medio de los tratados que se firman, la mayoría de las veces de manera multilateral, para establecer normas generales de comercio y dentro de éstas el tipo de arbitraje a que se sujetarán las controversias, claro ejemplo de ello lo encontramos en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que entró en vigor en enero de 1994, suscrito por los gobiernos de Estados Unidos de Norteamérica, Canadá y México, mismo que en el capítulo vigésimo establece las disposiciones institucionales y procedimientos

⁵ *Ibid.*, p. 287.

⁶ HUMBERTO BRISEÑO SIERRA, *El arbitraje comercial*, Editorial Noriega Editores, Ed. Limusa, 1ª ed., 1979, p. 50.

para la solución de controversias, mediante una cooperación mutua para llegar a un acuerdo sobre la interpretación y aplicación del propio tratado, buscando antes del procedimiento controversial alcanzar una solución “mutuamente satisfactoria”, como se lee en el artículo 2003 de dicho documento, que sin embargo, es una de las formas de solución legalmente establecidas y que por ende válida y obligatoria a las partes, lo que reafirma la consideración que arriba se menciona respecto de la naturaleza del arbitraje internacional.

México ha firmado tratados y convenciones con diversos países, con Francia en 1834, 1839, 1909, 1924, 1928; Estados Unidos de Norteamérica en 1839, 1848, 1853, 1868, 1902, 1909, 1910, 1923, 1929 y el TLC conjuntamente con Canadá en 1993, con Guatemala en 1888, 1895 y en general con España, Venezuela, Italia, Alemania, Brasil, Colombia, Bélgica.

Como antecedente del ya mencionado Tratado de Libre Comercio de América del Norte, es pertinente mencionar que ya en 1921, los Estados Unidos, no obstante que no había relaciones entre México y ese país, sugirió que se celebrara un convenio para crear la Comisión Mixta de Reclamaciones que estudiara las que se habían motivado por los perjuicios causados durante la época revolucionaria a los ciudadanos norteamericanos, proposición a la que México respondió que solamente si se reanudaban las relaciones diplomáticas entre ambos, por lo que se dio lugar a las conferencias de Bucareli, mismas que tuvieron lugar en la casa número 85 de la Avenida Bucareli de la ciudad de México, y que en el fondo dieron marcha atrás con los tratados de la Huerta-Lamont, y con la retroactividad del artículo 27 constitucional, creando de la misma forma las comisiones mixtas de reclamación que incluían extranjeros en lugar de la Comisión Nacional de Reclamaciones establecida por Madero y formada por mexicanos, conferencias que culminaron con el reconocimiento del régimen de Álvaro Obregón y con la reanudación de relaciones diplomáticas entre los dos países. De las quejas presentadas durante el año que se concedió para ello y que deberían de haberse resuelto en un plazo de tres años, tenemos que en 1931 la Comisión General de Reclamaciones México-Americana presentaba el siguiente informe: Reclamaciones americanas 2,781, por un monto de \$513,694,267.17, de las que 50 fueron desechadas o no admitidas, y se habían dictado 89 resoluciones por un monto de \$4,607,926.59. Reclamaciones mexicanas 836, por un monto de \$246,158,395.32, de las que 4 fueron desechadas o no admitidas, y se habían dictado 5 resoluciones por un monto de \$39,000.00. Por lo que hace a la Comisión Especial de Reclamaciones México-Americana, en el mismo periodo tenía 3,176 reclamaciones por un monto de \$431,300,132.41, de las que 18 fueron rechazadas y ninguna resolución.

Otros antecedentes importantes de las relaciones México-Americana en materia de tratados en el presente siglo son “El Chamizal” y el “Fondo Piadoso”, aquél que se deriva de la desviación del curso del Río Bravo, lo que dio origen a que el territorio mexicano quedara dentro del de Estados Unidos, sosteniendo el gobierno mexicano que el movimiento brusco del río hacia el sur en

1864 fue un cambio abrupto y repentino de la corriente, no un cambio por erosión, por consiguiente no se debería de perder ese territorio, por lo que al llevarse a arbitraje internacional, un árbitro canadiense, El Fleur, resolvió que alrededor de un tercio de "El Chamizal" pertenecía a los Estados Unidos y el resto a nuestro país, resolución que no fue aceptada por Estados Unidos y el Fondo Piadoso que se generó cuando los jesuitas fueron expulsados de México en 1767 el Fondo Piadoso de las Californias, que había sido puesto a su disposición para la misión en Baja California, pasó a ser propiedad del virreinato español. Después de la Independencia de México en 1821, el gobierno mexicano puso el fondo a disposición del obispado de las Californias; pero en 1824, el gobierno vendió el fondo, asumiendo la obligación de pagar al obispado el 6 por ciento de interés anual sobre su valor. La situación se complicó cuando los Estados Unidos se apoderaron de California, insistiendo México en que los Estados Unidos lo deberían de reemplazar con relación a los derechos y obligaciones hacia California. Pero en el caso del fondo, el Tribunal de La Haya resolvió en 1902 que México debía cubrir los pagos atrasados y pagar \$45,051 anualmente.

Con los antecedentes mencionados se pretende dar un panorama general de la mecánica en materia de tratados entre los países de Norteamérica y que ahora con el del libre comercio se han eliminado los acuerdos y disposiciones de carácter sectorial, con modalidades que privilegian los intercambios entre los países participantes estableciendo plazos de desgravación a partir de la entrada en vigor el 1º de enero de 1994, sin embargo, las facilidades que supuestamente otorga el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica, se han visto desaparecidas literalmente con la subsistencia de problemas de actualidad como el del autotransporte, el aguacate, el atún, entre otros. Los que han generado controversias que definitivamente deberán encausarse para su solución a través de las disposiciones institucionales y procedimientos que establece el capítulo XX del precitado Tratado ante la Comisión del Libre Comercio que puede establecer y delegar responsabilidades en comités *ad-hoc* o permanentes, grupos de trabajo y de expertos con reglas y procedimientos que se determinarán en las reuniones que se celebrarán por lo menos una vez al año, rotándose la presidencia sucesivamente.

Debe identificarse la naturaleza en razón de la materia de la controversia de que se trate, pues de acuerdo con los artículos 2003 y 2004 del Tratado de Libre Comercio, no se aplicará el capítulo XX en las de cuotas *antidumping* y compensatorias; quedando a elección de las partes, en los otros casos, resolver la controversia también sujetándose al Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), siendo un foro excluyente del otro.

Así en materia ambiental vemos la disposición de la economía mexicana, a la vista de la apertura económica y del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), ha acelerado el surgimiento de fuerzas suficientemente poderosas para estructurar en proporción cada vez mayor, la actividad económica de México, con orientaciones generales que deben de surgir ciertos pro-

cesos o actividades en términos de la política ambiental del país, obligando al establecimiento de normatividad harto complejas en materia ambiental, pero también con un espíritu de cooperación internacional que da margen a una nueva, al menos para nuestro país, directriz en la actividad social económica e industrial del desarrollo nacional. Así tenemos los acuerdos de cooperación ambiental que se expresan en el preámbulo en los siguientes términos: “El gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, el gobierno de Canadá y el gobierno de los Estados Unidos de América”:

CONVENCIDOS de la importancia de conservar, proteger y mejorar el medio ambiente en sus territorios y de que la cooperación en estos terrenos es un elemento esencial para alcanzar el desarrollo sustentable, en beneficio de las generaciones presentes y futuras;

REAFIRMANDO el derecho soberano de los Estados para aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, así como su responsabilidad de velar por las actividades bajo su jurisdicción no causen daño al medio ambiente de otros Estados ni a zonas fuera de los límites de jurisdicción nacional;

RECONOCIENDO la interrelación de sus medios ambientes;

ACEPTANDO que los vínculos económicos y sociales entre ellos, incluido el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC), son cada vez más estrechos;

CONFIRMANDO la importancia de las metas y los objetivos ambientales incorporados en el TLC, incluido el de mejores niveles de protección ambiental;

SUBRAYANDO la importancia de la participación de la sociedad en la conservación, la protección y el mejoramiento del medio ambiente;

TOMANDO en cuenta que existen diferencias en sus respectivas riquezas naturales, condiciones climáticas y geográficas, así como sus capacidades económicas, tecnológicas y de infraestructura;

REAFIRMANDO la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972 y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992;

RECORDANDO su tradición de cooperación ambiental y expresando su deseo de apoyar y llevar adelante los acuerdos ambientales internacionales y las políticas y leyes existentes a fin de promover la cooperación entre ellos, y

CONVENCIDOS de los beneficios que habrán de derivarse de un marco, en especial de una comisión, que facilite la cooperación efectiva para conservar, proteger y mejorar el medio ambiente en su territorio;

HAN ACORDADO LO SIGUIENTE:⁷

Obligando a la existencia de diversas instancias del diseño de la gestión y la política ambiental en las que participan activamente ciudadanos o sectores organizados de la población, tanto instituciones académicas y grupos de interés

⁷ *Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Texto oficial*, SECOFI, Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1993, pp. 1099-1100.

como organismos no gubernamentales. Éstos pueden integrarse en ámbitos técnicos, administrativos, económicos y consultivos para asumir responsabilidades en una tarea importante de diseño y aplicación de políticas ambientales y en la atención de problemas específicos.

De hecho, la concertación para promover la participación y la corresponsabilidad social en la gestión ambiental, se constituye en un instrumento muy poderoso para apoyar las capacidades y los alcances de la política, así como de planes, programas y proyectos.

OBJETIVOS

ARTÍCULO 1º—OBJETIVOS.

Los objetivos de este acuerdo son:

- a) Alertar la protección y el mejoramiento del medio ambiente en territorio de las partes, para el bienestar de las generaciones presentes y futuras;
- b) Promover el desarrollo sustentable a partir de la cooperación y el apoyo mutuo en políticas ambientales y económicas;
- c) Incrementar la cooperación entre las partes encaminada a conservar, proteger y mejorar aún más el medio ambiente, incluidas la flora y la fauna silvestre;
- d) Apoyar las metas y los objetivos ambientales del TLC;
- e) Evitar la creación de distorsiones o de nuevas barreras en el comercio;
- f) Fortalecer la cooperación para elaborar y mejorar las leyes, reglamentos, procedimientos, políticas y prácticas ambientales;
- g) Mejorar la observancia y la aplicación de las leyes y reglamentos ambientales;
- h) Promover la transparencia y la participación de la sociedad en la elaboración de leyes, reglamentos y políticas ambientales;
- i) Promover medidas ambientales efectivas y económicas eficientes, y
- j) Promover políticas y prácticas para prevenir la contaminación.

ARTÍCULO 2º—COMPROMISOS GENERALES.

1. Con relación a su territorio, cada una de las partes:

- a) Periódicamente elaborará y pondrá a disposición pública informes sobre el estado del medio ambiente;
- b) Elaborará y revisará medidas para hacer frente a las contingencias ambientales;
- c) Promoverá la educación en asuntos ambientales, incluida la legislación ambiental;
- d) Fomentará la investigación científica y el desarrollo de tecnología en materia ambiental;
- e) Evaluará los impactos ambientales, cuando proceda, y

f) Promoverá el uso de instrumentos económicos para la eficiente consecución de las metas ambientales.

2. Cada una de las partes examinará la posibilidad de incorporar a su derecho cualquier recomendación que elabore el consejo conforme al artículo 10 (5) (b).

3. Cada una de las partes examinará la posibilidad de prohibir la exportación a territorio de otras partes de pesticidas o de sustancias tóxicas cuyo uso esté prohibido en su propio territorio. Cuando una parte adopte una medida que prohíba o limite de manera rigurosa el uso de dicha sustancia en su territorio, lo notificará a las otras partes, ya sea directamente o a través de una organización internacional pertinente.⁸

Situaciones que han dado margen a que se modifique por parte de la actual legislatura la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, pues a través de la Comisión de Ecología y Medio Ambiente, se han hecho eco a las sugerencias recabadas en la consulta nacional sobre legislación ambiental que ha redundado en un conjunto de figuras jurídicas que respondan a las necesidades de los problemas ambientales del país, impulsando un proceso de descentralización ordenado, efectivo y gradual de la administración, ampliando la participación de la sociedad en la gestión ambiental para que en coordinación con la autoridad se pueda fortalecer la seguridad jurídica de los gobernados en materia ambiental, donde ya se cuenta con conceptos claros y precisos que sirvan para aplicar la norma en la magnitud de la eficacia que pretende darle el legislador, proponiendo recursos para lograr un equilibrio ecológico adecuado a la realidad ambiental que rodea al ciudadano.

Los tratados entre los países de Norteamérica y que ahora con el del libre comercio han eliminado los acuerdos y disposiciones de carácter sectorial, con modalidades que privilegian los intercambios entre los países participantes estableciendo plazos de desgravación a partir de la entrada en vigor el 1º de enero de 1994, sin embargo, las facilidades que supuestamente otorga el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica, se han visto desaparecidas literalmente con la subsistencia de problemas de actualidad como el del autotransporte, el aguacate, el atún, entre otros. Los que han generado controversias que definitivamente deberán encausarse para su solución a través de las disposiciones institucionales y procedimientos que establece el capítulo XX del precitado Tratado ante la Comisión del Libre Comercio que puede establecer y delegar responsabilidades en comités *ad-hoc* o permanentes, grupos de trabajo y de expertos con reglas y procedimientos que se determinarán en las reuniones que se celebrarán por lo menos una vez al año, rotándose la presidencia sucesivamente.

Al momento en que los particulares realizan actos jurídicos que pueden ser motivo de arbitraje, ahí se incluye una cláusula compromisoria que obliga a las partes a someter los conflictos futuros que puedan surgir de esa relación

⁸ *Ibid.*, pp. 1101-1102.

al arbitraje, señalando incluso las formas de eliminarlos, pudiendo ser el caso de la transacción o de cualesquier otro medio siempre y cuando éste no sea contrario a la ley, conteniendo en términos generales renunciaciones y adecuaciones de sus intereses.

A diferencia de los tribunales judiciales, en el arbitraje, el tribunal se constituye, como dice Briseño Sierra *ad-hoc*; ⁹ con el árbitro que se ha elegido o en su caso con el que designe el Centro Administrador de Arbitrajes, mismo que puede ser propuesto por parte del actor, igual derecho le corresponde al demandado al contestar la demanda en cuyo caso solamente quedara por designar el tercero para ser el número non. Cabe hacer la acotación que en el arbitraje internacional no son factibles los juicios verbales como en el arbitraje convencional.

En el caso de México, la cláusula arbitral en tratándose de contratos en los que participa el Estado, excluye el arbitraje privado y, por regla general, los conflictos jurídicos sometidos a arbitraje son determinados respecto de su materia, como señala el maestro Trueba Urbina cuando dice: “Pero no hay que confundir el arbitraje de derecho privado con el arbitraje obrero —llamémosle social— con los tribunales de arbitraje de derecho público, que son otra clase de arbitraje.” Precisamente, la Suprema Corte mexicana en ejecutoria de 24 de enero de 1924, Carlos Díaz Ordaz, deslinda sus diferencias: ... “El arbitraje a que se refiere la Constitución, al designar las Juntas de Conciliación y Arbitraje, es enteramente distinto al arbitraje privado, establecido por las leyes para dirimir diferencias individuales entre personas privadas. El arbitraje obrero es una institución oficial que tiene dos objetos: primero, prevenir los conflictos entre el capital y el trabajo, y segundo, presentar a las partes bases para que esos conflictos puedan ser resueltos, si se aceptan esas bases; no tienen el carácter de árbitros privados, sino públicos; no es la voluntad de las partes la que las organiza y establece, es la disposición de la ley.”¹⁰

EL CONVENIO

En el arbitraje internacional debe existir un convenio arbitral el que se rige por las reglas generales de los contratos y las específicas del arbitraje, en donde el consentimiento de las partes es base fundamental para la existencia del convenio arbitral, y en todas las cuestiones litigiosas que surgen de las relaciones jurídicas, sean o no contractuales, en los casos en que dichas relaciones se encuentren dentro de la libre disposición de los contratantes siempre que sean determinadas, sin que pueda someterse al arbitraje cuestiones futuras, pues ello equivaldría a renunciar al derecho de tutela judicial reconocido por

⁹ H. BRISEÑO SIERRA, *op. cit.*, p. 39.

¹⁰ ALBERTO TRUEBA URBINA, *Nuevo Derecho procesal del trabajo*, 5ª edición, Editorial Porrúa, 1980, pp. 191-192.

la Constitución. Su forma esencialmente es escrita necesariamente para la existencia del convenio mismo, pues a falta de ésta el contrato resulta nulo, sin que se exija determinado criterio respecto de la formalización, pudiéndose constituir por cualquier medio de comunicación, tales como fax, telegrama, internet, etc., siempre que exista constancia de la voluntad de las partes de someterse al convenio arbitral.

El convenio debe contener la voluntad inequívoca de las partes, la determinación de la cuestión litigiosa, que constituye el objeto del arbitraje, incluso debe contener si la rescisión de los árbitros será con arreglo a derecho a equidad, y si las partes optaron expresamente por este último los árbitros resolverán en equidad, con excepción cuando se trate de una corporación o asociación pues en este caso deberá estarse a lo que resulte de su reglamento interno. Asimismo las partes tienen la libertad de designar a los árbitros y las reglas del procedimiento en cualquier momento, previo o posterior, a su decisión de someterse al convenio arbitral, mediante acuerdos complementarios, y los árbitros serán nombrados de acuerdo al reglamento de las corporaciones, asociaciones y entidades que se sometan al convenio arbitral y sus diferencias podrán supeditarse a un tercero que podrá ser persona física o jurídica. A diferencia del proceso judicial en el que, ya se ha señalado, la necesidad de que el acto o hecho generador de la consecuencia de derecho debe estar debidamente contemplado en la ley; ahora bien, por lo que hace a la sanción del hecho por el órgano judicial, ésta se debe llevar a cabo por un funcionario legalmente hábil para emitirlo, de tal forma que su actuar no es el de la persona biológica que lo hace, sino el del funcionario en ejercicio de la función administrativa en la competencia que le corresponde dentro de la estructura burocrática reconocida, al que también se le conoce como agente capaz, en el entendido de que no cualquier expresión de voluntad de un funcionario puede valer como expresión de voluntad del Estado, sino únicamente aquélla que es emitida en ejercicio de la competencia funcional adecuada o competencia —facultad de actuar y decidir— de la autoridad, y ello es así porque de la misma Constitución deviene la competencia que otorga a los diversos poderes y dentro de ellos a los distintos órganos que lo integran, en razón de que el nombramiento le otorga al funcionario la facultad de actuar, o sea la capacidad orgánica especial de derecho público, que debe estar vigente en el momento de emitirlo, pues cuando actúa lo hace con una representación específica.

El juez, en funciones, al momento de sancionar el hecho jurídico debe de encuadrarlo a la norma preexistente, resaltando el vínculo entre el supuesto de derecho, el hecho y la consecuencia de derecho, haciendo de la aplicación de la norma una proyección de la realidad, ser, al mundo del deber ser, estableciendo de manera precisa el vínculo exacto entre el uno y la otra, ya que como señala el artículo 14 constitucional en su párrafo tercero: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente apli-

cable al delito de que se trata”, de lo anterior se infiere que la única fuente del Derecho Penal es la ley, al efecto es conveniente señalar que el artículo 41 de la Constitución General de la República establece que el pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, los que de acuerdo con el artículo 49 de la Carta Magna se divide en Legislativo, Ejecutivo y Judicial; de lo que resulta que el acto emanado de cada uno de los poderes será formalmente el de las funciones que le corresponden, no importando que materialmente esté determinado a otro de los poderes, *vgr.* la facultad reglamentaria es función de materia legislativa que sin embargo, corresponde formalmente al Ejecutivo. La función del Estado en cualquiera de sus esferas busca el otorgamiento de satisfactores a la sociedad como fin teleológico, dentro de un régimen de garantías individuales y derechos sociales, con limitación del poder público que se somete a las facultades expresas (el particular puede hacer todo lo que no esté prohibido, el Estado sólo puede hacer aquello que le está permitido) en un esquema de legalidad por medio de un procedimiento democrático para formar el gobierno. “El proceso electoral es la función legitimadora del poder político por medio del sufragio, está condicionada a la existencia de un régimen representativo, y al reconocimiento de que la soberanía radica en el pueblo.”¹¹ En ese orden social los fines se lograrán a través de las funciones que lleva a cabo en los diferentes ámbitos de la vida social del Estado de que se trata, de ahí que las funciones para cada uno de los componentes del poder político se establecen en la estructura que se ha dado al mismo, las acciones se dirigen conscientemente a la obtención de fines materiales, llámese sociales, económicos, políticos o de cualquier otra índole, pero todos encaminados a satisfacer las necesidades de la sociedad y del propio poder político, siempre legitimado por el Derecho que él mismo produce, por conducto de uno de sus componentes, Poder Legislativo, y aplicando sancionadoramente por el Poder Judicial.

El convenio arbitral tiene como principales características:¹²

La consensualidad, pues se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, y su validez depende de la concurrencia de los requisitos que marca la ley, como los de un contrato. El convenio arbitral debe formalizarse por escrito para ser eficaz. Las partes pueden optar entre un arbitraje *ad-hoc*, uno institucional o bien uno que siga los lineamientos de la legislación positiva de la materia. Al producir obligaciones para todos los contratantes se tipifica este convenio de bilateral o plurilateral. Supone la existencia de una relación jurídica anterior a aquélla que viene a resolver. Es un presupuesto, y por tanto un instrumento y no un fin en sí mismo, de la institución del arbitraje, por ser antecedente obligado que legitima la aceptación de los árbitros y su posterior proceder hasta dictar el laudo que ponga fin al arbitraje.

¹¹ SILVIA MONDRAGÓN FIESCO, *El notario y el derecho electoral*, Revista de Derecho notarial, Colegio de Notarios del Estado de México, p. 65.

¹² JOSÉ MARÍA CHILLÓN M. y J. FERNANDO MERINO M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Ed. Civitas, S. A., 2ª ed., Madrid, 1991, p. 647.

Este acuerdo de voluntades no solamente se halla encaminado hacia la prevención de posibles controversias futuras por medio de un procedimiento arbitral, al que se recurría para dirimir un litigio que ya ha surgido entre las partes, sino que también aplica la renuncia del Derecho de acudir ante los tribunales jurisdiccionales estatales con objeto de que la controversia correspondiente sea resuelta por ellos. Esto es lo que se conoce con el nombre de convenio arbitral, respecto del compromiso es importante señalar que “Kisch diferenció al contrato de compromiso de lo que llamó contrato de compromisario. En el contrato de compromiso —según la terminología de Kisch—, el acuerdo se celebra entre las partes comprometentes, esto es, los sujetos del litigio; mientras que en el contrato compromiso, el acuerdo se celebra entre los sujetos del litigio y el o los árbitros. Mediante este último, el árbitro se obliga a resolver el litigio y adquiere el derecho al pago de sus honorarios. Ya no nos estamos refiriendo al acuerdo entre los comprometentes, sino al acuerdo entre los comprometentes y sus árbitros.”¹³

Para Jorge Alberto Silva,¹⁴ en los términos del Código de Comercio, las cláusulas que puede tener el convenio arbitral puede ser de tres tipos:

- 1) Necesarias;
- 2) Opcionales o facultativas, y
- 3) Prohibidas o excluidas.

La designación del negocio o negocios que serán objeto de arbitraje es la cláusula necesaria o indispensable. El Código de Comercio sigue un criterio contractualista al hablar de negocio o negocios; bajo un criterio procesalista, bien podría hacerse referencia a litigios, que es el elemento central de todo proceso.

Dentro de las cláusulas opcionales o facultativas, se encuentran:

a) El nombre del o de los árbitros y sus substitutos. El Código de Comercio establece que cuando no se mencionan nombres de árbitros, se podrá recurrir a los tribunales judiciales para la designación, o en su caso, lo hará una institución administradora de arbitrajes;

b) El número de árbitros. De no fijarse este número, el Poder Judicial o la institución administradora de arbitrajes hará la determinación respectiva;

c) Procedimiento para la designación de árbitros o para la substitución, incluyéndose el caso del árbitro tercero. En caso de no establecerse este procedimiento, el mismo será el establecido en la ley interna, o en su caso, el que fijen las reglas del procedimiento de la institución administradora de arbitrajes correspondiente;

d) El lugar donde se realizará el proceso arbitral;

¹³ Citado por JORGE ALBERTO SILVA, *op. cit.*, p. 80.

¹⁴ JORGE ALBERTO SILVA, *op. cit.*, p. 93.

e) El idioma o idiomas a utilizar. Es importante señalar que con la reforma del Código de Comercio, de 1993, el idioma puede ser cualquiera que fijen las partes, sin distinguir si se trata de arbitrajes nacionales o internacionales;

f) Las normas aplicables al fondo del negocio. De acuerdo a las reglas de la institución administradora de arbitrajes, en ocasiones, son los árbitros quienes determinan estas normas. Al respecto, la Cámara Internacional de Comercio propone a las partes un medio preventivo de conflictos de arbitraje por medio de una "cláusula de adaptación del contrato", que previene la participación de un tercero (perito o experto), quien puede adaptar el contrato a nuevas circunstancias;

g) Las normas de procedimiento a seguir. Cuando existe omisión sobre la particular, conforme a las reglas de la institución administradora de arbitraje, se señala que los árbitros se encarguen de escoger las normas más adecuadas, es importante resaltar que las normas del procedimiento no sólo se refieren a la tramitación del arbitraje, sino también a través de los tribunales ordinarios, y

h) El tipo de fallo elegido. Que puede ser de estricto Derecho, establecido en el Código de Comercio, o en conciencia, que el plano internacional es práctica normal, mediante la amable composición o *ex aequo bono*.

Por lo que corresponde al clausulado prohibido o excluido, en éste se encuentran aquellas materias que sólo los tribunales del Estado pueden resolver, como son los litigios laborales, penales o familiares.

La Ley Modelo de la UNCITRAL, sobre arbitraje comercial internacional utiliza para identificarla el nombre de "acuerdo de arbitraje", y lo define en los siguientes términos: El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o la forma de un acuerdo independiente. En México, a partir del 22 de julio de 1993, esta Ley Modelo de la UNCITRAL, quedó incorporada en el Título Cuarto del Código de Comercio, con lo cual el concepto que establece este ordenamiento respecto del acuerdo de arbitraje coincide literalmente con el antes transcrito.

En opinión del tratadista Jorge Alberto Silva,¹⁵ este convenio o acuerdo arbitral no es en esencia un verdadero contrato y al efecto cita al maestro Briseño Sierra quien, en su texto estima algunas consideraciones sobre el arbitraje, señalando que "si el compromiso crea y modifica obligaciones, no sólo entre las partes litigantes, sino entre ellas y el árbitro, parece preferible hablar de convenio o acuerdo". Es pertinente hacer algunas observaciones respecto de la naturaleza jurídica del convenio arbitral, así pues, si partimos del dogma de que un contrato es el acuerdo de voluntades que tiene como consecuencia la creación y transmisión de derecho y obligaciones, también es cierto que tanto convenios como contratos, en la actualidad pueden tomarse como sinónimos, a

¹⁵ *Ibid.*, p. 60.

mayor abundamiento aquél es el género del que se deriva la especie. Además, la propia ley que establece la distinción entre ambas instituciones, se ha encargado de suprimir su importancia, según se desprende del contenido del artículo 1859 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice:

ART. 1859.—Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley, sobre los mismos.

Por otra parte, la aceptación del árbitro no significa de ningún modo que el convenio arbitral entre las partes lo haya vinculado, máxime que en muchas ocasiones el litigio ni siquiera ha surgido en el momento de celebrarse dicho convenio. Pensar lo contrario daría al traste con el principio de relatividad que de manera fundamental rige en la materia convencional: *Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest* (“lo hecho entre unos no puede perjudicar no aprovechar a otros”).

En la legislación española encontramos también la caracterización del convenio arbitral como un contrato, toda vez que, si bien la ley de arbitraje vigente, del 5 de diciembre de 1988, no precisa de manera expresa lo que por dicho convenio debe entenderse, de su articulado se desprenden elementos suficientes para reconocer su carácter contractual. En este sentido se pronuncia Reglero Campos, cuando al estudiar la ley en cuestión señala que: “El arbitraje, como institución, y tal como está estructurado por la ley, consta de tres elementos esenciales: el convenio arbitral, de naturaleza claramente contractual, el denominado contrato de dación y recepción de arbitraje (*receptum arbitrii*) y el procedimiento arbitral, de naturaleza mixta, esto es, contractual y procesal”.¹⁶

BIBLIOGRAFÍA

- BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO, *El arbitraje comercial*, Noriega Editores, México, 1988.
- CHILLÓN M., JOSÉ MARÍA y J. FERNÁNDO MERINO M., *Tratado de arbitraje privado, interno e internacional*, Ed. Civitas, S. A., 2ª ed., Madrid, 1991.
- FERNÁNDEZ ROSAS, JOSÉ CARLOS (editor), *Derecho del comercio internacional*, Madrid, 1996.
- GÓMEZ ROBLEDO, ANTONIO, *México y el arbitraje internacional*, 2ª ed., Ed. Porrúa, S. A., México, 1994.
- MONDRAGÓN FIESCO, SILVIA, *El notario y el derecho electoral*, Revista de Derecho Notarial, Colegio de Notarios del Estado de México.

¹⁶ L. FERNANDO REGLERO CAMPOS, *El arbitraje*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1991, p. 66.

- REGLERO CAMPOS, FERNANDO, *El arbitraje*, Editorial Montecorvo, Madrid.
- SILVA, JORGE ALBERTO, *Arbitraje comercial internacional en México*, Pereznieto Editores, México, 1994.
- SILVA, JORGE ALBERTO, *Arbitraje internacional en México*, Pereznieto Editores, México, 1994.
- Tratado de Libre Comercio de América del Norte, texto oficial*, SECOFI, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 1993.
- TRUEBA URBINA, ALBERTO, *Nuevo Derecho procesal del trabajo*, 5ª ed., Ed. Porrúa, 1980.
- ZORRILLA, LUIS G., *Los casos de México en el arbitraje internacional*, Ed. Porrúa, S. A., México, 1981.