

# DERECHO CONSTITUCIONAL ARBITRAL

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

**SUMARIO:** I. ASPECTO SUSTANTIVO: EL DERECHO HUMANO ARBITRAL. A. Fundamento. B. Contenido. 1. Derecho a legislación especializada. 2. Derecho a no buscar tutela judicial. 3. Derecho a ausencia de intromisión judicial. (a) Interpretación textual. (b) Interpretación constitucional. (c) Interpretación legal. (d) El derecho arbitral convencional. (e) Control de Convencionalidad. (f) Control difuso. C. Alcance. 1. Núcleo duro. (a) Compétence. (b) Remisión. (c) Compétence en la práctica. (i) Criterios (y praxis) correcta. (ii) Criterio incorrecto. 2. Linderos. D. Recepción de la idea. 1. Reticencia. 2. Criterios judiciales. 3. Ejecutorias. (a) Premisas. (b) Comentarios. (i) Concepto de “arbitraje”. (ii) Imparcialidad como parte del DNA de “arbitraje”. 4. Dicta reciente de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. E. ¿Contiene el Artículo 17 una Garantía institucional?. F. Conclusión. II. ASPECTO PROCESAL: EL ARBITRAJE Y LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES. A. Observaciones Preliminares. B. El árbitro no es autoridad para efectos del juicio de amparo. 1. Los elementos. 2. Peligro tutelado inexistente. 3. Las partes, al elegir arbitraje, desearon cursar su problema en forma diversa a la tradicional –y tienen un derecho humano para hacerlo. (a) Derecho Constitucional. (b) La voluntad de las partes y el derecho arbitral. (c) Ironía lamentable. 4. Aceptación judicial. (a) El principio de definitividad. (b) Los laudos no son actos de autoridad. 5. Conclusión. C. El árbitro y el Control de Constitucionalidad y Convencionalidad. 1. El árbitro no hace control, sino interpretación, constitucional. 2. El árbitro debe tomar en cuenta los resultados de la actividad de los órganos de control constitucional que conforman el sistema jurídico del Derecho aplicable. (a) Consideración, mas no aplicación, obligatoria. (b) Discreción en la aplicación de la Jurisprudencia. 3. La interpretación conforme por el árbitro no hace aplicables los recursos de alzada de los procesos constitucionales. 4. El juicio de nulidad o ejecución no puede incluir un análisis de legalidad. (a) El laudo es final. (b) La relación entre “orden público” y “derecho fundamental” no es de coincidencia, es de traslape parcial. (c) La tutela deseada ya está asegurada. D. Conclusión. III. PROPUESTAS

En este ensayo propongo actualizar, explayar y refinar la idea que he expresado en otros foros y contextos:<sup>1</sup> el contenido del concepto jurídico expresado en el cuarto

1 En este ensayo, recojo, pulo y desarrollo ideas diversas que he discutido en foros diversos y que tienen como eje común el derecho contenido en el artículo 17 de la Constitución. Al hacerlo, nutro mis reflexiones con observaciones que he recibido de intelectuales y profesionistas serios. Estos han sido muchos. Destaco al el Ministro en retiro Don Guillermo Ortiz Mayagoitia, Ministro en Retiro Dr. José Ramón Cossío Díaz, Ministro Gutierrez Ortiz Mena, Magistrado Edynson Alarcón, el Magistrado Neófito López Ramos, Cecilia Azar Manzur, Alejandro Flores y José Álvarez. Sin embargo, los deslindo de responsabilidad. Sólo yo soy responsable por lo aquí descrito – máxime que una parte de las observaciones recibidas han sido diferencia de opinión. Les extiendo sin mi agradecimiento por su retroalimentación y honestidad intelectual: el que seamos amigos no exige que estemos de acuerdo. Gracias a sus (agudas) observaciones he refinado mis ideas, a veces corrigiendo errores, a veces reafirmando lo que pienso.

párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (“Constitución”) respecto de mecanismos alternativos de solución de controversias. El motivo: considero—y postulo— tiene un contenido que aún no está suficientemente explorado, y que postulo que no sólo es útil, sino rico en contenido, y consistente con el objetivo último del artículo 17 Constitucional: la tutela efectiva de derechos. Para ello, a continuación, abordaré las implicaciones que ello tiene dividiéndolas en su aspecto sustantivo (§I), aspecto procesal (§II), para llegar a ciertas conclusiones que propondré a título de propuestas (§III).

## I. ASPECTO SUSTANTIVO: EL DERECHO HUMANO ARBITRAL

Existe un derecho público subjetivo cuyo contenido ha sido poco explorado, y que es de utilidad en la procuración de procesos arbitrales *eficaces*. Este ensayo comentará su fundamento, contenido y alcance.

### A. Fundamento

La primera oración del cuarto párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (“Constitución”) dice:

“Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias.”

Dicha oración es fruto de una modificación reciente (18 de junio de 2008). Aunque su simplicidad semántica puede distraer, encierra un derecho útil: el derecho a elegir entre el derecho a encausar un problema ante la justicia ordinaria (el derecho fundamental a la tutela judicial) y el derecho a optar por mecanismos diversos a ello (el derecho humano arbitral).

La Exposición de Motivos de la modificación que elevó a rango constitucional dicho derecho contiene explicaciones tan relevantes como interesantes. Por ejemplo:<sup>2</sup>

“Ante la preocupación del Estado mexicano por tutelar los derechos de sus ciudadanos se hace necesario ofrecer y apoyar otras formas de solución de conflictos que pueden resultar, de acuerdo a la naturaleza del conflicto, *más efectivos y menos costosos* en términos económicos y afectivos; rápidos en relación con el tiempo empleado en su solución, convenientes en cuanto pueden impedir la recurrencia del conflicto y socialmente más valiosos, ya que *posibilitan la relación futura de las partes*.”

(énfasis añadido)

2 Exposición de Motivos de la Iniciativa que reforma el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a cargo del diputado José Antonio Cabello Gil del Grupo Parlamentario del PAN. Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 1576-III, jueves 2 de septiembre de 2004, (“Exposición de Motivos”), pp. 1-2.

Como puede verse, la *velocidad* y *efectividad* son el primer motivo que el legislador tuvo en mente al constitucionalizar el derecho. La última oración aborda un punto frecuentemente pasado por alto: la necesidad de preservar relaciones. Como es sabido, el resultado de un litigio es suma cero: lo que *A* gana, *B* pierde. Ello lo hace no sólo inútil, sino dañino, para resolver un género de problemas: aquellos que involucran relaciones en las que importa más conservar la relación que decir quién tiene la razón.<sup>3</sup>

Otro párrafo de la Exposición de Motivos dice:<sup>4</sup>

“La creación de instancias alternas de resolución de controversias, la demora en la resolución de asuntos a cargo de los tribunales, la especificidad y *dificultades técnicas* de los juicios, y su alto costo, limitan enormemente la posibilidad de los gobernados de ejercitar plenamente sus derechos.”

(énfasis añadido)

Como puede verse, la *especialidad* y reducción de *onerosidad* también estuvieron en mente de nuestro legislador. Y después de explicar las características y beneficios de distintos mecanismos,<sup>5</sup> la Exposición de Motivos detalla que:<sup>6</sup>

“Este es momento oportuno para proyectar alternativas no sólo con el fin de mejorar la oferta y distribución de servicios judiciales, sino para plantear algunas otras de fondo que pueden resultar de mayor *efectividad*, aquellas que permitan evitar que cada día arriben más asuntos a los órganos jurisdiccionales.”

(énfasis añadido)

Como puede verse, la *efectividad* fue otro motivo detrás de la reforma.

En resumen, los motivos del legislador para labrar en piedra constitucional este derecho fundamental fueron:

1. Velocidad, particularmente ante el rezago judicial;
2. Onerosidad;
3. Especialidad; y

3 Para abordar sobre este punto en específico, y sobre los beneficios generales de los mecanismos alternativos de solución de controversias, véase *Mediación En La Praxis Mexicana: Primun Non Nocere*, visible en [www.gdca.com.mx/articulos](http://www.gdca.com.mx/articulos).

4 Exposición de Motivos, p. 2.

5 Además del arbitraje, se comentó la conciliación y la mediación. De hecho, el texto de la iniciativa decía así: “Asimismo, tiene derecho, en la forma y términos que establezca la ley, a resolver sus controversias de carácter jurídico a través de derecho arbitral consiste justanales judiciales. Por ello, s no jurisdiccionales.”s del arbitraje, la conciliación, la mediación y cualquier otro medio alternativo, mediante procedimientos no jurisdiccionales.

6 Exposición de Motivos, p. 5.

#### 4. Efectividad.

Los motivos citados merecen ser ponderados. Sobre todo, deben nutrir el contenido del derecho humano arbitral, al que ahora paso.

### B. Contenido

El derecho contenido en la primera oración del párrafo cuarto del artículo 17 Constitucional –el “Derecho Humano Arbitral”<sup>7</sup>– ha sido poco explorado por nuestro constitucionalismo y Poder Judicial. Sin duda, ello obedece a lo reciente de su incorporación dentro del acervo de derechos fundamentales reconocidos por la *lex scripta* constitucional. Propongo que lo pongamos bajo la lupa. Que lo exploremos y le demos contenido. Con dicha finalidad, postulo que parte del núcleo mínimo de dicho derecho fundamental incluye:

1. El derecho a que el Poder Legislativo emita legislación sobre cada uno de los mecanismos alternativos de solución de controversias;
2. El derecho a renunciar *in toto* a la tutela judicial; y
3. El derecho a evitar interferencia judicial en procedimientos arbitrales y otros mecanismos alternativos de solución de controversias.

Explicaré brevemente cada uno de estos derechos contenidos en el derecho humano arbitral.

#### 1. Derecho a legislación especializada

Existe un derecho a exigir que el Congreso Federal emita legislación relacionada con mecanismos alternativos de solución de controversias. Después de todo, el precepto dice:

“Las leyes *preverán* mecanismos alternativos de solución de controversias.”  
(énfasis añadido)

El párrafo contiene un mandato al legislador ordinario a emitir legislación especializada. Dicho derecho ha sido en parte respetado; en parte no. Si bien existe un derecho arbitral federal,<sup>8</sup> y legislación que regula y fomenta el acceso a justicia alternativa

---

7 Para ser exactos, el artículo 17 Constitucional alude a “mecanismos alternativos de solución de controversias”. Aunque en este ensayo me enfoco en arbitraje, todo lo que indico es aplicable a los demás mecanismos alternativos de solución de controversias.

8 El Título IV, Libro V, del Código de Comercio.

en materia civil,<sup>9</sup> existe un vacío en materia de mediación y conciliación.<sup>10</sup> Ello invita ponderar sobre la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa.<sup>11</sup> Una solución inteligente y fácil además de rápida sería adoptar la Ley Modelo de Conciliación Comercial de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 2002.<sup>12</sup> Así ha sido propuesto por el INSTITUTO MEXICANO DE LA MEDIACIÓN,<sup>13</sup> el ICC México y practicantes diversos.<sup>14</sup>

## 2. Derecho a no buscar tutela judicial

El derecho humano arbitral se constituye como opción al derecho a acudir a los tribunales judiciales. Por ello, incluye el derecho a no ejercer el derecho de buscar tutela judicial. El punto es tan obvio como explorado, por lo que merece poco análisis. Vale la pena sólo indicar que la obviedad deriva de un argumento lógico: todo derecho incluye el derecho a no ejercer el derecho. Y sobre todo, *toda opción supone una renuncia*. Pero, además, ello ha sido explorado y aceptado constitucionalmente: la Suprema Corte de Justicia de la Nación así lo ha esclarecido.<sup>15,16</sup>

En forma relacionada, parte del derecho arbitral consiste en dar efectos al pacto arbitral: el (llamado) efecto ‘positivo’ y ‘negativo’ del derecho arbitral.<sup>17</sup> Por ende, tanto

- 9 Me refiero a las legislaciones de justicia alternativa que diversos cuerpos procesales estatales contemplan.
- 10 Y dicho vacío explica en parte la poca y parca utilización de los (valiosos) instrumentos de la mediación y conciliación. (Existen otros motivos sin embargo. Ellos son explicados en *Arbitraje* (Ed. Porrúa, México, D.F., 4ª ed., 2014, y en *Mediación Subutilizada* (Ius Ibero, No 6 Año 2, visible en [www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje](http://www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).)
- 11 Bajo la disciplina procesal constitucional, se trataría de una omisión legislativa *absoluta*. Se trata de un precepto obligatorio de desarrollo concreto que no ha sido atendido. Por ende, no hay discusión sobre una omisión legislativa *relativa*: no se trata de una discusión sobre un texto considerado insuficiente. No hay ley en materia de mediación y conciliación comercial.
- 12 Ello pues se trata de una magnífica legislación que da eco a los paradigmas internacionales más aceptados. (Explicada en *Arbitraje*, Ed. Porrúa, México, 4ª ed., 2011.)
- 13 Mediante carta expresa a la Secretaría de Economía y la Secretaría de Relaciones Exteriores, adjuntando como propuesta la ley modelo de Conciliación de la CNDUMI.
- 14 El autor ha sido uno, y he sido insistente en ello. Desde 2012, en enero de cada año he escrito una carta al Secretario de Economía trayendo a su atención esta omisión (entre otras cosas).
- 15 Por ejemplo, en la Jurisprudencia. Tesis 1a/J, 42/2007 “*Garantía a la tutela jurisdiccional prevista en el Artículo 17 de la Constitución Política de Estados Unidos Mexicanos. Sus alcances*.”. 9a Época, *SJF XXV*, 2007, p. 124. A su vez, tesis. 1a. CCLVIII/2007, Registro No. 170495, Novena Época, Primera Sala, SCJN *SJF XXVII*, Enero 2008, p. 423. Amparo en revisión 560/2007. Y en el Juicio de Amparo Indirecto 610/2008-IV, Sentencia de 16 de abril de 2009.
- 16 Aunque sostiene algo distinto, el mismo razonamiento es visible en “*Laudo Arbitral. El Artículo 1460 Del Código De Comercio, Al Disponer Que La Resolución Del Incidente De Nulidad Relativo Es Irrecorrrible, No Viola La Garantía De Acceso A La Tutela Jurisdiccional*”, Tesis: 1a. CCLVIII/2007, Registro 170495, 9ª Época, Primera Sala, SCJN, *SJF XXVII*, Enero de 2008, p. 423.
- 17 Artículo II de la Convención de Nueva York. Artículo 1424 del Código de Comercio.

desde la perspectiva constitucional, como legal y jurisprudencial,<sup>18</sup> es claro que el derecho a obtener justicia de los tribunales judiciales incluye el derecho a no hacerlo y a encausar la controversia *alternativamente*: a través de mecanismos diversos de solución de disputas.

### **3. Derecho a ausencia de intromisión judicial**

El derecho humano arbitral incluye el derecho a exigir la no intromisión por el Poder Judicial en procesos arbitrales. La aseveración descansa en una interpretación constitucional textual y teleológica, así como el derecho federal y convencional aplicable.

#### *(a) Interpretación textual*

Empecemos por una interpretación textual. El precepto constitucional dice:

“Las leyes preverán mecanismos *alternativos* de solución de controversias.”  
(énfasis añadido)

Dicha norma contiene un adjetivo: la palabra “alternativo”. La definición de la Real Academia Española de la palabra “alternativo” es:

“actividades de cualquier género... que se contraponen a los modelos oficiales comúnmente aceptados.”

Luego entonces, textualmente, un mecanismo será “alternativo” cuando sea *distinto* a los modelos oficiales comunes aceptados; es decir, los procesos judiciales ante el Poder Judicial.

Para que el adjetivo “alternativo” tenga contenido necesariamente tiene que concluirse que el derecho humano arbitral es como aquí se describe. Y no existe opción so pena de destazar la palabra de contenido, en violación de los principios de hermenéutica jurídica más elementales.

#### *(b) Interpretación constitucional*

El simple hecho que el derecho haya sido contenido en la parte dogmática de la Constitución significa algo para el buen intérprete. Los derechos fundamentales son derechos existentes en la relación supra-subordinación. Se trata de un derecho del que es titular el gobernado y que cuenta con una obligación correlativa del lado del gobernante. Forman la sustancia de la relación jurídica gobernante-gobernado. Recordado

---

18 Dicha visión es aceptada como criterio en la tesis contenida en el registro 178813 cuyo razonamiento distingue entre los efectos “positivos” y “negativos” del acuerdo arbitral.

ello, ¿qué significa que exista un derecho a mecanismos *alternativos* de solución de controversias? Bajo una interpretación constitucional sencilla axiomática, diría yo ello implica dos cosas. Primero, del lado del gobernado, éste tiene derecho a no ejercer el derecho de tutela judicial, acudiendo a mecanismos de solución de controversias *alternativos* a la justicia ordinaria. Segundo, del lado del gobernante: la obligación a respetar la elección del gobernado de hacer uso de la opción; de optar por la vía *alternativa* a la justicia estatal.

Aunque lo anterior es *suficiente* para adoptar la noción que propongo, la conclusión se refuerza –*obliga*, diría yo– si se considera el principio *pro homine*. Nuestro Poder Judicial lo ha concebido así:<sup>19</sup>

“PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUÉL. El segundo párrafo del artículo 10. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, exige que *las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de los que México es parte, de forma que favorezca ampliamente a las personas*, lo que se traduce en la obligación de analizar el contenido y alcance de tales derechos *a partir del principio pro personae* que es un *criterio hermenéutico* que informa todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, *en virtud del cual debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos*, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria, es decir, dicho principio permite, por un lado, definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector a favor de la persona humana, pues ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, obliga a optar por la que protege en términos más amplios. Esto implica acudir a la norma jurídica que consagre el derecho más extenso y, por el contrario, al precepto legal más restrictivo si se trata de conocer las limitaciones legítimas que pueden establecerse a su ejercicio. Por tanto, *la aplicación del principio pro personae en el análisis de los derechos humanos es un componente esencial que debe utilizarse imperiosamente en el establecimiento e interpretación de normas relacionadas con la protección de la persona*, a efecto de lograr su adecuada protección y el desarrollo de la jurisprudencia emitida en la materia, de manera que represente el estándar mínimo a partir del cual deben entenderse las obligaciones estatales en este rubro.”

(énfasis añadido)

La siguiente tesis, aunque más concisa, es más exhaustiva, pues aborda ambos ángulos del principio:<sup>20</sup>

19 Registro 2000263, 10ª Época, Primera Sala. *SJF* libro V, febrero 2012, Tomo 1, p. 659. Tesis 1ª.XX-VI/2012.

20 Registro 180294, 9ª Época, *SJF* Tomo XX, octubre 2004, p. 2385. Tesis I.4º.A.441 A.

“PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN. El principio pro homine, incorporado en múltiples tratados internacionales, es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor del hombre e implica *que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos* y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.”

(énfasis añadido)

Otro criterio explica qué es el principio *pro homine* así:<sup>21</sup>

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al explicar el alcance de[] principio [*pro homine*], en relación con las restricciones de los derechos humanos, expresó que “*entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido*”. Así, cuando esa regla se manifiesta mediante la preferencia *interpretativa extensiva*, implica que ante diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, debe optarse por aquella que conduzca a una mejor y más amplia protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. ...”

(énfasis añadido.)

El principio *pro homine* que ahora nutre en forma importante el régimen garantista de nuestra Constitución<sup>22</sup> exige que, aunque fuera discutible la postura por la que aquí abogo, se concluya que debe preferirse a la postura contraria (que no he escuchado a nadie postular, pero abordo por motivos de exhaustividad). El motivo: la postura contraria reduce el manto protector de nuestra Constitución y el derecho humanitario existente. Luego entonces, el principio *pro homine* exige concluir que el contenido y alcance aquí defendido sea aceptado. No hacerlo sería contrario al régimen dogmático de nuestro constitucionalismo, particularmente el existente desde las reformas del 6 y 10 de junio de 2011.

### (c) Interpretación legal

El derecho arbitral mexicano apoya el postulado aquí defendido y en dos vertientes: el derecho arbitral federal y el derecho convencional aplicable.

El primer párrafo del artículo 1424 del Código de Comercio establece:

21 *Pro Homine. Si En Un Caso Concreto No Se Actualiza La Antinomia De Dos Normas Que Tutelan Derechos Humanos, Este Principio No Es El Idóneo Para Resolverlo*. Registro 2002361, *SJF* Libro XV, diciembre 2012, Tomo 2, p. 1516. Tesis II.3º.P.1 K.

22 Y que inspiró las recientes reformas constitucionales (ver Exposición de Motivos de la Reforma del 6 de junio de 2011, párrafo 4, p. 3; párrafo 1, p. 4. Exposición de Motivos de la Reforma del 10 de junio de 2011, párrafos 4 y 5, p. 1).

“El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.”

Dicho precepto es el mecanismo procesal para hacer cumplir lo que la doctrina arbitral llama el efecto ‘negativo’ del acuerdo arbitral: la privación de jurisdicción de cualquier juez mexicano que, de no existir el acuerdo arbitral, bajo su *lex fori* sería competente para conocer de una disputa. Ello ha recibido eco jurisprudencial:<sup>23</sup>

“ARBITRAJE. CORRESPONDE A LAS AUTORIDADES JUDICIALES O A LOS ÁRBITROS ANALIZAR LA EXISTENCIA Y EFICACIA DEL ACUERDO DE LA TRANSMISIÓN A TERCEROS. En términos de los artículos 1416, fracción I y 1424 del Código de Comercio, *los efectos del convenio arbitral* o acuerdo de arbitraje *son positivos y negativos*, consistiendo *los primeros* en la facultad y correlativa *obligación de las partes de acudir al arbitraje como medio de arreglo de sus diferencias*, cooperar en el nombramiento de los árbitros, participar en el procedimiento arbitral y aceptar de antemano el carácter obligatorio de la decisión que dicte el órgano arbitral designado por ellas; por el contrario, *los efectos negativos consisten en la imposibilidad de plantear la diferencia ante un tribunal estatal y de que éste conozca del fondo del asunto*. Conforme al primero de los preceptos invocados, el acuerdo de arbitraje se celebra entre las partes y obliga a las mismas, lo que significa que, en principio, los efectos del convenio arbitral sólo se extienden a quienes suscribieron ese pacto, sin embargo, existen supuestos en que personas diversas a las partes pueden estar sujetas al pacto arbitral, como ocurre tratándose de su transmisión a terceros, situación que conduce, entonces, al análisis de esa transmisión para determinar si, efectivamente, la misma se produjo con todas sus consecuencias inherentes, ya que el problema pertenece al ámbito del acto de consentimiento, a la eficacia real que se otorgue a una u otra modalidad de asunción del convenio arbitral, no a la eficacia positiva contractual de éste que es, en sentido estricto, inter partes. Entre los supuestos en que pueden verse envueltos en el ámbito del convenio arbitral quienes no fueron partes originarias en el mismo, se encuentra la cesión de derechos que, como acto jurídico que implica la sustitución del acreedor en términos de los artículos 2029 y 2032 del Código Civil Federal, puede implicar la transmisión de la cláusula compromisoria, dado que el causahabiente a título particular no puede adquirir más de lo que tenía su causante ni quedar exento del compromiso arbitral en perjuicio del deudor, ya que, de lo contrario, éste quedaría burlado en cuanto a la certeza de quien deba resolver el conflicto que llegue a suscitarse. Empero, el hecho de que se realice la transmisión mencionada no significa que, en todos los casos, el convenio arbitral resulte eficaz, por lo que corresponde a quien analice ese pacto arbitral y su transmisión, es decir, a las autoridades judiciales o a los árbitros, realizar una evaluación conjunta de las relaciones comerciales de las partes para comprobar en cada ocasión si el convenio arbitral ha circulado por la cadena contractual o, por el contrario, es sólo válido respecto a alguno o algu-

23 Registro 178813, *SJF* Tomo XXI, abril 2005, p. 1341. Tesis I.3<sup>o</sup>.C.475 C.

nos de los contratos. De esta forma, el convenio arbitral no pierde su autonomía, simplemente ocurre que puede extender sus efectos a las relaciones comerciales conexas, posibilidad que será comprobada en cada caso concreto y únicamente respecto al convenio arbitral, ya que aun existiendo una cadena contractual en la que los convenios entre las partes sobre obligaciones principales aparezcan firmemente relacionados, no se puede considerar que ha habido transmisión del compromiso arbitral si no aparece expresamente pactada a lo largo de los contratos sucesivos o si la transmisión misma no fue válida. La anterior es una exigencia mínima de certeza y de efectivo consentimiento en comprometer.”

(énfasis añadido)

(d) *El derecho arbitral convencional*

México es parte de tres convenciones internacionales relativas al arbitraje que dan validez al acuerdo arbitral y por ende acogen su efecto negativo:

- i) La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de junio de 1958 (“Convención de Nueva York”);<sup>24</sup>
- ii) La Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional (“Convención de Panamá”);<sup>25</sup>
- iii) El Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil.<sup>26</sup>

El efecto combinado de estos tratados internacionales es dar el derecho a las partes a usar el arbitraje, celebrando para ello acuerdos arbitrales que tendrán por efecto el encausamiento del proceso arbitral, excluyendo cualquier otro mecanismo. De los tres, el más útil es la Convención de Nueva York, cuyo artículo II(3) dice:

“El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.”

Dicho precepto establece una obligación de derecho internacional dirigida a los poderes judiciales de todos los Estados Parte de dicho tratado consistente en dejar de conocer el fondo de un asunto amparado por un acuerdo arbitral. Expuesto positivamente: *existe un derecho al ‘efecto negativo’ del acuerdo arbitral*; y este fluye de convenciones internacionales. Siendo así, dicho derecho puede exigirse tanto de un particular vincu-

24 Decreto de promulgación publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de junio de 1971.

25 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de abril de 1978.

26 Del 3 de mayo de 1992, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 1992.

lado por un acuerdo arbitral, como del juzgador nacional mediante tres instrumentos jurídicos:

- i) *Legalidad*: a través de la remisión al arbitraje;<sup>27</sup>
- ii) *Constitucionalidad*: mediante el Control Constitucional, tanto en su especie de legalidad,<sup>28</sup> como constitucionalidad, esto último mediante la interposición de un juicio de amparo por la violación al cuarto párrafo del artículo 17 de la Constitución (acorde a la teoría aquí expuesta); y
- iii) *Convencionalidad*: mediante Control de Convencionalidad, aplicando los tratados internacionales en dos especies de materias: en materia humanitaria y en materia arbitral. Esto último merece abundamiento.

#### e) *Control de Convencionalidad*

El Control de Convencionalidad consiste en cerciorar que actos de autoridades se ajusten a una norma de derecho internacional convencional.<sup>29</sup> Es un control de regularidad de actos realizados por sujetos pasivos de tratados internacionales. Su objeto es asegurar que los actos sujetos a una convención internacional se verifiquen conforme a ella. Su primer principio es el artículo 133 de la Constitución, al decir:

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los *Tratados* que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, *serán la Ley Suprema de toda la Unión*. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”

(énfasis añadido)

Dicho precepto que aborda el principio de supremacía constitucional permite que, en adición a los instrumentos del derecho internacional que aseguran la observancia de los derechos humanos contenidos en el derecho humanitario internacional, las autoridades jurisdiccionales mexicanas puedan ejercer control de convencionalidad.

El control convencional permite que actos de autoridades mexicanas puedan ser analizados para verificar que cumplan con el régimen aplicable en derecho arbitral conven-

27 Artículos 1424 y 1464-1465 del Código de Comercio.

28 Por violación al principio de exacta aplicación del Derecho (artículo 16 de la Constitución).

29 Galindo Monroy, Jorge, *Control de Convencionalidad*, El Foro, Decimonovena época, Tomo XXV, Número 1, Primer Semestre 2012, México, D.F., p. 115. Rey Cantor, Ernesto, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 26, México, D.F., 2008. Silva García, Fernando, *El control judicial de las leyes con base en tratados internacionales sobre Derechos Humanos*.

cional. Después de todo, el artículo 17 de la Constitución tilda de derecho fundamental al derecho a contar con mecanismos alternativos de solución de controversias. Ese solo hecho es suficiente para concebir al derecho arbitral convencional del que México es parte como parte del régimen conforme al cual pueden analizarse actos de autoridades locales a efecto de verificar si son convencionalmente válidos.

El razonamiento expuesto se robustece si se considera que cualquier duda que pudiera existir sobre ello tendría que resolverse a favor de la postura por la que abogo. Ello pues, ante diversidad de formas posibles de caracterizar un derecho, debe preferirse la postura expansiva como así lo ha establecido nuestro Poder Judicial:<sup>30</sup>

“PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) *Interpretación conforme en sentido amplio*, lo que significa que los jueces del país al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano, *deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia*; b) *Interpretación conforme en sentido estricto*, lo que significa *que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos*; y, c) *Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.*<sup>31”</sup>

30 El mismo punto recibe eco en las siguientes tesis: “*Parámetro Para El Control De Convencionalidad Ex Officio En Materia De Derechos Humanos*” (Registro 160526, 10ª Época, Pleno, SCJN, *SJF*, libro III, diciembre 2011, Tomo 1, p. 551. Tesis P. LXVIII/2011) y en “*Derechos Humanos. Obligaciones Constitucionales De Las Autoridades En La Materia*” (Registro 160073, 10ª Época, Primera Sala, SCJN, *SJF*, libro IX, junio 2012, Tomo 1, p. 257. Tesis 1ª.XVIII/2012. Apoya dicho ángulo: “*Control De Convencionalidad. Los Órganos Con Funciones Jurisdiccionales, Al Ejercerlo En El Ámbito De Sus Respectivas Atribuciones, Deben Asegurar El Respeto De Los Derechos Humanos Del Gobernado Y Suprimir Aquellas Prácticas Que Tiendan A Denegarlos O Limitarlos.*” (Registro 2001089, 10ª Época, *SJF*, Libro X, julio de 2012, Tomo 3, p. 1824. Tesis XXIV.1º.1 K)

31 Registro 160525, 10ª Época, Pleno, SCJN, *SJF* libro III, diciembre de 2011, Tomo 1, p. 552. Tesis P. LXIX/2011.

(énfasis añadido)

Este criterio dista de ser aislado. Existen otros que lo apoyan. Por ejemplo:<sup>32</sup>

“CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD. ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLOS TODOS LOS ÓRGANOS DE JUSTICIA NACIONAL PARA GARANTIZAR EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS. Los órganos de justicia nacional están obligados a ejercer el control de: i) constitucionalidad, con el objeto de desaplicar una norma jurídica que sea incompatible con la Ley Fundamental, con base en sus artículos 1o., 40, 41 y 133; ii) convencionalidad, respecto de actos de autoridad, entre ellos, normas de alcance general, conforme a las atribuciones que les confieren los ordenamientos a los que se hallan sujetos y las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos a las que se encuentren vinculados por la concertación, ratificación o adhesión de los tratados o convenciones del presidente de la República; iii) difuso de convencionalidad, que queda depositado tanto en tribunales internacionales, o supranacionales, como en los nacionales, a quienes mediante aquél se les encomienda la nueva justicia regional de los derechos humanos y adquieren, además, la obligación de adoptar en su aparato jurídico tanto las normas como su interpretación a través de políticas y leyes que garanticen el respeto a los derechos humanos y sus garantías explícitas previstas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos internacionales, con el objeto de maximizar los derechos humanos.”

Recientemente se han emitido más acentuando el postulado. Recordada la mecánica y amplitud del control de convencionalidad, llevado a nuestro tema, el derecho fundamental que abordo se constituye como opción al derecho de tutela judicial: el derecho a optar por una forma de resolver problemas que sea *diversa alternativa* a la justicia estatal.<sup>33</sup>

Entender el derecho fundamental de tutela judicial en forma contraria a lo aquí expuesto sería no sólo adoptar una conclusión que no es obligada, que viola el principio *pro homine*, sino también una que malentende el alcance de dicho derecho humano. El derecho a acudir a los tribunales ordinarios es justamente eso: *un derecho* no una obligación. Y como tal, puede no ejercerse. O menos drásticamente, puede ejercerse mediante un mecanismo diverso (en nuestro caso, arbitraje u otros mecanismos de solución de controversias). Si ello ocurre, no puede (seriamente, y mucho menos válidamente) postularse que el derecho se está lesionando. Ello sería tanto como decir que los contratos deben vedarse por que restringen la libertad. El siguiente criterio es *a fortiori* orientador:<sup>34</sup>

32 Registro 159971, 10ª Época, *SJF* libro XII, septiembre 2012, Tomo 3, p. 1685. Tesis XI.1º.A.T.55 K.

33 Aunque una digresión, es relevante: el Plan Nacional de Desarrollo de 2013 establece el objetivo de fomentar los mecanismos alternativos de solución de controversias (p. 46). Por ende, además de las premisas constitucionales, existen otras de política gubernamental (“*policy*”) que apoyan la teoría aquí defendida.

34 Registro 2001538, 10ª Época, *SJF* Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2, p. 2019. Tesis VI.1º. (II Región) 1 K.

“TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. AUNQUE PARA GARANTIZAR EL DERECHO RELATIVO SE REQUIERE DE UN RECURSO O PROCEDIMIENTO INTERNO QUE VERDADERAMENTE SIRVA PARA PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS Y REMEDIAR SU VIOLACIÓN, ELLO NO SIGNIFICA QUE LOS ÓRGANOS O TRIBUNALES COMPETENTES DEBAN ADMITIRLO SIEMPRE Y EMITIR EN TODOS LOS CASOS UN PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO PLANTEADO. De acuerdo con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados parte deben suministrar recursos judiciales efectivos para reparar violaciones a los derechos humanos. No obstante, la Corte Interamericana en la materia ha definido que la existencia y aplicación de causales de inadmisibilidad en ese tipo de recursos no son en sí mismas incompatibles con la citada convención, pues la efectividad del recurso interno implica que, potencialmente, cuando se cumplan sus requisitos de procedencia y de admisibilidad, el órgano competente se encuentre en aptitud de evaluar sus méritos de manera fundada y motivada. Así, *aunque para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva se requiere de un recurso o procedimiento interno que verdaderamente sirva para proteger los derechos humanos y remediar su violación, ello no significa que los órganos o tribunales competentes deban admitirlo siempre*, es decir, sin considerar los presupuestos de admisibilidad y procedencia correspondientes *y emitir en todos los casos un pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado*. Ello, porque tal juzgamiento de fondo no es imprescindible para determinar la efectividad del medio de impugnación, sino que ésta la determina su idoneidad y disponibilidad para las partes interesadas. Por tanto, aunque por razones de procedimiento éstas no obtengan un pronunciamiento de fondo, dicha circunstancia no importa violación a aquel derecho, siempre y cuando la decisión recaída sea fundada y motivada, ya que en el supuesto de que se eluda o permita incumplir este deber, podrá actualizarse alguna responsabilidad del Estado ante el incumplimiento de una garantía mínima de toda persona que ejerce un medio de defensa en el marco de un debido proceso.”

(énfasis añadido)

#### (f) Control difuso

El control difuso ha sido confuso.<sup>35</sup> En esencia, ello obedece a que el Constituyente de 1917 contempló dos controles jurisdiccionales de la Constitución que son contradictorios: el control concentrado<sup>36</sup> y el control difuso, al decir lo siguiente en el siguiente texto subrayado del artículo 133 de la Constitución:<sup>37</sup>

35 Como lo hacía ver Don José de Jesús Gudiño Pelayo: *Lo Confuso del Control Difuso de la Constitución. Propuesta de Interpretación del Artículo 133 Constitucional*.

36 Artículos 103 y 107 de la Constitución.

37 Es decir, el control jurisdiccional por vía de excepción, inspirado en la porción resaltada del siguiente texto del artículo sexto de la Constitución de Estados Unidos de América: “The Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and *the*

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. *Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.*”

(énfasis añadido)

Sin embargo, queda claro que ya existe un control difuso en México.<sup>38</sup> A raíz del caso Radilla,<sup>39</sup> la Suprema Corte de Justicia de la Nación interrumpió la jurisprudencia que prohibía a jueces locales ejercer control difuso de la Constitución.<sup>40</sup> Por ende, actualmente, todas las autoridades pueden ejercer control difuso sobre los derechos humanos reconocidos por la Constitución y en los tratados internacionales. La aseveración descansa también en el (nuevo) texto del artículo primero de la Constitución, cuyo cuarto párrafo dice:

“*Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.*”

(énfasis añadido)

¿La relevancia de lo anterior en nuestro tema? Tanto bajo el prisma de legalidad, constitucionalidad, legalidad constitucional, convencionalidad y control difuso, los jueces mexicanos están obligados a respetar el derecho humano arbitral.

### C. Alcance

Entendido el *fundamento* del derecho humano arbitral, pasemos a su *alcance*.

---

*Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.*”

38 El desarrollo es importante pues, dentro de los dos grandes sistemas internacionales de control constitucional (el americano y europeo), México solía ser entendido como una jurisdicción de control constitucional concentrado; es decir, seguía el modelo europeo. (Ver Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, revisión de Domingo García Belaunde, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, número 10, Julio-diciembre 2008, p 3.)

39 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* de 3 de noviembre de 2009 (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de febrero de 2010), cuyo párrafo 339 dice “...el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

40 Exp. 912/2010. Sesión del 14 de junio de 2011.

Los derechos tienen un núcleo duro y un área de penumbra. A continuación comento el contenido del derecho público subjetivo que he llamado “Derecho Humano Arbitral” siguiendo dicha nomenclatura: desmenuzando su núcleo duro (§1) para luego mencionar brevemente sus contornos (§2).

### 1. *Núcleo duro*

Postulo que el Derecho Humano Arbitral debe tener como núcleo duro por lo menos lo siguiente:

1. *La remisión al arbitraje*: El derecho a una remisión efectiva al arbitraje;
2. *Compétence*: el respeto del principio *compétence de la compétence*; y
3. *No intervención judicial*: acatamiento del mandato de no intervención judicial en el arbitraje.

Cualquiera que sean los linderos del Derecho Humano Arbitral, el núcleo duro tiene que estar conformado por los tres derechos anteriores.

No es el momento para agotar qué significa cada uno.<sup>41</sup> Lo que es oportuno indicar dados los objetivos de este ensayo es un comentario sobre la forma en que se ha aplicado uno de ellos: *compétence-compétence* y el mecanismo procesal que lo asegura: la remisión al arbitraje. Tomemos cada uno por separado.

#### (a) *Compétence*

*Compétence-compétence* es uno de los principios más caros del derecho arbitral. El motivo: cerciora que la voluntad de las partes se logre; y evita que ocurran problemas que la experiencia enseña que acontecen cuando no queda claro su contenido y alcance.

*Compétence*, en expresión más refinada, no significa que el árbitro es *el* juez de su jurisdicción. Significa que el árbitro es el *primer* juez de su jurisdicción. Es decir, la versión más refinada de *compétence* es que es una *regla de tiempos*: el árbitro decide primero, el juez en definitiva.

El principio es frecuentemente citado como emblemático del arbitraje. Como uno de sus principios más importantes. Lo que con menos frecuencia se comenta es por qué existe. La función que cumple. Su *por qué* y su *para qué*.

---

41 Para ello, se recomienda el *Manual de Arbitraje Comercial* publicado por el INSTITUTO MEXICANO DEL ARBITRAJE (Ed. Porrúa, 2014).

Si *compétence* no existiera, tendría que inventarse. El motivo se hace aparente si se considera lo que ocurriría en un mundo *sin* *compétence*. Un ejemplo puede ilustrar.

A demanda a B. B opone como excepción (defensa) que el contrato es nulo. No se trata de una táctica dilatoria o uno de los frecuentemente vistos argumentos “escopeta” que cuestionan todo, desde la identidad del tribunal, todas sus órdenes procesales, hasta la marca del café usado en las audiencias. Y por supuesto, *la validez del contrato*. Se trata de un argumento que podría ser exitoso dada la inteligencia con la que se presenta, y sobre todo por que descansa en una norma imperativa contenida en el derecho aplicable que bien puede tener el resultado indicado.

Una respuesta natural es aducir que la cuestión sobre la validez del contrato que contiene el acuerdo arbitral es parte del género de disputas comprendidas en la cláusula arbitral (que dice “*Toda* disputa de este contrato será ventilada en arbitraje”). Pero ello detona un dilema. Si B cuestiona la validez del contrato, y por ende la validez jurídica de las obligaciones contenidas en el mismo, una de las cuales es arbitraje, *exigir* arbitraje invita una discusión semejante a lo que la lógica llama “afirmar el consecuente”: suponer el resultado. Dar efectos justamente a la obligación que se está cuestionando.

Es en esta coyuntura analítica que entra *compétence*. No es un paso obligado ni en la lógica ni jurídicamente. Es un paso de política legislativa. En su expresión cruda, *kompetenz* significaba ‘el árbitro es *el* juez de su jurisdicción’. Su expresión refinada es ‘el *primer* juez de la jurisdicción del árbitro es el árbitro’. ¿Por qué el primer? Porque el juez *final* será el juez estatal competente.<sup>42</sup>

No puede ser al revés y por tres motivos. Primero, porque el árbitro no puede pasar juicio sobre la determinación del juez. El juez es un órgano de Estado; el árbitro un prestador de servicios. Y lo más importante, como parte del sistema arbitral, el juez controla al árbitro, no viceversa. Segundo, si el juez pasara juicio *ex ante* sobre la jurisdicción del árbitro, el efecto sería que, para *arbitrar*, se necesitaría *litigar* –un contradictorio si se considera que el núcleo de la voluntad de las partes al pactar arbitraje es no litigar. No entender esto o adoptar la postura contraria detonaría lo que en el *Liber Amicorum Cremades y Derains* llamé “*La Ironía de Compétence*”:<sup>43</sup> que para *arbitrar* se tenga que *litigar*.

Tercero, es válido suponer que este resultado *lamentable* se tornaría en *insoportable*: cualquier cuestionamiento, sin importar cuán banal e improcedente sea, daría lugar a que tuviera que litigarse judicialmente probablemente durante años para que se le dé la razón a quien quería recurrir al arbitraje en primer lugar. (Y aun así está pendiente la solución de la controversia de fondo.) Una táctica dilatoria preciosa por exitosa.

42 Al momento de analizar la validez del acuerdo arbitral (artículo 1457(1)(a) del Código de Comercio) o la ejecución del laudo (1462(1)(a) del Código de Comercio o inmediatamente después de emitido un laudo parcial sobre indicación (artículo 1432 del Código de Comercio).

43 Fernández Ballesteros, Miguel Ángel y Arias, David (eds.), *La Ley*, Wolters Kluwer, 2010.

Es lo anterior lo que explica el que exista la decisión de política arbitral que los cuestionamientos sobre la jurisdicción de un tribunal arbitral sean considerados por el tribunal arbitral mismo, salvo casos de nulidad ‘*manifesta*’<sup>44</sup> (según la visión francesa) o los ‘*gateway issues*’ (como aluden en Estados Unidos). Es decir, en su esencia, *compétence* es un principio que da efectos a la voluntad de las partes. Que evita caer en la ironía que para arbitrar sea necesario litigar.

Esto es importante recalcar pues es frecuentemente pasado por alto. Algunas jurisdicciones a veces por sus máximos tribunales han errado en este punto. Los motivos han sido entendibles: la preocupación de afirmar el consecuente. Exigir arbitrar cuando se cuestiona todo sería suponer demasiado. Sin embargo, conocidos los motivos ya indicados, se torna en entendible y aceptable. Y por ende venerable.

### (b) Remisión

La remisión al arbitraje es la forma en que se implementa la voluntad de las partes. Entendido el dilema, la redacción de la norma que acoge el principio no es fácil. El motivo: se trata de uno de esos problemas de filo de navaja: si se mal diseña, puede afectarse un derecho fundamental: ya sea por exceso o por defecto. Por *exceso*, si se encausan al arbitraje casos que deberían ir a los tribunales. Por *defecto*, si se encausan a los tribunales judiciales casos que debían acabar en arbitraje.

### ¿*Quid iuris*?

El 1432 del Código de Comercio dice:

“El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria.”

El artículo 1424 del Código de Comercio dice:

“El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.”

La relación entre ambos preceptos contiene tanto el origen del problema, como su solución. El primero (1432) contiene el principio: *compétence*. El segundo (1424) la manera de implementarlo cuando una de las partes lo incumple: la remisión al arbi-

---

44 O “notaria” siguiendo las palabras del artículo 1465 del Código de Comercio.

traje. Este es y debe ser el punto de partida de todo el análisis. No hacerlo sesga. Corre el riesgo de errar por no comenzar en el punto de partida correcto.

Es ante este trasfondo que debe plantearse la incógnita: *¿quid iuris* si existe duda<sup>45</sup> sobre la competencia, como resultado de una duda sobre la validez o alcance del acuerdo arbitral?

Esta duda ha enigmado a varios. Después de todo, mucho depende de ella. Una postura sobre-estimulada del arbitraje propiciaría que, quien tiene una duda legítima sobre la competencia, sea turnado al arbitraje –algo injusto, pues no pactó arbitraje. Por otro, que una persona que pactó el arbitraje (presumiblemente por su ventaja en velocidad o uni-instancialidad), sea obligada a litigar en varias instancias y durante mucho tiempo, la cuestión sobre si existe un deber de acudir al arbitraje. Y concluida dicha discusión, aun así tiene que litigar su asunto durante algo de tiempo y varias instancias. Un resultado que hace nugatorio su pacto.

La solución al dilema, el punto medio que no comete el error de defecto ni de exceso, está en comprender la naturaleza de *compétence*: una regla de tiempos.

Aplicado al caso mexicano, si una parte cuestiona la validez de un acuerdo arbitral y, por ende, la jurisdicción de un tribunal arbitral, ello debe ser decidido por el árbitro atento al artículo 1432. Si la duda se presenta al juzgador como motivo para no remitir al arbitraje, conforme al artículo 1424, el juez debe:

1. *Suponer la validez del acuerdo arbitral*: Como punto de partida, el acuerdo arbitral se presume válido, por lo que se debe remitir al arbitraje de inmediato.
2. *Vencimiento de la Suposición*: La determinación del mérito del argumento de invalidez debe ser conspicua. “Notoria”, dice nuestro artículo 1465 del Código de Comercio. “Manifiesta” dicen los franceses. “Evidente” dicen otros. El punto: el motivo aducido debe ser casi incuestionable. Axiomático. Si es discutible, aunque sea un poco, *tiene que irse al arbitraje*. Ya tendrá oportunidad el juez de analizar la determinación del árbitro (*i*) al momento de analizar la “decisión jurisdiccional;<sup>46</sup> (*ii*) durante el juicio de nulidad; (*iii*) en la ejecución del laudo. (Y la carga de la prueba está en los hombros de quien se opone a la remisión.<sup>47</sup>)
3. *Ante la duda, remitir*: Cualquier duda sobre la validez, eficacia o imposible ejecución del acuerdo arbitral debe ser resuelta a favor de la remisión.

45 Por seriedad analítica, supongo que el cuestionamiento jurisdiccional es serio. Que no es fruto de una táctica dilatoria. Después de todo, éstas quedan comprendidas en la regla (remisión), y no detonan el dilema que busca abordar este ensayo.

46 Artículo 1432, Segundo párrafo, del Código de Comercio.

47 Esto es consecuencia del primer punto: suposición de validez del acuerdo arbitral.

(c) *Compétence en la práctica*

El alcance de *compétence* ha sido malentendido. La experiencia mexicana muestra criterios diversos que lo aplican correctamente, y uno que no.

(i) Criterios (y praxis) correcta

La práctica visible cotidianamente vive y aplica *compétence* correctamente. En su mayoría el Poder Judicial ha emitido criterios atinados sobre este espinoso tema. Por ejemplo:

“ARBITRAJE COMERCIAL. EL CONTROL JUDICIAL DE LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL PUEDE EJERCERSE SÓLO EN UNA DE LAS OPORTUNIDADES PREVISTAS. La interpretación teleológica e histórica de los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio, semejantes en contenido normativo a los artículos 8 y 16 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en español y en inglés), revela que el legislador mexicano buscó dar cabal eficacia al compromiso arbitral y facilitar la realización de los arbitrajes, en caso de existir un acuerdo sobre esa forma de resolución de controversias, impidiendo el empleo de dilaciones en la sustanciación de esos procedimientos, aun cuando se ejerciera el necesario control judicial sobre la validez del pacto arbitral. Ciertamente, el tribunal arbitral puede decidir sobre su propia competencia, con base en el principio de origen germano “Kompetenz Kompetenz”, o competencia competencia, analizado ampliamente por la doctrina e implícitamente reconocido en el texto de los preceptos interpretados, pero ello no significa que ese tema escape al control de los tribunales del Estado, aunque lo distintivo, en el sistema del Código de Comercio, es que son dos los momentos en que puede ejercerse: antes o después del dictado del laudo arbitral. Sin embargo, en aras del respeto a la cosa juzgada en materia de competencia, así como de no entorpecer la tramitación, resolución y ejecución del arbitraje comercial, una vez que se ha ejercido ese control, y determinado a quién corresponde la competencia, no podrá ejercerse en alguna otra de las oportunidades previstas para hacerlo.<sup>48</sup>”

A su vez:

“REMISIÓN AL PROCEDIMIENTO ARBITRAL. LAS PARTES PUEDEN SOLICITARLA COMO EXCEPCIÓN, INCIDENTALMENTE AL CONTESTAR LA DEMANDA O CON POSTERIORIDAD HASTA ANTES DE PRONUNCIAR SENTENCIA QUE RESUELVA EL FONDO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO). La regulación de los efectos

48 Registro 162932, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXXIII, febrero de 2011, p. 2249. Tesis: I.40.C.308 C. Amparo directo 251/2010. 17 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Amparo en revisión 127/2010. 17 de junio de 2010. Unanimidad de votos.

negativos del acuerdo de arbitraje consistentes en la imposibilidad de plantear la controversia o diferencia que es materia de compromiso arbitral ante un tribunal estatal y de que éste conozca del fondo del asunto, contenida en el artículo 1424 del Código de Comercio, está sujeta a la salvedad de que la autoridad judicial determine la existencia tanto del compromiso arbitral y que la materia del juicio queda comprendida en el mismo, como que no se está ante un caso de excepción a la eficacia del pacto arbitral que se produciría ante la nulidad, ineficacia o imposibilidad de ejecutar el acuerdo arbitral. Para hacer valer esos efectos negativos, la parte interesada debe plantear una solicitud de remisión al arbitraje, que puede adoptar la forma de excepción consistente en la existencia de acuerdo arbitral, o como cuestión incidental en el escrito de contestación a la demanda, o con posterioridad en cualquier tiempo hasta antes de que se pronuncie la sentencia que resuelva el fondo, porque con ésta se agota la jurisdicción del Juez.<sup>49</sup>

Y el siguiente:

“COMPROMISO ARBITRAL, NULIDAD DEL. COMPETENCIA DEL ÁRBITRO Y NO DEL JUEZ ORDINARIO PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD RESPECTIVA, PORQUE LOS ARTÍCULOS 1424 Y 1432 DEL CÓDIGO DE COMERCIO TIENEN COMO PROPÓSITO DAR EFICACIA A LOS ACUERDOS DE ARBITRAJE Y FACILITAR LA REALIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES. Para interpretar los preceptos que regulan el arbitraje en el Código de Comercio, desde el punto de vista teleológico e histórico, es necesario tener en cuenta que el antecedente de los mismos se encuentra en la Ley Modelo Sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), cuyas disposiciones fueron incorporadas a la legislación mercantil nacional a fin de ajustarla a los aspectos favorables para el arbitraje que se advirtieron en esa propuesta normativa, como se desprende de la exposición de motivos del decreto de reforma y adiciones publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintidós de julio de mil novecientos noventa y tres, así como de los correspondientes dictámenes emitidos por las respectivas Cámaras de Origen y Revisora, a saber, de Diputados y de Senadores, de tal suerte que resulta conveniente acudir al texto de la mencionada ley modelo, en los preceptos que guardan similitud o identidad de contenido, y a la explicación que de dichos dispositivos hace la secretaría de la mencionada comisión internacional. Esa semejanza en contenido normativo se advierte entre los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio, y 8 y 16 de la ley modelo, cuyo propósito es facilitar y dar eficacia al reconocimiento de los acuerdos de arbitraje, así como evitar la práctica de tácticas dilatorias, aunque se trate del ejercicio de las facultades de supervisión o de control que se reconocen como necesarias por parte de los tribunales judiciales. La anterior finalidad de la regulación de la remisión al arbitraje y de la facultad de determinar la competencia por parte del

49 Registro 176471, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXII, diciembre de 2005, p. 2755. Tesis: I.3º.C.503 C. Amparo en revisión 14/2005. Servicios Administrativos de Emergencia, S.A. de C.V. 19 de mayo de 2005. Unanimidad de votos, con voto aclaratorio del Magistrado Anastasio Martínez García. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

tribunal arbitral, basada en el principio arbitral de origen alemán denominado “Kompetenz Kompetenz”, o competencia competencia, que implícitamente se encuentra en el texto de los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio, dado el origen que tienen y la semejanza con las normas que los inspiraron, revela que el legislador mexicano buscó dar cabal eficacia al compromiso arbitral y facilitar la realización de los arbitrajes, en caso de existir un acuerdo sobre esa forma de resolución de controversias, impidiendo el empleo de dilaciones en la sustanciación de esos procedimientos, aun cuando se ejerciera el necesario control judicial sobre la validez del pacto arbitral, el que, en términos del artículo 1432 del Código de Comercio, puede hacerse antes de que se dicte el laudo arbitral, o con posterioridad a éste, es decir, puede ser previo o ex post. Por tanto, cuando existe pacto arbitral sobre la competencia del árbitro para conocer de la nulidad del acuerdo de arbitraje, queda excluida la competencia del Juez ordinario del Estado, para respetar cabalmente la voluntad de las partes al convenir la resolución de las controversias, incluyendo la nulidad del pacto arbitral, a través del procedimiento arbitral.<sup>50</sup>”

Dado lo anterior, es válido aseverar que *compétence-compétence* à la mexicaine es, como regla, correctamente implementada. En la contundente mayoría de los casos donde el dilema no se presenta. Y cuando se presenta, se encausa y resuelve atinadamente. El caso de excepción fue corregido legislativamente. Y la práctica arbitral cotidiana observa la expresión correcta de la regla.

## (ii) Criterio incorrecto

Ante una contradicción entre dos colegiados de circuito Suprema Corte de Justicia resolvió la contradicción en el siguiente sentido:<sup>51</sup>

“ARBITRAJE COMERCIAL. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACUERDO DE ARBITRAJE PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1,424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, CORRESPONDE AL JUEZ Y NO AL TRIBUNAL ARBITRAL. La posibilidad de apartar la intervención de la justicia estatal en un conflicto, a fin de someterlo al arbitraje comercial, es una manifestación de la potestad de los particulares para renunciar a sus derechos subjetivos y establecer los dispositivos legales a los cuales desean someterse; de ahí, que un acuerdo de arbitraje pueda estar incluido en un contrato como cláusula compromisoria, lo que por regla general y en términos

50 Registro 176581, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Novena Época. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, p. 2650. Tesis: I.3º.C.502 C. Amparo en revisión 14/2005. Servicios Administrativos de Emergencia, S.A. de C.V. 19 de mayo de 2005. Unanimidad de votos, con voto aclaratorio del Magistrado Anastacio Martínez García. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

51 Contradicción 51/2005, Primera sala de la Corte, 11 de enero de 2006. (Tesis Jurisprudencial 25/2006, Contradicción de tesis 51/2005-PS entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Sexto y Décimo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. Mayoría de tres votos. Disidentes: Olga Sánchez Cordero de García Villegas y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Juan N. Silva Meza.)

del artículo 1,432 del Código de Comercio, otorga su competencia a los árbitros para *intervenir*, conocer y decidir aún sobre la existencia o validez del propio contrato, así como de dicha cláusula compromisoria, lo contrario violaría la voluntad de las partes. Sin embargo, existe una excepción a dicha regla, cuando en términos del artículo 1,424 del citado Código, ante un órgano jurisdiccional se somete el diferendo, sobre un contrato que contenga una cláusula compromisoria, y se ejerza al mismo tiempo la acción para que la misma se declare nula, ineficaz o de ejecución imposible, la que en dicho supuesto haría necesaria una decisión judicial previa, sobre la acción de nulidad. Lo anterior porque, por un lado, no debe soslayarse la existencia del debido control judicial sobre el arbitraje y, por el otro, la competencia de los árbitros proviene de la autonomía de la voluntad de las partes, de manera que si se alega, por ejemplo, la existencia de algún vicio de la voluntad en el acto que otorga competencia al árbitro, la acción de nulidad debe resolverse previamente por el órgano jurisdiccional, quedando a salvo los derechos de las partes para que en términos del segundo párrafo del referido artículo 1,424 puedan iniciarse las actuaciones arbitrales relativas a la disputa sobre el cumplimiento e inclusive la existencia o validez del propio contrato que contiene la cláusula compromisoria, ya que a ese respecto el tribunal arbitral conserva su competencia exclusiva.”

Con respeto, el sentido del criterio no es el correcto. Lo sería en un mundo donde no existe *compétence*. Ello dio lugar a discusiones diversas.<sup>52</sup> Afortunadamente, el criterio ha sido superado por la modificación a derecho arbitral que pone las cosas en orden.<sup>53</sup> Que establece que la remisión al arbitraje debe ocurrir “de inmediato”.<sup>54</sup> Y si se solicita que la remisión no ocurra dado que existe nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral, o es de imposible ejecución, al considerar el punto, el juez debe “observar un criterio riguroso”.<sup>55</sup>

El criterio erróneo<sup>56</sup> citado fue objeto de un debate intenso en la academia incluyendo la BARRA MEXICANA, COLEGIO DE ABOGADOS, A.C.<sup>57</sup> Afortunadamente, el Poder Legislativo presto oídos. La reforma del derecho arbitral de 27 de enero de 2011 corrigió el yerro. *El efecto jurídico de los (nuevos) artículos 1464 y 1465 es cambiar la regla que se adoptó en el criterio contenido en la contradicción si/2005*. Por virtud de lo dispuesto en el artículo 1465 del Código de Comercio queda claro que:

“... la suspensión del procedimiento judicial y la remisión al arbitraje se harán de inmediato. Sólo se denegará la remisión al arbitraje:

52 Para conocerlas, véase *Arbitraje*, Ed. Porrúa, México, D.F., 4ª ed, 2014, p. 338 *et seq.*

53 Diario Oficial de la Federación, 27 de enero de 2011.

54 Artículo 1465 del Código de Comercio.

55 Artículo 1465(b) *in fine* del Código de Comercio.

56 Me refiero a la Contradicción 51/2005 citada *supra*.

57 Fueran dos los congresos de la BMA donde este tema se discutió (el de 2010 y 2012). A su vez, el Comité de Arbitraje también organizó una mesa de división. Lo mismo ocurrió en el Instituto Mexicano del Arbitraje. El debate es recogido en *Arbitraje*, Ed. Porrúa, 4ª ed., 2014, pp. 336-365 *et seq.*

- a) Si en el desahogo de la vista dada con la solicitud de remisión al arbitraje se demuestra por medio de resolución firme, sea en forma de sentencia o laudo arbitral, que se declaró la nulidad del acuerdo de arbitraje, o
- b) Si la nulidad, la ineficacia o la imposible ejecución del acuerdo de arbitraje son *notorias* desde el desahogo de la vista dada con la solicitud de remisión al arbitraje. Al tomar esta determinación el juez deberá observar un *criterio riguroso*.”

(énfasis añadido)

Las tres porciones resaltadas de la norma citada juegan un papel crucial en la correcta implementación del principio *compétence* y la remisión al arbitraje. De hecho, corrigen la Contradicción 51/2005. La exigencia de (i) “remisión inmediata”, (ii) atada a los casos de excepción que deben ser “notorios”, y (iii) que tienen que seguir un “criterio riguroso”, tiene por efecto modificar la regla actualmente contenida en el criterio vertido en la tesis 51/2005. Mientras este exige que el juez conozca de la acción de nulidad de un acuerdo arbitral, el artículo 1465 exige que ello no ocurra; que la remisión ocurra *de inmediato*. Que sólo se detenga si es “*notoria*” la nulidad, ineficacia o imposible ejecución. Y lo anterior no es fruto de interpretación *ex post*; sino que fue *el objetivo mismo* de la modificación legal: corregir el error judicial mediante una modificación legislativa, restaurando en el régimen a su objetivo inicial.

Se observa sin embargo que el impacto de la modificación no ha sido asimilada por completo. El criterio se sigue citando y, en un caso reciente, se citó como premisa de la conclusión genérica del fallo. Me refiero a la ejecutoria del amparo directo 33/2014, donde se dijo que:<sup>58</sup>

“... esta Primera Sala ha sostenido al resolver la Contradicción de Tesis 51/2005 que la voluntad de los contratantes no es absoluta en razón del debido control judicial del arbitraje y el derecho de las partes de plantear en vía de acción la nulidad, la ineficacia e imposible ejecución de la cláusula compromisoria y cuyo conocimiento, decisión y resolución compete a los jueces federales y locales<sup>59</sup>.”

Respetuosamente, la premisa debe ser obviada, pues ha sido (legislativamente) superada.<sup>60</sup> Aunque el sentido del fallo en el amparo en revisión 33/2014 fue el correcto,<sup>61</sup>

58 Amparo Directo 33/2014, Primera Sala, SCJN, Sentencia de 24 de septiembre de 2014, ¶85.

59 Tesis 1a./J. 25/2006 (9a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, septiembre de 2008, tomo XXIV, página 5. Registro 174303, cuyo rubro es: ARBITRAJE COMERCIAL. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACUERDO DE ARBITRAJE PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, CO-RRESPONDE AL JUEZ Y NO AL TRIBUNAL ARBITRAL.

60 Y se trata de una premisa innecesaria, por lo que el sentido del fallo no cambia si se borra dicho eslabón analítico.

61 En esencia, se adoptó la ‘tesis de coexistencia’. Esta postula en esencia que la existencia de una cláusula arbitral en un contrato de adhesión no la hace inválida, pero no afecta el derecho del consumidor a acudir a las instancias de protección al consumidor. El efecto negativo del acuerdo arbitral no veda

la premisa en base a la cual se cita ha sido modificada como resultado de lo dispuesto en el artículo 1465 del Código de Comercio. Se trata de una modificación legislativa de un error judicial.

Lo anterior pone en relieve algo interesante y que dista de ser evidente: ¿Cómo resolver el problema generado por la actual coexistencia antinómica del derecho escrito con el derecho jurisprudencial? Estamos ante una colusión de fuentes de derecho. Y ante ello, no es evidente cómo proceder. Propongo que se tomen pasos para sustituir dicha jurisprudencia.<sup>62</sup> Propongo que alguno de los órganos calificados por la Ley de Amparo –algún Magistrado o Ministro– solicite la sustitución de la Jurisprudencia en cuestión. Siendo que la Jurisprudencia fue por Contradicción, salvo la mejor opinión de los asistentes al Congreso, deberá ser un Ministro de la Suprema Corte de Justicia quien tome la iniciativa.<sup>63</sup>

De aceptarse la iniciativa, no sólo daríamos congruencia al derecho escrito y derecho judicial, sino que haríamos una aplicación más pura de derecho arbitral.

Es de esperarse que esta iniciativa sea acogida *lo antes posible*. De lo contrario, tendremos que esperar a que se mal aplique derecho arbitral en un caso para entonces, una vez cometida una injusticia, que ahogado el niño tapemos el pozo.<sup>64</sup> Para qué provocar un “mártir de la justicia” (como se le conoce académicamente al fenómeno). Actuemos lo antes posible.

## 2. *Linderos*

El contenido del derecho humano arbitral implica que un juzgador nacional puede incumplirlo cuando no respeta su naturaleza *alternativa*: como mecanismo *alternativo* de solución de controversias. Ello ocurrirá cuando interviene en un proceso arbitral en cuestiones diversas a cualquiera de las siguientes circunstancias (que llamaré las “Únicas Intervenciones Judiciales Permitidas”):<sup>65</sup>

---

los derechos del consumidor conforme a la legislación especializada por el simple motivo que es una materia no arbitrable existe un órgano especializado para ventilarlos. Como puede verse, los recursos conforme al derecho de protección al consumidor, el régimen de acciones colectivas y el derecho arbitral *coexisten*. Ninguno prevalece sobre el otro. La decisión merece aplauso no solo por que el tema es difícil, sino por que otras jurisdicciones han adoptado decisiones cuestionables al respecto. Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos (en *AT&T Mobility LLC v. Concepcion et ux* (563 U. S. 333 (2011))) decidió que prevalecía el arbitraje. Otras jurisdicciones han decidido que prevalecen los derechos del consumidor y el derecho a enderezar *class actions*. Ambos postulados son criticables pues generan problemas diversos, que no abordo. (Para abundar sobre esta, véase *Arbitraje, ob. cit.*)

62 De conformidad con el artículo 230 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (“Ley de Amparo”).

63 Atento a lo dispuesto en la fracción III del artículo 230 de la Ley de Amparo.

64 Ello como resultado del principio que la sustitución de la jurisprudencia no puede afectar las situaciones jurídicas en casos concretos. (Artículo 230 *in fine* de la Ley de Amparo.)

65 Estas son explicadas a detalle en González de Cossío, Francisco, *El Arbitraje y la judicatura*, Ed. Porrúa, México, 2007.

1. La remisión al arbitraje;<sup>66</sup>
2. La colaboración en la constitución del tribunal arbitral;<sup>67</sup>
3. Medidas precautorias;<sup>68</sup>
4. Juicio de nulidad;<sup>69</sup> y
5. Juicio de ejecución.<sup>70</sup>

Estas son las únicas instancias en que un juzgador nacional puede realizar acto alguno en procedimientos arbitrales. De ello se cerciora el artículo 1421 del Código de Comercio, que dice:

“Salvo disposición en contrario, en los asuntos que se rijan por el presente título, no se requerirá intervención judicial”

El precepto busca esclarecer que la participación del Poder Judicial en un arbitraje tiene el carácter de *excepcional*. Una consecuencia de dicha noción es que las actuaciones tienen naturaleza de norma de excepción, y por ende se interpretan y aplican de forma *estricta*. Dicho de otra manera, en materia de asistencia judicial en el arbitraje, no hay lagunas –por lo que no es necesario integrar. El sistema es autocontenido. Cualquier cuestión no prevista corresponde al tribunal arbitral resolver.<sup>71</sup> Y no es posible interpretar holgadamente. Hacerlo implicaría pasar por alto la naturaleza excepcional de las facultades del juzgador nacional sobre dicha materia, mal-utilizando el instrumento de la técnica jurídica (interpretación).

Un caso particular de lo anterior es la procedencia del Juicio de Amparo. Existen motivos diversos para entender que un árbitro no es ‘autoridad’, por lo que no procede el Juicio de Amparo en su contra.<sup>72</sup> Uno adicional es lo dispuesto en este ensayo: permitir el Juicio de Amparo en contra del árbitro y sus actos violaría el derecho humano arbitral; el derecho a encausar la resolución de problemas a través de mecanismos que sean *alternativos* al derecho de tutela judicial.

#### D. Recepción de la idea

Tengo que admitir que fue con algo de temor que presenté la idea que aquí retomo (la cual abordo en la sección de este ensayo<sup>73</sup>). El motivo consistía en que era fácil malen-

66 Artículos 1424, 1464 y 1465 del Código de Comercio.

67 Artículos 1427 a 1429 y 1466 del Código de Comercio.

68 Artículos 1425, 1466, 1470.III, 1470.IV, 1478 a 1480 del Código de Comercio.

69 Artículos 1457 y 1472 a 1477 del Código de Comercio.

70 Artículos 1462 y 1471 a 1477 del Código de Comercio.

71 Artículo 1435 del Código de Comercio.

72 Vid sección II.B de este ensayo.

73 La idea aquí vertida fue diseminado por vez primera a través del Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC) en marzo 2013.

tenderla. De hecho, colegas que respeto intelectualmente (unos que aprecio personalmente) han criticado la iniciativa.<sup>74</sup>

Me es grato reportar que la idea aquí descrita ha merecido apoyo, tanto académico, profesional y judicial. Con respecto a los primeros dos, expertos y practicantes reconocidos mexicanos me han transmitido su apoyo a esta noción. Y no sólo desde un ángulo conceptual, sino pragmático.

Con respecto al judicial, aunque ha existido reticencia (§1), la idea ha generado criterios judiciales que han sido cristalizados en tesis recientes (§2)<sup>75</sup> y ciertas ejecutorias han citado el mismo como una premisa importante de su conclusión (§3).

### **1. Reticencia**

En lo que algunos consideramos una de las sentencias más atinadas y progresivas que ha emitido nuestro Poder Judicial respecto de arbitraje, Don José Ramón Cossío se apartó de la mayoría en un párrafo conciso pero preñado de contenido. Su primera oración dice:<sup>76</sup>

Respetuosamente disiento con las consideraciones del proyecto respecto a las consecuencias de la constitucionalización de los medios alternativos de solución de conflicto pues no acarrear consecuencias prácticas al asunto en cuestión ni tampoco su constitucionalización ha creado una libertad nueva.

Don José Ramón Cossío difiere respecto de las consecuencias sobre la constitucionalización de los mecanismos alternativos de solución de controversias (“*Masc*”), considerando que (1) no acarrear consecuencias prácticas y (2) no se ha creado una nueva libertad.

Sobre (1) propongo que existen consecuencias positivas de aceptar la idea que existe un derecho constitucional dentro de la oración “las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias” contenida en la primera oración del cuarto párrafo del artículo 17 de la Constitución. En la medida en que se acepte que el texto –cotejado con la voluntad legislativa que lo antecede y le dio origen– encierra un derecho constitucional, las consecuencias serían que existe un derecho que el Constituyente Permanente nos ha conferido, que el Poder Judicial como intérprete de nuestro

74 Aunque los motivos no han sido claramente expresados, entiendo que involucran la preocupación que, imbuir derecho arbitral de conceptos procesales o constitucionales, puede no sólo ser mezclar materias diversas propiciando impurezas analíticas. A su vez, invitar intervención judicial, del género que no debe existir es (por los motivos descritos en la §I.C de este ensayo).

75 A su vez, la idea ha sido usada en el contexto de un árbitro que enfrentaba recusaciones tácticas. En defensa de su investidura, argumentó exitosamente la existencia del derecho humano.

76 VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MINISTRO JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ EN EL AMPARO DIRECTO 71/2014.

texto constitucional debe discernir. Al respecto, he propuesto que dicho derecho tiene un núcleo duro y un área de penumbra.<sup>77</sup> El núcleo duro sería (i) *compétence*, (ii) remisión, (iii) el principio de no intervención contenido en el artículo 1421 del Código de Comercio. El área de penumbra es una cuya importancia no debe menospreciarse, particularmente dada la energía e ingenio que algunos muestran para entorpecer acciones enderezadas en su contra en arbitraje.

Sobre (2), diversas jurisdicciones han adoptado la visión que el derecho al arbitraje es una expresión de la libertad. En ello, Don José Ramón tiene razón. Pero no es claro que nuestro constitucionalismo haya adoptado esta visión. Es cierto que la Constitución de Cadíz contenía una mención del arbitraje, pero la Constitución de 1917 no la tenía. Fue hasta la modificación de 2008 que se incluyó. Previo a ello, existieron cuestionamientos sobre la constitucionalidad del arbitraje, todos los cuales fueron rechazados. El argumento que prevaleció fue que el arbitraje era producto de la libertad contractual, y no hay nada en la Constitución o ley secundaria que lo vede. Por ende, de la misma manera que el contrato de arrendamiento no tenía que contar con soclo constitucional para considerarlo válido, tampoco era necesario que el arbitraje lo tuviera. Está dentro de la autonomía de la voluntad.

Es ante dicho trasfondo que debe evaluarse el contenido y trascendencia de la inclusión de la oración “las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias” en el cuarto párrafo del artículo 17. Concluir que es reiterativa de un derecho ya existente sería contrario a principios de hermenéutica legal y constitucional.<sup>78</sup> Se trataría de una interpretación vacua. Mejor lectura, propongo, es considerar que, leídos los antecedentes de nuestro Constituyente Permanente, existe una voluntad legislativa: el brindar un derecho *de rango constitucional* utilizable en instancias diversas para cerciorar que el pacto de las partes de usar arbitraje es respetado.

Esto último es lo pragmático de la idea. No deja de sorprender lo que están dispuestos a hacer quienes desean derrocar una acción. El que se proporcione un arma de calibre constitucional a quien desea que el pacto de arbitrar se respete no debe menospreciarse. Piénsese por ejemplo en un amparo legalidad en contra de una medida precautoria judicial que tenga por objeto suspender un proceso arbitral (las vilipendiadas *anti-suit injunctions*). Otro ejemplo puede ser un amparo legalidad en contra de una decisión judicial que busca destazar de contenido un proceso arbitral al ordenar que se tomen ciertos pasos para resguardar una litis en vías de ser conocida por un tribunal arbi-

---

77 He propuesto esta idea en “*El Derecho Humano Arbitral: El Derecho Fundamental a contar con Procesos Arbitrales libres de interferencia Judicial*”, para luego explayarla en *Dando Contenido al Derecho Humano Arbitral* (que fue mi presentación ante el XV Congreso de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.) y en *Arbitraje* (*ob. cit.*, capítulo XV). Me es grato reportar que la idea ha ganado adeptos, y creo que es un desarrollo positivo en nuestro parque legal dadas las consecuencias que puede arrojar. Dado el respeto intelectual que le tengo al Ministro en retiro Don José Ramón Cossío, me interesaría conocer su opinión.

78 Por ejemplo, el principio *pro homine*.

tral.<sup>79</sup> Aún otro puede ser defender la jurisdicción de un árbitro recusado y hostigado por la parte que desea derrocar un proceso arbitral.<sup>80</sup> Los casos no son teóricos. Han ocurrido en la experiencia mexicana. Y han puesto a pensar a unos, y a temblar a otros.

Es por ello que propongo que aceptar que en el párrafo cuarto del artículo 17 de la Constitución existe un derecho de raigambre constitucional con un núcleo duro preciso, y con un área de penumbra y linderos que deben ser discutidos y judicialmente tejidos,<sup>81</sup> es un paso que acarrearía consecuencias deseables. Buena teoría jurídica.

## 2. Criterios judiciales

Un tribunal colegiado acoge la idea descrita en este ensayo<sup>82</sup> y emitió el siguiente criterio:<sup>83</sup>

“ACCESO A LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, COMO DERECHO HUMANO. GOZA DE LA MISMA DIGNIDAD QUE EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO. Los artículos 17, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen a favor de los gobernados el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado, que será encomendada a tribunales que estarán expeditos para impartir justicia, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial; en ese sentido, la *Constitución Federal* en el citado artículo 17, cuarto párrafo, va más allá y además de garantizar el acceso a los tribunales previamente establecidos, *reconoce, como derecho humano, la posibilidad de que los conflictos también se puedan resolver mediante los mecanismos alternativos de solución de controversias*, siempre y cuando estén previstos por la ley. Ahora bien, en cuanto a los mecanismos alternativos de solución de controversias, se rescata la idea de que son las partes las dueñas de su propio problema (litigio) y, por tanto, ellas son quienes deben decidir la forma de resolverlo, por lo que pueden optar por un catálogo amplio de posibilidades, en las que el proceso es una más. *Los medios alternativos consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas puedan resolver sus controversias, sin necesidad de una intervención jurisdiccional*, y consisten en la negociación (autocomposición), mediación, conciliación y el arbitraje (heterocomposición). En ese sentido, entre las consideraciones expresadas en la exposición de motivos de la reforma

79 Como ocurrió en un caso que por motivos de confidencialidad no detallo.

80 Como me ocurrió en un caso por una parte que mal-recusó (por varios motivos) aduciendo cosas falsas, y solicitando la ayuda del poder judicial para que me ordenara a no emitir laudo. Al defenderme esgrimié el Derecho Humano Arbitral en la forma descrita. Me es grato reportar que los cinco juzgadores que conocieron de las recusaciones rechazaron la táctica.

81 Desarrollo esta idea en *Arbitraje, ob. cit.*, p. 1187 *et seq.*

82 No deseo insinuar que se inspiró en mi ensayo (lo cual desconozco). Sólo hago notar que adopta la idea.

83 Registro: 2,004,630, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3, p. 1723. Tesis: III.2o.C.6 K (10a.). Amparo en revisión 278/2012, 13 de septiembre de 2012. Unanimidad de votos.

constitucional al mencionado artículo 17, de dieciocho de junio de dos mil ocho, se estableció que los mecanismos alternativos de solución de controversias “son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita ..., permitirán, en primer lugar, cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo”; ante tal contexto normativo, debe concluirse que *tanto la tutela judicial como los mecanismos alternos de solución de controversias, se establecen en un mismo plano constitucional y con la misma dignidad y tienen como objeto, idéntica finalidad*, que es, resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley en el Estado Mexicano.”

(énfasis añadido)

El criterio merece aplausos, un matiz y un comentario.

El aplauso que dicho criterio merece es múltiple. Reside tanto en *reconocer* que existe el Derecho Humano Arbitral como se concibe en este ensayo de sí, un paso loable como *esclarecer* que está en el mismo plano que el derecho humano a la tutela judicial algo útil ante los recalcitrantes del arbitraje.<sup>84</sup> Y finalmente, porque pone énfasis en algo importante: que *en arbitraje no debe haber intervención judicial*. Aunque esto ya consta en ley,<sup>85</sup> a veces pasa desapercibido.

El *matiz* consiste en la apreciación que la mediación y conciliación es heterocomposición. Seguramente la mención obedece a que existe un tercero que participa en la solución de la disputa (el mediator o conciliador). Sin embargo, siendo que la fuente de la solución en ambos *son las partes mismas*, dichos mecanismos son mejor entendidos como autocompositivos.<sup>86</sup>

Pero el matiz conceptual no debe distraer: se trata de un gran criterio que merece ser seguido hasta ser cristalizado en Jurisprudencia. Siendo que la tesis que lo contiene cuenta con votación idónea para ello, deseo hacer un llamado respetuoso a seguir a nuestro Poder Judicial que así ocurra. Que se reitere por otros juzgadores hasta en-

84 Sobre lo cual, pregunto al lector si alguna ocasión ha ponderado sobre por qué el arbitraje tiene tantos enemigos. Invito además a que el lector deseoso de entender los escuche con detenimiento y, sin responder, medite sobre los argumentos que se emiten en contra del arbitraje. Adelanto que se percatará que los argumentos son poco serios, abiertos a cuestionamientos, y en buena medida erróneos. Pero al recibirlos, sugiero al lector no refutar, sino ponderar sobre ellos. Así lo he hecho y he concluido que lo que muestran es una predisposición negativa al arbitraje. Y es por ello que hago la pregunta: ¿por qué? La respuesta no la agoto aquí (para ello véase el prólogo del autor de *Arbitraje, ob. cit.*). En este contexto hago alusión a dicha circunstancia únicamente con miras a contextualizar la utilidad del criterio citado y comentado.

85 Artículo 1421 del Código de Comercio.

86 Podría argumentarse que en la conciliación la solución proviene del conciliador. Ello sería una discusión sutil pero irrelevante. Aunque el conciliador sugiere, mientras no se acoja su sugerencia, no es nada.

durecerse en Jurisprudencia. Y si fuera de nuestro máximo tribunal, tanto mejor. El Derecho Humano Arbitral debe ser reconocido como tal, en los términos descritos en este ensayo.

Un criterio reciente utiliza el derecho humano arbitral como premisa de su conclusión:<sup>87</sup>

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. SI LAS PARTES PACTAN QUE DEBEN AGOTARSE ANTES DE ACUDIR A LOS TRIBUNALES COMPETENTES, DEBE PREVALECER EL ACUERDO DE VOLUNTADES. *El acceso a los medios alternativos de justicia constituye un derecho humano reconocido por el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por ello, es obligación de los impartidores de justicia promover y hacer extensivo el uso de dichos medios a la ciudadanía, sobre todo ante su éxito potencial en la solución de determinados conflictos en donde cobra especial notoriedad la reconstrucción de las relaciones interpersonales, buscando siempre razonamientos de equidad y pretendiendo en todo momento restituir la paz social de manera rápida y eficaz. Atento a ello, las partes pueden acordar en el contrato basal que se someterán a la competencia de la Procuraduría Federal del Consumidor para la solución de los conflictos surgidos del propio contrato, que cuenta con el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, que es un procedimiento heterocompositivo en virtud del cual las partes acuerdan someter a la decisión de un tercero, neutral y experto en la materia, la solución de una controversia presente o futura. Ello constituye una decisión que debe acatarse, ya que la voluntad de las partes es la suprema ley en los contratos. De modo que, ante tal acuerdo de voluntades y considerando que es obligación de los impartidores de justicia promover y hacer extensivo el uso de los mecanismos alternativos de solución de controversias, es inconcuso que primero debe acudirse ante dicha Procuraduría para efectuar el reclamo, y de no poder solucionarse ante ella, recurrir ante los tribunales competentes. Por tanto, dejar de cumplir lo pactado implicaría limitar a una de las partes el derecho de acudir ante la Procuraduría citada, como medio alternativo de justicia, a iniciar un procedimiento que resulta más ágil y tiene sustento constitucional.*

(énfasis añadido)

Como puede verse, de nuevo, la existencia de un derecho humano en el artículo 17 constitucional fue una premisa analítica de la conclusión a la que se llegó y documenta la esta tesis.

### **3. Ejecutorias**

Una ejecutoria reciente usa como premisa de la conclusión a la que llegó la noción que existe un derecho fundamental a utilizar mecanismos alternativos de solución de

---

87 Registro: 2021535, Décima Época. Tesis: I.3o.C.426 C (10a.), enero 2020.

controversias. A continuación, cito la tesis que arrojó, para comentar las premisas, y hacer un comentario desde la perspectiva de la idea general trazada en este ensayo. El criterio en cuestión es el siguiente:<sup>88</sup>

“ARBITRAJE. NO PUEDE CONSIDERARSE COMO TAL EL PACTO CONSISTENTE EN QUE UN ORGANISMO CORPORATIVO DE LA PERSONA MORAL ENTRE CUYOS MIEMBROS EXISTE UN DIFERENDO CON RESPECTO A SU ADMINISTRACIÓN, DEBA RESOLVER EL CONFLICTO CORRESPONDIENTE. Si bien es cierto que el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su cuarto párrafo, reconoce como formas de resolver un diferendo, a los mecanismos alternativos de solución de controversias, que se hacen consistir en diversos procedimientos, mediante los cuales las personas pueden resolver sus diferencias sin necesidad de una intervención jurisdiccional, y consisten en la negociación (auto composición), mediación, conciliación y el arbitraje (heterocomposición), también lo es que la cláusula por la cual se pretende constreñir a los gobernados, a someter sus conflictos respecto a la administración de una persona moral de la cual son miembros, a un organismo corporativo que pertenece a esta misma, no puede considerarse una cláusula compromisoria de arbitraje, pues contraría uno de los principios básicos en que se sustenta tal medio alternativo de solución de controversias, consistente en que el diferendo sea resuelto por un tercero imparcial; lo anterior tiene una importancia capital, pues no puede pasar desapercibido que como parte de los derechos humanos, que prevén los artículos 17 constitucional, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se encuentra el que los gobernados puedan acceder a soluciones justas a sus diferencias, lo que representa la obtención de una resolución imparcial por tribunales ajenos a los intereses de las partes, resolviendo la contienda sin inclinaciones o preferencias, lo cual debe aplicarse, por mayoría de razón, a cualquier persona que juzgue la conducta de otra, con el fin de obtener una resolución justa; de ahí que el arbitraje deba ser decidido siempre por una tercera persona, por lo tanto, en aplicación del principio general de derecho que reza *nemo iudex in causa sua* (nadie puede ser Juez en su propia causa), que parte del principio de que el ser humano tiende a la autojustificación, como medio de redimirse de sus errores (lo que implica que esa situación de conciencia, por sí misma, sea incompatible con el hecho de que los seres humanos viven en sociedad), no podrían resolverse las diferencias entre las personas, con base sólo en la justificación que realizaran de sí mismas y, por lo tanto, el pacto de voluntades en estudio, no tiene el efecto de otorgar a una entidad corporativa que integra a una de las partes en el conflicto, la facultad para resolver el correspondiente diferendo.”

El sentido del criterio transcrito hace suposiciones importantes y tiene implicaciones trascendentes. A continuación, comento aquellos que son relevantes para los propósitos de este ensayo (§a), para luego abordar un par de comentarios sobre otros temas. (§b).

88 Registro: 2,004,647. Tesis: III.2o.C.5 K (10a.). Décima Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3, p. 1737. Amparo en revisión 278/2012, 13 de septiembre de 2012. Unanimidad de votos.

(a) Premisas

El acto reclamado fue una sentencia que versó sobre una asamblea de la Asociación Ganadera Local de Tlaquepaque (“AGT”). De lo que se observa de la ejecutoria, la Comisión de Honor y Justicia de la AGT resolvió un problema entre sus agremiados.<sup>89</sup> El Tribunal Colegiado que conoció del asunto determinó<sup>90</sup> que la Comisión de Honor y Justicia de la AGT es un medio alternativo para la solución de conflictos, y no una autoridad jurisdiccional.<sup>91</sup> Y sobre ello, después de indicar que el artículo 17 constitucional prevé la aplicación en materia de justicia o métodos alternativos de solución de conflictos,<sup>92</sup> y que “es claro que el Congreso de la Unión establece el derecho humano a la justicia fuera de la jurisdicción del Poder Judicial Federal”,<sup>93</sup> sostuvo que:<sup>94</sup>

*“el derecho humano a resolver los conflictos en forma auto compositiva y no únicamente bajo el monopolio de la impartición de justicia jurisdiccional, pues tales derechos fueron reconocidos por la Constitución a partir de junio de dos mil ocho con la reforma al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”*

“... [el] artículo 17 constitucional ... regula la posibilidad del acceso a la solución alternativa de conflictos, para solucionar los diferendos posibles y futuros entre particulares, la facultad de resolver tales cuestiones por el órgano especialmente designado para ello, es también reconocida como un derecho humano a favor de los gobernados, según lo dispone el párrafo cuarto del citado numeral de la Carga Magna.<sup>95</sup>”

Hecha tal determinación, procedió a explicar que:<sup>96</sup>

“El artículo 17 constitucional establece dos formas de resolver controversias entre gobernados:

1. Mediante el acceso a los tribunales de la Nación por medio del *proceso judicial*.
2. Mediante el ejercicio de los *mecanismos alternativos de solución de controversias*.”

Concluyó diciendo que:<sup>97</sup>

89 El sentido de la asamblea (incluyendo el contenido de la diferencia que fue resuelta) no se deriva de la ejecutoria.

90 El resultado fue que se negó el amparo. No se abunda en ello sin embargo por rebasar los propósitos de este ensayo.

91 Amparo en Revisión 278/2012, Sentencia de 13 de septiembre de 2012, p. 122.

92 Id., p. 127.

93 Id., p. 127.

94 Id., p. 128. (Énfasis en original.)

95 Id., pp. 129-130.

96 Id., pp. 143-144. (Énfasis en original)

97 Id., p. 161. (Énfasis en original)

“Concluyendo lo anterior, tanto la tutela judicial, como los mecanismos alternos de solución de controversias, se establecen *en un mismo plano constitucional* y con la *misma dignidad*, y tienen como objeto *idéntica finalidad*, que es, *resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la Ley en el Estado Mexicano.*”

El criterio citado es plausible en que admite sin deparar alguno que existe un derecho fundamental a contar con mecanismos alternativos de solución de controversias. No sólo eso, es la premisa clave de todo su razonamiento. El criterio coloca ambos derechos en el mismo plano constitucional.

### (b) Comentarios

Dos cuestiones merecen comentario: el concepto de “arbitraje” (§i), y el papel de la imparcialidad como parte de la noción de “arbitraje” (§ii).

#### (i) Concepto de “arbitraje”

El sentido del criterio exige tomar en cuenta la definición del concepto jurídico “arbitraje”. ¿Qué es “arbitraje”? ¿Cuáles son los elementos de dicha institución jurídica? Es relevante notar que este concepto no cuenta con una definición universalmente aceptada. La mexicana es circular.<sup>98</sup> Y las existentes han sido objeto de matices – a veces casuismo.<sup>99</sup>

Aunque existe *cierto* acuerdo sobre el núcleo duro del concepto, sus contornos son borrosos. A veces fluidos. Uno de los elementos que conforman el núcleo duro lo es el que el emisor del fallo sea un ‘tercero’, entendiendo por ello ‘alguien distinto a las partes en disputa’. Es sobre este elemento que el criterio hace una aportación interesante.

El criterio concluye que el que sea un órgano de una persona moral el que resuelva la disputa no significa que se esté en presencia de arbitraje. En sus palabras:

“...la cláusula por la cual se pretende constreñir a los gobernados, a someter sus conflictos respecto a la administración de una persona moral de la cual son miembros, a un organismo corporativo que pertenece a esta misma, no puede considerarse una cláusula compromisoria de arbitraje...”

La conclusión descansa en un motivo principal: aceptarlo sería contrario a:

“uno de los principios básicos en que se sustenta tal medio alternativo de solución de controversias, consistente en que el diferendo sea resuelto por un tercero imparcial...”

98 Artículo 1416.II del Código de Comercio.

99 Es decir, son válidas únicamente en ciertas circunstancias.



La aseveración cita como premisas:

1. El derecho fundamental a que una controversia sea resuelta por un “tercero imparcial”;
2. La “imparcialidad” es la cualidad del emisor a ser “ajeno a los intereses de las partes”; a carecer de “inclinaciones o preferencias”; y
3. El principio *nemo iudex in causa sua* (nadie puede ser juez en su propia causa).<sup>100</sup>

A primera impresión, el criterio parece atinado.<sup>101</sup> Sin embargo, evoca interrogantes que merecen ser escudriñadas antes a elevarlo a regla universal.

¿*Nunca* puede un órgano social actuar como árbitro? La pregunta tiene dos niveles de profundidad. ¿Es jurídicamente imposible diseñar un esquema societario (una persona moral) que cuente con un órgano de solución de controversias? ¿Qué sucede si las partes así lo consienten?

Sin duda, habrá quien conteste a la primera pregunta: “no, pues al ser *parte* de la persona moral, es mejor entendido como un órgano *de* voluntad social”. “Y lo que es más importante, no es imparcial” – lo cual sería congruente con la ruta analítica seguida por el criterio.

Me pregunto sin embargo si la conclusión merece generalización. Bien puede ser que la decisión haya sido *in casu* correcta, pero *quid iuris* si el esquema contractual está diseñado para satisfacer exigencias de imparcialidad. (Por ejemplo, que los miembros del órgano sean independientes de las partes.) Despejada dicha variable, ¿aun así debe prohibirse que se diseñen esquemas de solución de controversias intestinos? ¿No supone ello una *capitis diminutio* de las partes? lo cual nos lleva a la segunda interrogante: ¿Qué pasa si las partes consintieron? Si, a sabiendas de quienes eran los miembros que encarnaban el órgano social, fue su deseo que fueran éstos quienes decidieran *¿como* árbitros? No como órganos de voluntad societaria.

Considerado lo anterior, la premisa *nemo iudex in causa sua* parece atinada pero insuficiente. Dicho en términos lógicos, suficiente más no necesaria. Si las personas que encarnan el órgano social son las partes mismas, ello parece motivo suficiente para concluir que no se está en presencia de “arbitraje”. El “fallo” no será más que una “decisión” *para efectos societarios* que carece de una de las características constitutivas del arbitraje: finalidad. No se tratará de una decisión que causa estado, es *res iudicata*, sino producto de deliberación y decisión colectiva societaria algo fundamentalmente distinto.

100 Al respecto, el criterio hace una interesante apreciación en *obiter*: la exigencia que nadie sea juez en su propia causa se explica por la debilidad humana de autojustificar errores.

101 La apreciación se circunscribe a la forma en que está planteada y redactada la tesis. No se tuvo acceso a la ejecutoria (al no ser pública) y el autor no participó en el asunto que dio lugar a la misma.



Pero si las personas que encarnan el órgano social no son las partes en disputa, concluir como regla que un órgano social investido de la misión de dirimir disputas no puede ser considerado “arbitraje” parece sobre prohibitivo. Lo que es más, parece desconocerle mayoría de edad a las partes para, en ejercicio de su libertad contractual, confeccionar esquemas que sirvan las (muchas y variadas) circunstancias que pueden ostentar sus disputas (su materia) y que pueden requerir formas diversas de encausar y resolver problemas iy en forma *final!*

(ii) Imparcialidad como parte del DNA de “arbitraje”

El criterio toma como elemento de “arbitraje” que el órgano sea *imparcial*. Y en forma interesante, cita derechos fundamentales como fundamento de la premisa tanto conforme a nuestra Constitución como instrumentos humanitarios internacionales. No cita el artículo 1428 del Código de Comercio. Esto último podría debería atraer crítica. Sin embargo, tiene una explicación: así lo expusieron las partes.<sup>102</sup> Y el tribunal colegiado resolvió en consecuencia.

La idea que la “imparcialidad” es un elemento constitutivo del concepto jurídico “arbitraje” no es nueva y no es claramente desatinada. Pero para aceptarla veamos sus implicaciones.

Aunque es aceptado que la imparcialidad es un *requisito* que debe cumplir el árbitro, convertirlo en un *elemento constitutivo* del concepto “arbitraje” puede tener como consecuencia tornar una discusión de *existencia* en una de *esencia*. Y ello puede tener ramificaciones prácticas por ejemplo al momento de analizar la validez del laudo. Luego entonces, aunque loable en lo deontológico, suscita dudas en lo ontológico.

#### **4. Dicta reciente de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación**

Una de las sentencias más positivas para el arbitraje en México toca este tema: el Amparo en Revisión 71/2014. En la misma, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tomó nota de la iniciativa, citando el ensayo de 2013, y decidió no decidir pues no era una cuestión de indispensable resolución para la litis como fue planteada. En sus palabras:<sup>103</sup>

Esta Primera Sala estima innecesario pronunciarse en este caso sobre si la libertad de dos personas para escoger al arbitraje es o no un derecho humano –algunos lo

102 De la lectura de la ejecutoria se observa que toda la argumentación tuvo sabor constitucional y convencional, no de legalidad – derecho arbitral.

103 Sentencia derivada del Amparo en Revisión 71/2014, Derivado de la Facultad de Atracción 445/2014 para conocer del amparo directo 217/2014, sesión de 18 de mayo de 2016, (“Sentencia Amparo Revisión 71/2014”), ¶275.

han llamado derecho humano arbitral<sup>[104]</sup>-, pues la parte quejosa no impugna un límite legislativo o normativo de otra fuente que le impida acceder al arbitraje ...

Sin embargo, la Primera Sala dijo algo interesante:<sup>105</sup>

el arbitraje entraña el ejercicio de libertades constitucionalmente relevantes, – contractuales–, las cuales no son disponibles para el legislador de la misma manera, como podían serlo antes. Aunque no deba determinarse ahora la clasificación del derecho al arbitraje como derecho humano, no puede desconocerse su estrechez con la autonomía e intimidad de las personas protegidas por diversos derechos humanos, entre las que debe incluirse la relativa a escoger la forma en que las personas pueden resolver sus controversias.

Dado el estado de discusión de esta idea, lo indicado por la Primera Sala es importante. Está preñado de contenido. Y va en el sentido propuesto. Destaco tres cuestiones:

- (1) El arbitraje entraña el ejercicio de libertades constitucionalmente relevantes, contractuales;
- (2) Dichas libertades no son disponibles para el legislador; y
- (3) El derecho a escoger la forma en que las personas puedan resolver sus conflictos guarda “estrechez con la autonomía e intimidad de las personas protegidas por diversos derechos humanos”.

### **E. ¿Contiene el Artículo 17 una Garantía institucional?<sup>106</sup>**

La finalidad de una garantía institucional es brindar a una institución jurídica una protección específica con miras a que puedan funcionar adecuadamente. Y es frente al legislador ordinario. Parte de la premisa que puede no convenir dejar la materia a lo que Pérez Serrano califica de “los caprichos o ligerezas del legislador ordinario”.<sup>107</sup> La elección de qué institución elegir para tal protección suele involucrar instituciones cuya existencia es básica para el constituyente. Como resultado, no es restringible mediante un acto legislativo de un poder constituido; así se evita que una autoridad local pueda contravenir principios constitucionales.

La Garantía Institucional se distingue del Derecho Fundamental en que, mientras que el derecho fundamental es absoluto, la garantía institucional es limitada. Además, los

104 Ver, por ejemplo, a Francisco González de Cossío, el derecho humano arbitral: el derecho fundamental a contar con procesos arbitrales libres de interferencia judicial.

105 Sentencia Amparo en Revisión 71/2014, ¶276.

106 Esta sección se basa en González de Cossío, *Hacia un Derecho Constitucional Arbitral*, Jurídica 2020.

107 Nicolás Pérez Serrano, *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1976, pp. 674 *et seq.* Ricardo Antela Garrido, *Constitución y garantías institucionales: contribución para el desarrollo de una línea de investigación*, p. 195.

derechos fundamentales están vertidos en molde de derecho público subjetivo; y el derecho público subjetivo es el derecho subjetivo exigible de una autoridad.<sup>108</sup> El mecanismo último de garantía reside en el establecimiento de cauces procesales para la defensa del derecho. Probablemente es Carl Schmitt quien lo expone mejor al explicar que:<sup>109</sup>

la garantía institucional es, por su esencia, limitada. Existe sólo dentro del Estado y se basa, no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio [como los derechos fundamentales] sino que afecta una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines, aun cuando las tareas no estén especializadas en particular y sea admisible una cierta universalidad del círculo de actuación.

Algunos ejemplos pueden ser de utilidad. Uno es el **municipio**. La idea del municipio surgió después de la Revolución Francesa como un ente con un poder opuesto al de la soberanía nacional, para tener un espacio de actuación propio, ajeno a las interferencias del Estado, con miras a que funja como freno del poder de otra manera totalizador del Estado, en detrimento de la libertad. Para lograr tal finalidad, se envió a autonomía al municipio; y su garantía está precisamente en la Constitución de diversas leyes fundamentales europeas y de América Latina. Otro ejemplo es la **libertad de empresa** en la Constitución de Venezuela.<sup>110</sup> La jurisprudencia venezolana ha esclarecido que los poderes constituidos deben abstenerse de dictar normas que priven de sentido la posibilidad de iniciar y mantener la libertad económica. Un ejemplo mexicano lo es la **autonomía de las universidades públicas**. La Segunda Sala Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que en el artículo 3.VII de la Constitución existe una garantía institucional.<sup>111</sup> La saga de casos citada puso la lupa sobre el tema y ha

108 Jellinek define los derechos subjetivos públicos en una doble dimensión. Desde una perspectiva formal, tales derechos constituyen pretensiones jurídicas que derivan de las cualificaciones concretas de la personalidad; desde una perspectiva material, los derechos subjetivos públicos son aquellos que pertenecen al individuo en su calidad de miembros del Estado. De esta forma, la fuente de los derechos subjetivos públicos es el Estado, y el instrumento a través del cual se crea es el derecho objetivo. El derecho público subjetivo consiste "...en la capacidad de poner en movimiento normas jurídicas en interés individual". Tiene como contenido una potestad jurídica y supone una relación entre el individuo y el Estado. (H. Nogueira Alcalá, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, DF., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 55-56. G. Maestro, *Los Derechos Públicos Subjetivos En la Historia del Constitucionalismo Español del Siglo XIX*, Revista del Derecho Político, 1996, pp. 139-140).

109 Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1934, p. 175.

110 Artículo 112 de la Constitución de 1999.

111 Amparo en Revisión 311/2018. Sesión de 3 de octubre de 2018. Unanimidad de 4 votos. Ello se exploya en tesis la tesis aislada 2a. XXXVI/2002 (registro 187311). La Segunda Sala de la SCJN resolvió la contradicción de tesis 12/2000, misma que tiene como rubro "AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. ORIGEN Y ALCANCE DE LAS ATRIBUCIONES DE AUTOGOBIERNO CONFERIDAS A LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS." Otras tesis que continúan con el mismo razonamiento son XI.1o.A.T.42 L (10a.) "AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. CONSTITUYE UNA GARANTÍA INSTRUMENTAL QUE MAXIMIZA EL DERECHO HUMANO A LA EDUCACIÓN SUPERIOR" (Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 56, Julio de 2018, Tomo II, p. 1466) y "AUTONOMÍA UNIVERSITARIA.

concluido siempre en que la autonomía universitaria es una garantía que maximiza el derecho humano a la educación. Al hacerlo, se ha tejido una concepción mexicana del contenido y alcance del concepto “garantía institucional”.

Entendido el concepto y finalidad de la garantía institucional, ¿debe existir respecto del arbitraje? Más precisamente, ¿contiene la primera oración del cuarto párrafo del artículo 17 de la Constitución una garantía institucional? Propongo que las condiciones existen para considerar que tal protección es justificada.

El *motif* de una garantía institucional es proteger una institución jurídica, poniéndole encima un caparazón federal. Un blindaje que evite que autoridades diversas puedan, en ejercicio de sus respectivas facultades, restar de sus objetivos. ¿Necesita el arbitraje tal blindaje? Me inclino a pensar que la respuesta es afirmativa. Tres motivos vienen a la mente, mismos que resumo en incentivos, oportunidad e inclinación.

(1) *Incentivos*: El arbitraje es un mecanismo para hacer cumplir promesas. Para cerciorar el cumplimiento de los pactos. Es la piedra angular en la confección de un acto jurídico. Al nuevo-entrante a esta materia podría a primera impresión parecerle exagerada la apreciación, pero conforme se medita sobre ella su verdad se asoma: es la disposición más importante para la certeza que el contenido del acto jurídico será respetado y observado. Los motivos no son materia de este ensayo, pero sí sus implicaciones: cuando surge un problema, una de las formas en que una de las partes puede desear hacer prevalecer su voluntad por encima de la o las otras partes involucradas, u obtener ventajas respecto de ellas, es manipulando o estropeando tal mecanismo. Esta apreciación no es meramente teórica, está respaldada por empirismo: la cantidad de ocasiones en que una de las partes recurre a formas de obstruir el mecanismo de solución de controversias es enorme. Y el ingenio para lograrlo es envidiable.

(2) *Oportunidad*: Existe dispersidad normativa sobre el tema. Si bien el régimen más robusto del arbitraje está contenido en el Código de Comercio,<sup>112</sup> existe derecho procesal civil sobre esta materia.<sup>113</sup> Como resultado, un legislador estatal podría ejercer sus facultades para regular la materia de una manera distinta a la deseable; a la que debería existir conforme a los dictados de los principios de la materia tal como los concibe nuestra Carta Magna.

---

SU ALCANCE”. Tesis 1a. XI/2003, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XVII, Mayo de 2003, p. 239.

112 Título IV, Libro V (artículos 1415 a 1480) del Código de Comercio.

113 Por ejemplo, artículos 569, 570 y 571 del Código Federal de Procedimientos Civiles, artículos 610-613, 619-620 y 635 del Código Procesal Civil de la Ciudad de México. Y los ejemplos continúan en virtualmente todas las legislaciones procesales civiles de todas las entidades de la república. Una revisión de algunas me hace concluir que dicha regulación es acartonada, a veces anacrónica, si se compara con la del Código de Comercio.

(3) *Inclinación*: Autoridades locales (o federales, según su espacio normativo o de competencia) podrían desear tocar o trastocar el concepto jurídico ‘arbitraje’. El legislador ordinario podría por ejemplo regularlo bajo la premisa de que es una materia que tiene regulación civil. Un juez podría intervenir un proceso arbitral arguyendo por ejemplo que detiene un proceso para determinar si existe jurisdicción del árbitro, lo cual exige un previo y especial pronunciamiento.<sup>114</sup> Un juez podría desear anular un laudo emitido conforme al régimen federal, pero que no reúne los requisitos de forma del acuerdo arbitral conforme al régimen procesal civil.<sup>115</sup> Han existido instancias en que autoridades locales evocan regulación civil no-aplicable con miras a accidentar el proceso. De ocurrir cualquiera de los ejemplos mencionados, que la experiencia enseña que no son exhaustivos, el *leitmotif* de las partes al pactar arbitraje habría sido trastocado: su deseo de que sus disputas se ventilen en arbitraje y sólo arbitraje.

Es ante ello que leer en el artículo 17, cuarto párrafo, una garantía institucional es útil. Y sería justificado pues sin dicho soporte constitucional no se lograría el fin último de la institución: que el pacto de las partes de resolver su problema fuera de tribunales se logre.

El corolario de lo anterior: esta materia es apta para manipulación por autoridades locales, del género que justifica un caparazón constitucional: garantía institucional. Que la materia no sea manipulable o restringible mediante un acto de un poder constituido que contravenga los principios constitucionales.

El corolario y sus motivos guardan relación con el estado de reflexión de este tema. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró como una de las implicaciones del artículo 17 constitucional:<sup>116</sup>

*el arbitraje entraña el ejercicio de libertades constitucionalmente relevantes, – contractuales–, las cuales no son disponibles para el legislador de la misma manera, como podían serlo antes. ...*

(énfasis añadido)

La aseveración que la libertad que engloba al arbitraje no es disponible al legislador es una manera distinta de decir lo mismo que logra una garantía institucional: el legislador no puede utilizar sus facultades para entorpecer un pacto arbitral.

Como puede observarse, el artículo 17 de la Constitución contiene una garantía institucional. Aunado al derecho fundamental, hace las veces de dos cuñas de una misma

114 Algo que lamentablemente ya ha ocurrido, aunque en circunstancias que arrojan síntomas de corrupción más que convicción que es la aplicación correcta del derecho aplicable.

115 Existen casos en que esto se ha intentado. No los identifico atento al deber de confidencialidad que me vincula.

116 Sentencia Amparo en Revisión 71/2014, ¶276.

pinza que logran proteger una libertad: la libertad de resolver los problemas en la forma que las partes prefieran. Como dijo la Primera Sala:<sup>117</sup>

En un espectro de posibilidades de mecanismos alternativos de conflictos, puede decirse que en un extremo se encuentra la decisión de dos o tres personas de resolver informalmente un conflicto, a través, por ejemplo, de una plática amistosa (amigable composición) y en otro se encuentra el trámite y resolución de un arbitraje, de conformidad con la ley. En ambos casos, en un modelo de Estado Constitucional de Derecho debe reconocerse que los particulares ejercen libertades reconocidas que los jueces deben tutelar.

## F. Conclusión

El artículo 17 de la Constitución contempla el derecho fundamental a encausar la resolución de problemas mediante mecanismos que sean *alternativos* al derecho a obtener tutela judicial. Dicho derecho incluye el derecho a contar con procesos arbitrales eficaces; no accidentados. No intervenidos por actos de autoridad –incluyendo actuar judicial. Entendido esto, las siguientes consecuencias necesariamente fluyen:

- a) Procede el juicio de amparo en contra de actos de autoridad que sean diversos a las Únicas Intervenciones Judiciales Permitidas (las cinco instancias excepcionales en las que puede intervenir el juez nacional en arbitrajes) por (i) violación al derecho humano de estricta aplicación del derecho (artículo 16 Constitucional), y (ii) por la violación al derecho fundamental a contar con mecanismos auténticamente alternativos a los procesos judiciales: el Derecho Humano Arbitral (cuarto párrafo del artículo 17 Constitucional);
- b) Es procedente el control de convencionalidad de actos de autoridad que violen el derecho al efecto negativo del acuerdo arbitral: la ausencia de jurisdicción de cualquier juzgador nacional para conocer de un caso amparado por el acuerdo arbitral; y
- c) Los juzgadores nacionales pueden controlar difusamente actos de autoridad que (i) sean diversos a las Únicas Intervenciones Judiciales Permitidas o (ii) violen de cualquier manera el efecto negativo del acuerdo arbitral.

## II. ASPECTO PROCESAL: EL ARBITRAJE Y LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

Son tres las cuestiones procesales que derivan del cuarto párrafo del artículo 17 de la Constitución que deseo abordar: si el amparo procede en contra del árbitro o sus actos (§b), si el árbitro debe hacer control constitucional o convencional (§c); y el impacto en la revisión

---

117 Sentencia Amparo en Revisión 71/2014, ¶290.

de la validez del laudo del hecho que se haya discutido un derecho fundamental en el proceso arbitral (§d), no sin antes hacer algunas observaciones preliminares (§a).

## A. Observaciones Preliminares

Deseo dar eco a la idea vertida y defendida en mi conferencia y ensayo *Procesos Constitucionales y Procesos Arbitrales: ¿Agua y Aceite?*.<sup>118</sup> Deseo refrendar con ahínco mi sentir que el actual planteamiento de la discusión de este tema es subóptimo. Se observa una discusión (a veces álgida) entre dos bandos de intelectuales: los arbitranes y los constitucionalistas.<sup>119</sup> En mi opinión, ello propicia un *fauw dilemme*:<sup>120</sup> uno puede ser partidario del garantismo, sentirse estimulado por el neoconstitucionalismo, entusiasta de la expansión de la tutela constitucional y convencional, tanto nacional como supranacional, y un convencido de la importancia de los derechos fundamentales y los tribunales constitucionales, y aun así defender la noción que no deben interferir en y mucho menos obstruir procesos arbitrales. El motivo: cada uno juega un papel importante y diferente –iy complementario!

En mi opinión, *ambos juegan un papel importante y distinto*. En sus respectivos ámbitos, cada instrumento tiene un propósito que guarda un común denominador y una diferencia. La diferencia es el derecho que aplican. El común denominador es que *ambos buscan (eventualmente) lo mismo*: el Estado de Derecho.

Más aún, dado el estado de eficacia de los procesos constitucionales en la región, no adoptar la postura defendida tiene por efecto (1) *entorpecer* los procesos en las relaciones de coordinación (incluyendo el arbitraje), (2) *distráer* los procesos constitucionales al incluir dentro de su ámbito de atención áreas que los necesitan menos, y (3) *diluir* los recursos disponibles para procesos constitucionales, al ser empleados en áreas donde se requieren menos, distrayéndolos de las áreas donde se necesitan más.

Para lograr el objetivo anterior, propongo que aceptemos que la idea de control de poder (el corazón de la constitución) no sólo *coexiste* sino que se *apuntala* con la idea de libertad – la libertad de acudir a mecanismos *alternativos* al poder judicial.

118 Elaborado en noviembre 2014 para el CRECIG de Guatemala, visible en el Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC), diciembre 2014 ([www.caic.com.mx](http://www.caic.com.mx)).

119 La mayoría de quienes han adoptado posturas sobre este tema son catalogables en uno de estos dos bandos. Y las posturas que adoptan tienden a dar preferencia a la disciplina sobre la cual se especializan, buscando supeditar la otra. En mi opinión, ello es tan cuestionable como lamentable. Es *cuestionable* pues el análisis de supeditación no deja nada, y es difícil. Es *lamentable* pues sesga análisis y arroja resultados indeseables. Si se prefiere al arbitraje, los paladines del constitucionalismo detractarán y se preocuparán – y con razón. Si se prefiere el constitucionalismo, los arbitralistas se inquietarán por su impacto en la eficacia del arbitraje. Se trata de una discusión perder perder.

120 Véase, *Garantismo y Arbitraje: un Falso Dilema*, XIII Congreso Nacional de Abogados de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. (San Luis Potosí, mayo 2012), y su *post scriptum* (ambos visibles en [www.gdca.com.mx](http://www.gdca.com.mx)).

Para lograr esta visión, busco contestar tres preguntas que planteo desde la perspectiva constitucionalista usando lenguaje de amparistas. Son:

- (i) ¿Cuál es el papel del árbitro en el sistema de tutela de derechos fundamentales?
- (ii) ¿Es necesario control constitucional de la actividad de los árbitros?
- (iii) ¿Qué efecto tiene esta visión en la causal de orden público?

En respuesta a la primera pregunta, propongo que el árbitro no debe entenderse como ‘juez interamericano’ humanitario que aplicar el *corpus iuris* trasnacional<sup>121</sup> que está en vías de tejerse. Ello pues la epistemología de los MASC difiere. Su objetivo es erigirse en una opción al poder judicial; por ende, no es parte del sistema de jueces constitucionales. *Ello no quiere decir que los árbitros violen derechos fundamentales; quiere decir que no son el instrumento para garantizarlos.* Advierto que la postura probablemente recibirá mayor acogimiento en los sistemas de control concentrado, pero generará dudas en los sistemas de control difuso. Sobre estos últimos, hago la siguiente aclaración:<sup>122</sup>

“el árbitro realizaría una interpretación conforme,<sup>123</sup> que no estaría sujeta a los mecanismos, recursos de alzada, del control constitucional. El árbitro aplicaría la jurisprudencia interamericana y local constitucional y convencional como parte del “Derecho” aplicable para resolver la controversia. Pero el laudo no sería revisable en cuanto a ello, pues dicho ejercicio estaría revestido de ‘finalidad’, como una cuestión de derecho sustantivo.”

Hago ver que cualquier postura en contra mermaría el deseo de las partes al someterse al arbitraje: contar con un mecanismo *alternativo* de solución de disputas. Para que el adjetivo ‘alternativo’ tenga contenido es necesario aceptar las ideas que propongo en este ensayo.

121 Nótese el término, que no recibe eco en la literatura especializada sobre el tema. Mientras que algunos hablan de un ‘Derecho Público Interamericano’ (v.gr., Ferrer Mac-Gregor, *ob. cit.*, p. 681), utilizo el término ‘trasnacional’ para hacer aplicable las ideas de Philip C. Jessup (*Trasnational Law*, Yale University Press, New Haven, 1956) consistentes en la universalidad de los problemas que aquejan a la humanidad, y cómo el derecho que cada sistema destila es *uno*, trasnacional, que corta transversalmente a todos los sistemas jurídicos. La idea me ha estimulado desde hace mucho en esencia por dos motivos. Primero, su visión macro, mundialista, de la humanidad, que resta importancia a las (artificiales) fronteras y evita caer en nacionalismos – lo cual tanto daño nos ha hecho. Segundo, por que invita un uso diestro y pragmático de la disciplina del Derecho Comparado. En mi opinión, la utilidad mayor del Derecho Comparado es que permite aprender de la experiencia ajena, evitando repetir errores. Permitiendo confeccionar mejores soluciones (regímenes jurídicos) cuando capitaliza la sabiduría derivada de la experiencia ajena.

122 La cita *ad extenso* se, justifica pues ha generado algunos malos entendidos que he percibido.

123 No podrían analizar la validez de leyes con efectos *erga omnes*, lo cual corresponde a tribunales constitucionales. Lo más que podrían hacer es una interpretación conforme, incluyendo (en casos extremos) la no aplicación en el caso concreto de una norma considerada inconstitucional.

La cuestión de *principio* es apuntalada con una *pragmática*: lo que he llamado el “Costo social del garantismo”.<sup>124</sup> Si no se adoptan las ideas que aquí defiendo, el resultado sería irónico: restar opciones al gobernado. Bajo retórica humanitaria se restarían derechos humanos: el de libertad. El motivo: si no se acepta que existe un derecho humano a contar con mecanismos (auténticamente) *alternativos* de solución de disputas, ello querrá decir que *el gobernado nunca tiene opción*: siempre acaba en tribunales. Y no es que haya algo malo con tribunales, sino que existen formas diversas de gerenciar el riesgo jurídico. Y esto lo permite la concepción y utilización sofisticada de los MASC.

## B. El árbitro no es autoridad para efectos del juicio de amparo<sup>125</sup>

Existen tres motivos cada uno independientemente suficiente para concluir que el árbitro<sup>126</sup> no es “autoridad” para efectos del juicio de amparo conforme a la (nueva) Ley de Amparo:

1. Los elementos de la institución no se cumplen;
2. El peligro tutelado es inexistente; y
3. Permitirlo sería contrario a la voluntad de las partes y lesionaría el derecho humano a contar con mecanismos de solución de controversias *alternativos* a la justicia ordinaria.

Explicaré brevemente cada motivo.

### 1. Los elementos

La fracción II del artículo 5 de la Ley de Amparo establece:

“La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.

Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.”

124 Para abundar sobre esto, ver *El Costo Social del Garantismo*, XIV Congreso Nacional de Abogados, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Puebla, 7 y 8 de noviembre de 2014.

125 Esta sección fue inicialmente publicada en el Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC), Marzo 2013. Visible en [www.caic.org.mx](http://www.caic.org.mx) y [www.gdca.com.mx/Publicaciones/Arbitraje](http://www.gdca.com.mx/Publicaciones/Arbitraje).

126 Por “árbitro” me refiero al árbitro privado, regido por el Título IV del Libro V del Código de Comercio.

El precepto merece mucho comentario. Me ceñiré a nuestro tema, dividiéndolo por párrafo, pues cada uno hace algo distinto.

El primer párrafo cristaliza en ley el criterio conocido como autoridades *de facto*. Al hacerlo, se adoptó (con ajustes) la teoría de Don Guillermo Guzmán Orozco. El paso es consistente no sólo con el ánimo garantista de la reforma, sino el ideal que el juicio de amparo no debe quedar rebasado por la realidad.

Aplaudido el desarrollo, surge la inquietud: ¿actualiza el árbitro dicha hipótesis normativa? La respuesta del Poder Judicial hasta antes de la nueva ley de amparo había sido que el árbitro no puede ser considerado autoridad inclusive *de facto*. El motivo esencial es que se trata de un ente privado, producto de la libertad contractual. Concebir como *público* lo que en esencia es *privado* es desnaturalizarlo.<sup>127</sup> Entendido el trasfondo y contenido de la reforma, queda claro que el desarrollo consistente en hacer *lex lata* lo que era *lege ferenda* no implica un cambio del sentido jurisprudencial existente.

El segundo párrafo hace algo distinto al primer párrafo: introducir una novedad: la posibilidad que entes privados puedan ser considerados como autoridades responsables para el juicio de amparo. El desarrollo merece mucho comentario.<sup>128</sup> En este contexto me ciño a comentar si los elementos *ex lege* se cumplen por el árbitro.

Con respecto al elemento ‘actos equivalentes a los de autoridad’, la solución de una disputa y la función jurisdiccional no son actos ‘equivalentes’. El actuar del árbitro es fundamentalmente diverso a la función jurisdiccional. El juez nacional, al ejercer la función jurisdiccional, ejerce una jurisdicción universal. Conlleva un acto de autoridad. Imparte justicia. Y lo hace imperativamente. Ello es fundamentalmente diverso a la labor de un árbitro privado, el cual deriva su actuar de la voluntad de las partes.<sup>129</sup> Se trata de una misión tan distinta como estrecha; de ello se cerciora el derecho arbitral. La naturaleza del acto consiste en una prestación de servicios profesionales: emitir una opinión sobre a quién asiste la razón y el Derecho en una disputa particular. Esta forma de concebir al arbitraje no sólo es la más aceptada mundialmente, sino por nuestro Poder Judicial. Por ejemplo, el Ministro José Ramón Cossío ha dicho:<sup>130</sup>

127 Para abundar véase *El Árbitro, ¿Autoridad Responsable para el Juicio de Amparo?*, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, Año 29, número 29, 2005, p. 605. (Visible en [www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje](http://www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).)

128 En otro contexto lo he hecho: *Garantismo y Arbitraje: un falso dilema, en Retos y Perspectivas del Derecho Mexicano del Siglo XXI, ¿Cómo debe evolucionar?*, Colección Foro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., Ed. Themis, México, D.F., 2012, p. 1089; y *Garantismo y Arbitraje: un falso Dilema, Post Scriptum*, (visible en [www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje](http://www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje)).

129 Esta apreciación proviene de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y ha recibido eco a lo largo y a lo ancho de nuestro Poder Judicial.

130 Versión estenográfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación celebrada el 30 de enero de 2007, amparo directo en revisión 1225/2006.

“... la fuerza jurídica del laudo arbitral no se da pues por delegación estatal, es consecuencia de la manifestación de la voluntad de los particulares; el laudo arbitral tiene fuerza jurídica, porque la voluntad que se expresa en la emisión de los actos jurídicos, como el acuerdo o compromiso arbitral, es capaz de producir consecuencias jurídicas, entre ellas, la de quedar sometidos los interesados a la decisión que adopte un tercero, que es el árbitro.”

La postura ha recibido el respaldo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que ha caracterizado al arbitraje así:<sup>131</sup>

“Concepto y naturaleza jurídica del juicio arbitral

El juicio arbitral, definido en la doctrina jurídica, es aquél que se tramita ante personas o instituciones que no son Jueces del Estado, o que siéndolo no actúan como tales, sino como particulares, por lo que la autoridad jurisdiccional, lo que se conoce como reconocimiento u homologación que otorgan las autoridades a dicho laudo, para proveerlo de la fuerza jurídica suficiente para su completa obligatoriedad.

El arbitraje es una institución jurídica en virtud de la cual las partes entre las que existe una controversia, deciden que la resolución de la misma no venga por la participación de los jueces estatales sino de la actuación de árbitros, quienes decidirán la pendencia siguiendo la ley y el procedimiento elegido por éstas. Es la facultad o potestad dada a las partes por la ley, de sustentar las controversias que las separan del conocimiento de los Tribunales del Estado, sometiéndolas a jueces elegidos por ellas y que se denominan árbitros.

Los árbitros reciben sus facultades directamente de las partes; sólo con relación a éstas reciben el carácter de jueces, y no pueden pronunciarse más que sobre las cuestiones que ellas les propongan.

“... *toda actuación del árbitro* o tribunal arbitral en tanto existe la posibilidad de que resuelva determinado o determinable conflicto, es decir, ejerza una cierta jurisdicción, *no se equipara*, en lo absoluto, *a la función jurisdiccional* del Estado, puesto que ésta última surge de lo acogido por nuestra Ley Suprema y, por consiguiente, es genérica y permanente; en cambio, la jurisdicción arbitral se sujeta, indiscutiblemente, a la voluntad de los particulares, consecuentemente, ésta es siempre determinada y temporal; lo dicho, pues, la jurisdicción arbitral, no es posible sustanciarse si la expresión de la voluntad de las partes, esto es, la manifestación de las mismas de someter determinada o determinable disputa, mediante pacto expreso, al poderío arbitral. De ahí que sea inconcuso que un árbitro o tribunal arbitral de ningún modo podrá pronunciarse respecto de aquellas cuestiones que no hayan sido estrictamente convenidas por las partes o que sean propiamente de orden o de interés público. ...”

(énfasis añadido)

131 Amparo en Revisión 2160/2009, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 8 de septiembre de 2010, pp. 35 - 38. Unanimidad de 4 votos.

La distinción hace toda la diferencia. No reconocerlo sería tanto como decir que, cuando las partes firman un contrato, hacen un ‘acto equivalente’ al que realiza el Congreso de la Unión. Que cuando un padre castiga a su hijo, lo priva de la libertad. Por ende, tanto el padre como el co-contratante son ‘autoridades’ en contra de las cuales procede el amparo. Admito que los ejemplos pueden parecer ridículos, pero ilustran justamente el paso analítico que implicaría equiparar el actuar del árbitro al del juzgador.

El criterio ‘funciones determinadas por una norma general’ no puede tomarse textualmente. Hacerlo arrojaría un resultado tan amplio que no hay acto privado que no actualice el mismo. Después de todo, todo el actuar está (directa o indirectamente) contemplado en una norma. Por ende, tomado *ad littera*, la norma arroja resultados diversos a los que con seguridad se desearon abarcar.<sup>132</sup> Correctamente entendido, el elemento busca aludir a las instancias en que entes cuentan con facultades legales (generalmente en legislación administrativa) para afectar situaciones legales; lo que se conoció como el criterio “autoridades establecidas con arreglo a las leyes hayan obrado dentro de la esfera de sus atribuciones”.<sup>133</sup> Pero ello, correctamente entendido, es algo muy distinto a lo que hace el árbitro.

Con su habitual tino, la Ministro en retiro, Doña Margarita Luna ha expresado que:<sup>134</sup>

los árbitros no realizan actos con funciones similares a los que realiza el Estado mediante funciones determinadas por una norma general. ... los árbitros no realizan actos equivalentes a los de autoridad ya que no pueden producir acto alguno que en sí mismo cuente con la coercitividad necesaria en el sentido que ya se ha precisado, ni mucho menos puedan lograr u ordenar la ejecución forzosa de su laudo.

El motivo: “el origen de la fuerza jurídica del arbitraje no es otro que la voluntad”.<sup>135</sup>

La visión de Silva García es coincidente. En dos interesantes estudios propone los siguientes elementos<sup>136</sup> (i) que exista una relación asimétrica en la que el particular rea-

132 Piénsese por ejemplo en un derecho de retención por incumplimiento de una obligación en un contrato privado. Es muy fácil armar un argumento de derecho humano de la propiedad (bajo el artículo 27 de la Constitución) para decir que la retención lo lesiona. ¿Quiere ello decir que si un acreedor retiene la entrega de una cosa por negativa de pago del deudor, puede éste enderezar un amparo?

133 Vid *El Árbitro, ¿Autoridad Responsable para el Juicio de Amparo?*, ob. cit., p. 631.

134 Margarita Beatriz Luna Ramos, *Procedencia del Juicio de Amparo Contra Particulares*, en *Elementos para el Estudio del Juicio de Amparo*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, J. Guadalupe Tafoya Hernández (coordinador), 2017, pp. 271-272.

135 Id. p. 271.

136 Explica que existen dos visiones sobre la cuestión: la reduccionista y la pro persona. Conforme a la primera, debe entenderse actualizada la hipótesis normativa cuando los particulares actúan directamente como auxiliares de la administración y en contra de actos de aplicación de normas generales (tradicionalmente en materia tributaria). Debe existir una norma jurídica que de manera específica faculte al particular a emitir los actos reclamados, de modo que aquél, al emitir el acto respectivo, deja de ser particular y actúa prácticamente como una autoridad en su sentido formal y material para los efectos

lice actos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria u omitan el acto que de realizarse crearía, modificaría o exintuiría dichas situaciones jurídicas susceptibles de afectar derechos fundamentales de terceros; (ii) que el particular ejerza una función o servicio público que debería de corresponderle al Estado y lo delega por alguna razón de hecho o a través de una defefación formal; y (iii) las funciones del particular estén determinadas en una norma general que implique la existencia de una conexión o implicación estatal significativa o relevancia pública o bien cuando se advierte que adetrás de un acto del particular el Estado lo induce o lo avala en cierta forma y que es de tal grado esta implicación que resulta difícil mantener el carácter meramente privado de esta conductas.<sup>137</sup> Pone como ejemplos:<sup>138</sup> la tramitación de una sucesión ante un notario, la baja de un médico por un hospital público, la negativa a entregar un expediente clínico,<sup>139</sup> la privación a una periodista de actuar como conductora de un programa de noticias,<sup>140</sup> la negativa por escuelas privadas a practicar exámenes a alumnos dada la existencia de adeudos económicos.<sup>141</sup>

Un caso reciente (noviembre 2019) esclarece la razón que tenían tanto la Ministro en retiro Doña Luna Ramos como el Lic. Silva García. En el amparo en revisión 327/2017 la Suprema Corte por vez primera en la historia permitió un amparo en contra de un acto de un particular –y al hacerlo realizó un razonamiento precisamente sobre esta cuestión.<sup>142</sup> Sobre qué es una actividad “equivalente” a la de autoridad,<sup>143</sup> la Corte explicó:

---

jurídicos de amparo. Conforme a la segunda (pro persona), la ley de amparo permite reclamar actos de particulares emitidos en ejercicio de funciones previstas en una norma general, dentro de un contexto de relevancia jurídica, que se generen a partir de una relación asimétrica entre las partes, cuando aquellos incidan en forma unilateral en los derechos fundamentales del promovente.

- 137 Fernando Silva García, *Los Actos de autoridad y de Particulares para Efectos del Juicio de Amparo*, en *Elementos para el Estudio del Juicio de Amparo*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, J. Guadalupe Tafoya Hernández (coordinador), p. 357. A su vez, Fernando Silva García y José Sebastián Gómez, *El Juicio de Amparo frente a particulares*, Colección de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, 2018.
- 138 Fernando Silva García, *ob. cit.*, pp. 343-356. Cito los casos de relevancia actual. Existen sin embargo dos casos históricos que, aunque probablemente superados por el estado de reflexión actual, son dignos de cita por motivos históricos: (1) el caso Marcolfo F. Torres razonó que el particular será una “autoridad de facto” cuando cuente con fuerza pública (Registro 1002202). (2) El caso del *Jockey Club* en donde el Juez de Distrito Don Genaro Góngora admitió demanda de amparo contra la sociedad civil del Jockey Club con base en un decreto presidencial que daba atribuciones al Jockey Club para regular la actividad hípica en México (Canales, Lorea, Góngora, *El Juez Rebelde*, Reforma, México, 17 de enero de 1999, Rubén Sánchez Gil, 322).
- 139 Caso Hospital Ángeles, Juicio de amparo 307/2015, del Juzgado Octavo de Distrito en materia Administrativa en el Distrito Federal.
- 140 Caso Aristegui v MVS, Juicio de amparo 672/2015 del Juzgado Octavo de Distrito en materia Administrativa en el Distrito Federal.
- 141 El común denominador era que se trataba de actividades cuyo origen eran del Estado, y se habían confiado a un particular.
- 142 El caso versó en una retención de calificaciones a un estudiante por una escuela particular por existir adeudos económicos.
- 143 Sobre el concepto “autoridad”, la sentencia se apoyó en la doctrina progresiva existente, que la Primera Sala resumió en la solicitud de Ejercicio de Facultad de Atracción 334/2016 la Primera Sala de la SCJN

... el elemento fundamental dentro del precepto legal lo es el término de “equivalente” al de la autoridad, pues este término hace explícita la intención del autor de la norma de habilitar un poder discrecional de la autoridad judicial –un poder de calificación o de juicio de valor– entre dos extremos: entre aquel de la igualdad sustancial y el de la diferencia sustancial, esto es, entre el razonamiento analógico y el de disociación, que, respectivamente, buscan extender la calificación de acto de autoridad a actos de particulares por su semejanza material o, bien disociar de esta clase de actos aquellos de los particulares que no muestran esta semejanza material.<sup>144</sup>

... el parámetro de control de la decisión en cuestión se fija con el artículo 5, fracción II, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, el cual contiene una facultad de evaluación judicial que requiere del prudente ejercicio discrecional del ejercicio de razonamiento de analogía y disociación entre los actos típicos de autoridad y los de los particulares, que por lo pronto excluye los dos extremos precisados.<sup>145</sup>

El principio relativo es el de intervención pública, que es aquel que permite a un acto específico atribuirse al ordenamiento jurídico personificado como autoridad, en virtud de lo cual se inviste a ciertos actos con la fuerza de imponerse unilateralmente, por lo que pueden crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas que afecten la esfera jurídica de las y los particulares, sin que su actuación requiriese la autorización previa de la parte afectada o la anuencia de un órgano judicial.<sup>146</sup>

Resumiré el razonamiento en un postulado de una oración: el elemento “acto equivalente al de autoridad” para efectos del segundo párrafo del artículo 5.II de la Ley de Amparo se actualizará cuando la ley le dé un papel al particular tal que implique aplicar un acto de autoridad. Ni más, ni menos.

## 2. Peligro tutelado inexistente

La ampliación textual de la noción “autoridad responsable” es encomiable. Busca ampliar el radio tutelar de los derechos humanos brindando la posibilidad de sujetar a con-

---

(7 dic 2016). Éstas pueden resumirse en que (1) en sus inicios, se asimiló la autoridad responsable a quien ostentaba fuerza pública, por motivos de hecho o derecho. Ello comenzó en la Quinta Época y perduró hasta 1992 cuando en el amparo en revisión 1195/1992 se aceptó que cuando entes públicos crearan, modificaran o extinguieran situaciones jurídicas que afectan la esfera del gobernado, se estaría ante una autoridad (tesis P. XXVII/97, registro 199459). Luego (3) se acuñó el criterio supra-subordinación como (contradicción de tesis 71/1998). En la contradicción de tesis 76/1999, que dio lugar a la jurisprudencia 2a./J. 164/2011, se refinó el criterio para contener tres elementos: (i) existencia de un ente que, de hecho o de derecho, estableciera una relación de supra a subordinación con una persona particular; (ii) que esa relación tuviera su nacimiento en la ley, lo que le dotaba de una facultad administrativa cuyo ejercicio era irrenunciable al ser pública la fuente de esa potestad; (iii) que con motivo de esa relación emitiera actos unilaterales a través de los cuales creara, modificara o extinguiera, por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afectaran la esfera legal del particular; y (iv) que para emitir esos actos no requiriera acudir a los órganos judiciales ni precisara del consenso de la voluntad del afectado. Todo lo anterior fue el antecedente pretoriano del actual artículo 5.II de la Ley de Amparo.

144 Id. ¶68.

145 Id. ¶69.

146 Id. ¶73.

trol constitucional actos que podían colarse por las ranuras de la definición anterior.<sup>147</sup> *Ab initio*, el paso no puede más que agradar. Gracias a ello se ha reducido el universo de circunstancias que podían quedar impunes. *Pero ello no quiere decir que abarque todo*. El amparo, como todo instrumento, no es para todo. Es ideal para cierto tipo de circunstancias, e inútil para otras. Concluir que por ello puede abarcar al árbitro es un *non sequitur*: el árbitro carece de ‘poder’ en el sentido tutelado por el juicio de amparo.

El *leitmotif* del juicio de amparo es tutelar a particulares *vis à vis* poder público. Dicho punto de origen se ha ampliado a casos en los que existe poder, aunque no sea ‘público’ el origen de la teoría de la autoridad *de facto* y del *Drittwirkung*. Lo que Luigi Ferrajoli llama eufemísticamente “los poderes salvajes del mercado”.<sup>148</sup> Quien entiende lo que dicho pensador y otros aficionados al amparo desean hacer al ampliar la noción de ‘autoridad responsable’, no puede más que mostrar agradecimiento: lo que anima es un deseo tutelar. Sin embargo, ello no quiere decir que el amparo sea para todo. Tampoco quiere decir que uno deba tomar a la ligera qué es ‘poder’.

‘Poder’, en el sentido tutelado por amparo, es algo diverso a la facultad que las partes depositan en un árbitro para resolver una disputa. Hay quien ha tomado a la ligera la distinción que aquí hago, descartándola. Invito a que se reflexione, pues es un tema profundo. No sólo eso, es la respuesta técnica correcta a la pregunta que se plantea, desde la perspectiva de la teoría de la aplicación horizontal de los derechos humanos. Entendido el punto de partida de la noción que los derechos humanos pueden irradiar aplicación multidireccionalmente y no sólo verticalmente la conclusión no puede ser que el derecho humano aplique a todo. Permitirlo sería autorizar que el derecho constitucional devore al derecho civil. Y el resultado sería entumecer unas de las ramas más ricas e importantes de nuestro derecho: el derecho civil y mercantil. Un caso particular de esta apreciación es el derecho arbitral –instrumento producto de la libertad contractual, e idóneo para las relaciones de coordinación.<sup>149</sup>

### **3. Las partes, al elegir arbitraje, desearon cursar su problema en forma diversa a la tradicional –y tienen un derecho humano para hacerlo**

Permitir la procedencia del juicio de amparo en contra del árbitro o sus actos sería contrario a la voluntad de las partes, derecho arbitral y derecho constitucional. Lo que es más, invitaría una ironía lamentable.

147 El artículo 11 de la Ley de Amparo de 1936 definía a la ‘autoridad responsable’ como: “la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado.” Bajo dicha definición se generaron muchos criterios que buscaban resolver dudas generadas por áreas grises. La respuesta a la pregunta de este ensayo siempre fue en sentido negativo.

148 Ferrajoli, Luigi, *Contra los poderes salvajes del mercado: por un constitucionalismo de derecho privado*, trabajo presentado en el seminario Estrategias y propuestas para la reforma del Estados, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 6 y 7 de septiembre de 2011. A su vez, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2000, p. 931. Ambos citados en *Garantismo y Arbitraje: Un Falso Dilema*, *ob cit*, p. 1100.

149 Este peligro es explicado con más detalle en *Garantismo y Arbitraje: Un Falso Dilema, Post-Scriptum*, *locus citatus*.

#### (a) *Derecho Constitucional*

El cuarto párrafo del artículo 17 de la Constitución Federal prevé el derecho humano a contar con mecanismos *alternativos* de solución de controversias. ¿Alternativo a qué? a la justicia estatal. Permitir el amparo en contra de los árbitros (o sus actos) lesionaría dicho derecho. De hecho, lo destazaría. Implicaría que el efecto negativo del acuerdo arbitral se tornaría en una ilusión.<sup>150</sup> Que el *deber* de arbitrar es en verdad una *opción*, que puede ser unilateralmente pasada por alto por la vía del juicio de amparo.

#### (b) *La voluntad de las partes y el derecho arbitral*

El derecho arbitral es (*inter alia*) un sistema que busca darle efectos a la decisión de acudir a un método de solución de controversias *diverso* al generalmente disponible: los tribunales estatales. En dicho esquema, el juicio de amparo está disponible al momento de obtener una sentencia derivada del juicio de nulidad o la ejecución del laudo.<sup>151</sup> Si se permitiera que el amparo proceda en contra del árbitro, el resultado sería que no existe opción. Que las partes no pueden optar por cursar la solución a su problema en forma *alternativa* <sup>3</sup>/<sub>4</sub>lo cual genera una ironía, con la que concluyo.

#### (c) *Ironía lamentable*

Aceptar la procedencia del juicio de amparo contra el árbitro o sus actos violaría el derecho humano a contar con mecanismos de solución de controversias *alternativos* al derecho de tutela judicial –una ironía lamentable: el instrumento tutelar de derechos humanos se usaría para lesionar un derecho humano.

### 4. *Aceptación judicial*

La praxis judicial ha aceptado la noción que el amparo es improcedente. Se observan dos criterios en base a los cuales ello puede ocurrir: como resultado de la aplicación del principio de definitividad (§a) y por considerar que el árbitro no es autoridad (§b).

---

150 De hecho, también se mermaría el efecto positivo. Los efectos del acuerdo arbitral son divididos en positivos y negativos. En resumen, el primero consiste en darle jurisdicción exclusiva al tribunal arbitral; el negativo es el deber de todos los demás juzgadores del mundo (o por lo menos todos los que forman parte de una judicatura de un Estado parte de la Convención de Nueva York. México es parte de la misma) de dejar de conocer cualquier aspecto de una disputa amparada por el acuerdo arbitral. Como puede verse, ambos géneros de efectos serían afectados de permitir la procedencia del arbitraje en contra del árbitro.

151 Este punto merece énfasis pues, correctamente entendida, la postura aquí defendida no es que el juicio de amparo nunca procede, sino que procede en contra de las sentencias que ponen fin al juicio de nulidad y al juicio de ejecución.

(a) *El principio de definitividad*

Existe una corriente de opinión que considera postulado que el principio de definitividad es suficiente para declarar improcedente el juicio de amparo contra un árbitro. Y un caso reciente sobreescribió en base a ello.<sup>152</sup> Al respecto, un Juez de Distrito razonó que:<sup>153</sup>

... el laudo final dictado por el Árbitro Único ... afecta la esfera jurídica de los que de manera voluntaria se sometieron a su jurisdicción, por ende, existe una relación de supra a subordinación ...

Para luego concluir:<sup>154</sup>

... se actualiza de modo manifiesto e indudable, la ... causal de improcedencia contenida en la fracción XX del artículo 61 de la Ley de Amparo toda vez que en contra del laudo final ... procedía la nulidad de laudo arbitral de conformidad con los artículos 1457, 1458, 1459, 1470, 1472, 1473, 1474, 1475, 1476, 1477, del Código de Comercio ...

Respetuosamente, deseo proponer que ello no es el mejor motivo para concluir que el amparo no procede. Por ende, debe ser rechazado tanto por motivos de correcta técnica de amparo como en seguimiento del principio de mayor efectividad. De aceptarse como *el* motivo, se tratará de un uso incorrecto de la técnica de amparo, generará otros problemas, y dejará en descubierto otros casos.

Sostener que es por el principio de definitividad que no procede el amparo implica que, como regla, el árbitro sí puede ser considerado como autoridad responsable para efectos del juicio de amparo, pero existe un obstáculo procesal para que prospere la demanda. Postulo que es más acertado conforme a la técnica de amparo y más fiel a la naturaleza del arbitraje sostener que el juicio de amparo no procede pues no se está ante 'autoridades'.

Si el principio de definitividad se acepta como el motivo, ello implicará necesariamente que cuando no haya recurso en contra del acto del árbitro, procederá el amparo. Y hay un acto procesal que reúne dichas características: la orden procesal.

Además, el principio de definitividad tiene excepciones. Éste último puede ser importante. De la lista de excepciones que mi revisión no exhaustiva arroja,<sup>155</sup> me resaltan (i)

152 Amparo indirecto 434/2013-III. Sentencia de 23 de octubre de 2013.

153 Id., p.5.

154 Id., p. 12.

155 (1) Actos que afectan a personas extrañas al juicio al procedimiento del cual emanan; (2) Actos que dentro de un juicio su ejecución sea de imposible reparación; (3) Actos en los que únicamente se reclamen violaciones directas a la Constitución Federal o Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos; (4) Actos administrativos respecto de los cuales, la ley que los rige, exija mayores requisitos que los que prevé la Ley de Amparo, para suspender su ejecución; (5) Interés superior del menor en

actos de imposible reparación,<sup>156</sup> (ii) actos que carezcan de motivación;<sup>157</sup> (iii) violaciones directas a la constitución;<sup>158</sup> (iv) actos o resoluciones respecto de los cuales, la ley que los rige no prevé la suspensión de su ejecución con la interposición de los recursos o medios de defensa ordinarios que proceden en su contra;<sup>159</sup> (v) actos respecto de los cuales los recursos ordinarios o medios de defensa legales, por virtud de los cuales se puede modificar, revocar o nulificar el acto reclamado, se encuentran previstos en un reglamento, y en la ley que éste regula no se contempla su existencia, y (vi) renuncia de recursos legales en materia mercantil. Una parte deseosa de accidentar un proceso arbitral podría intentar tomar alguno de estos criterios para recurrir un acto de un árbitro. Y mientras el juez de amparo decide, no sólo habrá pasado más tiempo del que dura un proceso arbitral normal –o inclusive de complejidad o cuantía importante– sino que además perforará lo que de otra manera es un proceso hermético. Y si pega una vez, seguro lo intentará con frecuencia.

---

controversias familiares; (6) Actos que importen una violación a las garantías consagradas en los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 de la Constitución Federal; (7) Leyes, cuando se impugnan con motivo del primer acto de aplicación; (8) Actos que importen peligro de la privación de la vida, deportación o destierro o cualquiera de los prohibidos por el artículo 22 constitucional; (9) Actos o resoluciones respecto de los cuales, la ley que los rige no prevé la suspensión de su ejecución con la interposición de los recursos o medios de defensa ordinarios que proceden en su contra; (10) Actos que carezcan de fundamentación; (11) Actos respecto de los cuales los recursos ordinarios o medios de defensa legales, por virtud de los cuales se puede modificar, revocar o nulificar el acto reclamado, se encuentran previstos en un reglamento, y en la ley que éste regula no se contempla su existencia; (12) Renuncia de recursos legales en materia mercantil.

- 156 Artículo 107.III(b) de la Constitución. Aunque la noción actual está circunscrita a casos que importen peligro de privación de la vida, deportación o destierro, o se trate de alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 constitucional (“DEFINITIVIDAD. DEBE RESPETARSE ESTE PRINCIPIO INCLUSO CUANDO SE RECLAMEN ACTOS DENTRO DE JUICIO CUYA EJECUCION SEA DE IMPOSIBLE REPARACIÓN.” Registro 176566, Novena Época, T.C.C., Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXII, Diciembre de 2005, p. 2661) no faltará quien desee armar un argumento de imposible reparación ante actos procesales dentro de un arbitraje.
- 157 Como se aceptó en “DEFINITIVIDAD EN EL AMPARO. PARA QUE SE ACTUALICE LA EXCEPCIÓN A ESTE PRINCIPIO DEBE EXISTIR AUSENCIA DE FUNDAMENTACIÓN A ESTE PRINCIPIO DEBE EXISTIR AUSENCIA DE FUNDAMENTACIÓN EN LA RESOLUCIÓN QUE EL QUEJOSO SEÑALE COMO RECLAMADA (DETERMINACIÓN DEL CONSEJO CONSULTIVO DELEGACIONAL DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL DICTADA EN EL RECURSO DE INCONFORMIDAD) Y NO EN EL ACTO QUE MOTIVÓ SU INTERPOSICIÓN (RESOLUCIÓN DE MODIFICACIÓN Y CANCELACIÓN DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ).” Registro 167128, Novena Época, T.C.C., Tesis Aislada, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIX, Junio de 2009, p.1054.
- 158 Ver al respecto criterio contenido en “DEFINITIVIDAD EN EL AMPARO COMO EXCEPCIÓN A ESTE PRINCIPIO, ES INNECESARIO AGOTAR LOS MEDIOS DE DEFENSA ORDINARIOS CUANDO SE ADUZCAN VIOLACIONES DIRECTAS A LOS DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL O EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN QUE EL ESTADO MEXICANO SEA PARTE.” Registro 2003011, Décima Época, T.C.C., Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVIII, Marzo de 2013, tomo 3, p. 1984.
- 159 Véase “DEFINITIVIDAD. EXCEPCIONES A ESE PRINCIPIO EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.” Registro 191539, Novena Época, Segunda Sala, Tesis Aislada, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XII, Julio de 2000, p. 156.

En cambio, quien conoce derecho arbitral sabe que ninguna las circunstancias contempladas en las hipótesis anteriores suscitan un problema serio en arbitraje, pues, de ocurrir, ello puede argumentarse ante el tribunal para que tome las medidas adecuadas para manejar el peligro en cuestión. Y así sucede. ¡Y funciona! Por ende, desear tutelar mediante el juicio de amparo sería suponer una *capitis diminutio* de los árbitros y arbitrantes sobre cómo defenderse y cómo diseñar procesos arbitrales efectivos.

(b) *Los laudos no son actos de autoridad*

Recientemente fue emitido el siguiente criterio:<sup>160</sup>

LAUDO EMITIDO POR ÁRBITRO PARTICULAR. ES INCOMPETENTE EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO PARA CONOCER DE ÉL EN EL AMPARO DIRECTO. De las fracciones III, inciso a) y V, inciso c), del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en el diverso 170 de la nueva Ley de Amparo, se advierte que los Tribunales Colegiados de Circuito son competentes para conocer de los juicios de amparo directo, los que sólo proceden contra sentencias definitivas, laudos y resoluciones que le ponen fin al juicio, dictadas por *tribunales judiciales*, administrativos o del trabajo. En ese contexto normativo, la validez de *un laudo emitido por un árbitro particular* no puede dilucidarse a través de dicho medio de defensa, al tratarse de una *decisión que no es emitida por los tribunales de referencia*, pues no es suficiente para estimar la competencia de dichos órganos, que la decisión señalada como acto reclamado tenga la denominación de laudo, ya que tal es la noción que corresponde a las resoluciones definitivas que emiten los tribunales del trabajo, y esa naturaleza no corresponde al árbitro que emitió el acto que se reclama en un procedimiento arbitral pactado por las partes, pues *un requisito sine qua non para estimar la posibilidad de que en el amparo directo pueda cuestionarse la regularidad de ese tipo de actos, es que sean emitidos por tribunales del Estado y no por árbitros privados*. Por ende, en estos casos el Tribunal Colegiado de Circuito, con fundamento en el artículo 45 de la Ley de Amparo, debe declarar su incompetencia y remitir el asunto al Juez de Distrito que corresponda, quien deberá pronunciarse sobre la posibilidad de que el árbitro, como particular que emite un acto equiparable al de autoridad, pueda ser considerado como responsable para efectos del juicio de amparo.

(énfasis añadido)

El criterio es plausible, pero puede invitar confusión dado cómo está redactado. La confusión puede resultar de la redacción del rubro y su primera porción del criterio. Podría leerse en el sentido que el juicio de amparo que procede es el *indirecto*, no el *directo*. La interpretación no sería la mejor. Después de todo, el criterio es atinado en

160 Amparo directo 384/2013, 8 de agosto de 2013. Unanimidad de votos. Tesis: I.5o.C.76 C (10a.), Registro 2007320. Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito. (No se proporciona referencia de Semanario Judicial de la Federación por ser inexistente dado lo reciente del criterio.)

que sostiene que el juicio de amparo no procede en contra de los laudos arbitrales al razonar que:

...la validez de un laudo emitido por un árbitro particular no puede dilucidarse a través de [juicio de amparo] al tratarse de una decisión que no es emitida por los tribunales de referencia [tribunales estatales; colegiados]...

El motivo es doble. Uno semántico y uno jurídico. El semántico:

... no es suficiente para estimar la competencia de dichos órganos, que la decisión señalada como acto reclamado tenga la denominación de laudo, ya que tal es la noción que corresponde a las resoluciones definitivas que emiten los tribunales del trabajo, y esa naturaleza no corresponde al árbitro que emitió el acto que se reclama en un procedimiento arbitral pactado por las partes...

El jurídico:

[es] un requisito sine qua non para estimar la posibilidad de que en el amparo directo pueda cuestionarse la regularidad de ese tipo de actos, ... que sean emitidos por tribunales del Estado y no por árbitros privados...

Ello es el *quid* de la cuestión. Y sobre ello aplica todo lo expuesto en este capítulo. La última oración dice:

... [el] Juez de Distrito ... deberá pronunciarse sobre la posibilidad de que el árbitro, como particular que emite un acto equiparable al de autoridad, pueda ser considerado como responsable para efectos del juicio de amparo.

Esta –se propone– es la mejor visión sobre la cuestión.

## 5. Conclusión

Permitir la procedencia del juicio de amparo en contra de árbitros sería un retroceso además de ser contrario al Derecho Humano Arbitral como se describe en la tesis citada. Sería contrario a la voluntad de las partes de resolver su problema en forma *alternativa* a la judicial. Por ende, mermaría parte del contenido el pacto arbitral.<sup>161</sup> Implicaría que nunca hay opción al litigio. Que aunque las partes deseen cursar en forma alternativa su disputa, no pueden hacerlo. Aunque algunos han expresado motivos diversos para que ello no ocurra,<sup>162</sup> deseo hacer hincapié, como lo he hecho en

161 Sin embargo, me aparto de las exclamaciones estridentes en el sentido que de proceder el amparo en contra del árbitro se arruinaría el arbitraje. El arbitraje da un valor que ninguna institución da. Aún con la procedencia del amparo, es una opción útil para una veta de casos que muestran ciertas características.

162 Se sugiere el atinado y profundo ensayo de Don Carlos de Silva *El Árbitro de Derecho Privado No es Autoridad para efectos del Juicio de Amparo* (Boletín del Centro de Arbitraje de México, 4 de Octubre

otro contexto,<sup>163</sup> que uno puede estar de acuerdo con el desarrollo consistente en la procedencia del juicio de amparo en contra de ciertos actos de ciertos particulares,<sup>164</sup> y aun así concluir que no procede el juicio de amparo en contra del árbitro.<sup>165</sup> Lo que el amparo busca tutelar al permitirse su procedencia en contra de actos de particulares no es visible en la institución jurídica del árbitro.<sup>166</sup> No es un espacio en el que el Estado tenga que participar para tutelar.<sup>167</sup> Uno puede estar de acuerdo con el desarrollo<sup>168</sup> como yo lo estoy<sup>169</sup> y aun así concluir que el amparo no procede en contra del árbitro.

### C. El árbitro y el Control de Constitucionalidad y Convencionalidad

Postulo que:<sup>170</sup>

1. Como parte de su labor, el árbitro puede hacer interpretación constitucional, y ello puede entenderse como control constitucional en su más tenue expresión;
2. Al decidir el árbitro debe tomar en cuenta los resultados de la actividad de los órganos de control constitucional que conforman el sistema jurídico del Derecho aplicable;

---

2013) y la conferencia de Don Guillermo Ortiz Mayagoita *Arbitraje Privado. ¿Procede el Amparo en Contra del Laudo que le Pone Fin?* (Pauta 68, Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional, A.C., junio 2013, p. 5).

163 En *El Árbitro no es Autoridad para Efectos del Juicio de Amparo*, Pauta 68, *ob. cit.*, p. 87. (Visible en [www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje](http://www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).)

164 Sobre este tema, se recomienda el ensayo *Los Particulares como Autoridad Responsable* de Esteban C. Gorches G. en EL FORO, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., Vigésima Época, Tomo XXVI, número 1, primer semestre 2013, México, D.F., p. 185.

165 Los motivos son tratados en *Garantismo y Arbitraje: Un falso dilema en Retos y Perspectivas del Derecho Mexicano del Siglo XXI, ¿Cómo debe evolucionar?*, Colección Foro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., Ed. Themis, México, D.F., 2012, p. 1089. (Visible en [www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje](http://www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).)

166 En esencia, el árbitro carece de poder en el sentido tutelado por el juicio de amparo. En algunos casos se ha permitido que proceda el amparo en contra de entes que ostentaban poder y en uso del mismo lesionaban derechos fundamentales. El que dicho poder fuera *privado*, *no público*, no fue motivo para que no procediera el amparo. Y ello es un progreso. Sin embargo, los árbitros no cuentan con poder. Correctamente entendido, el árbitro es una persona a quien las partes confían que diga a quién asiste el Derecho en un caso. Punto. Ello no es poder en el sentido tutelado por el juicio de amparo.

167 Este es un ángulo analítico posible a tomar respecto de lo que debe mover a un juzgador a actuar en las actividades de coordinación. En las relaciones horizontales.

168 Incluyendo trasfondo y el razonamiento descrito en Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una Nueva Ley de Amparo*, Ed. Porrúa, UNAM, México, D.F., tercera edición, 2010, p. 75.

169 Lo cual enfatiqué desde el primer ensayo que sobre esto hice (*Garantismo y Arbitraje, ob. cit.*) y he mantenido a lo largo de los muchos debates que sobre esto he sostenido, incluyendo con los amparistas más sobresalientes de México (lo cual dio lugar al segundo ensayo: *Garantismo y Arbitraje - un Falso Dilema, Post Scriptum*). (Visible en [www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje](http://www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).)

170 *El árbitro y el control Constitucional: una dúplica*

3. Como parte de la resolución de una disputa conforme a un Derecho aplicable, el árbitro puede realizar interpretación conforme; y
4. El fondo del laudo no puede ser revisado para verificar la forma en que se hizo cumplir un derecho fundamental. El juicio de nulidad o ejecución no puede incluir un análisis de legalidad inclusive constitucional.

Los explico por separado.

### ***1. El árbitro no hace control, sino interpretación, constitucional***

En *Procesos* aducía que el árbitro *no controla, interpreta*. Y aunque no hace control constitucional, al decidir el caso el árbitro debe tomar en cuenta los resultados de la actividad de los órganos de control constitucional que conforman el sistema jurídico del Derecho aplicable.

Las ideas planteadas en *Procesos Constitucionales y Procesos Arbitrales: ¿Agua y Aceite?*, han recibido observaciones de dos juristas que considero amigos, y que respeto intelectualmente: el Magistrado Neófito López Ramos y el Magistrado Don Edynson Alarcón.<sup>171</sup>

El Magistrado Neófito López Ramos me hizo ver que en su opinión los árbitros sí pueden conllevar control constitucional. Acentuó su observación con la apreciación que los árbitros “no debemos tener miedo” a controlar.

El Magistrado Edynson Alarcón criticó mi postura así:<sup>172</sup>

“los árbitros, como administradores privados y *ad hoc* de justicia, están llamados a interpretar y hacer uso de la Constitución como derecho vivo y a garantizar su preeminencia en caso de entrar en conflicto con cualquier norma de legalidad material o de procedimiento que se les requiera aplicar.”

Al hacerlo, indica que mis preocupaciones, si bien legítimas, no son insalvables. En su opinión, un árbitro debe aplicar la Constitución y los precedentes vinculantes que al respecto el juez constitucional dicte. No verlo así tornaría a los árbitros en “eunucos jurídicos administrando litigios”. Su postura descansa en tres motivos:<sup>173</sup>

1. Acuerdo arbitral no supone una abdicación a los derechos constitucionales;

---

171 En Alarcón, Édynson: *Los árbitros y el control difuso de la constitucionalidad*. Gaceta Judicial, núm. 338 (febrero 2015), pp.40-44. Le extiendo mi agradecimiento no sólo por su deferencia, sino por exigirme a considerar (inclusive cuestionar) mi postura a la luz de una dialéctica ardua y constructiva. En esta nota comento algunos de los puntos que se derivan de dicho ejercicio.

172 Id. p. 1.

173 Id. p. 4.

2. La sujeción al arbitraje no implica la “intangibilidad” o “blindaje absoluto” de dicho procedimiento al extremo que los árbitros y partes pueden hacer lo que sea sin que sus “indelicadezas reclamen ... consecuencia o ... sanción”;
3. La labor del árbitro se asemeja a la del juez local en que, en sus palabras:

“los árbitros, en el ejercicio de una dignidad que les equipara a los jueces del régimen estatal de administración de justicia, no están exentos, tratándose de un arbitraje en derecho, de aplicar en un momento dado la Constitución del Estado y vigilar la compatibilidad de las normas de las que hagan uso con la propia Constitución y los precedentes vinculantes del TC [Tribunal Constitucional]”

Para ello, el juicio de nulidad ofrece un canal idóneo para remediar patologías constitucionales. Detecta tres oportunidades en dicho contexto: (a) la causal de violación al derecho de defensa;<sup>174</sup> (b) la causal de violación al proceso;<sup>175</sup> y (c) la causal de orden público.<sup>176</sup> En su opinión, dicho juicio de anulación permite “control extrínseco y autónomo *-ex novo-* desde una doble vertiente: tanto de legalidad ordinaria como de índole constitucional.”<sup>177</sup>

La discusión con Don Neófito López Ramos, Don Edynson Alarcon y Don Alejandro Flores me ha hecho ver que yo estaba equivocado. Deseo reconocer y agradecer el que se me haya sacado del error. Para explicar por qué, dividiré mi comentario en las siguientes cuestiones: si el árbitro hace control constitucional, el alcance de ello, y el impacto en la posibilidad de revisar la validez del laudo.<sup>178</sup>

La diferencia de opinión evoca en su origen una concepción diversa de lo que se entiende por “control constitucional”. Aunque todos coincidimos en que implica *verificar que exista consistencia, no contradicción, entre un acto* (incluyendo norma) *con la constitución y la CIDH*, la diferencia residía en el efecto: mientras que un juzgador puede dejar sin efectos la norma, en mi opinión el árbitro sólo puede interpretar conforme o no aplicar *in casu*.

Aunque en ambos casos tanto el juez como el árbitro analizan el acto (y norma) bajo el prisma del bloque de constitucionalidad y convencionalidad, las facultades con las que el Derecho los ha investido son diversas: mientras que el árbitro sólo *interpreta* (a veces *in-aplica*), el juez *controla* en el sentido más amplio de la expresión.

174 Artículo 39(2)(b) de la Ley No. 489-08 (“Ley Dominicana de Arbitraje”), misma que es la misma contenida en los artículos 1457.I(b) y 1462.I(b) del Código de Comercio.

175 Artículo 39(2)(d) de la Ley Dominicana de Arbitraje, la cual guarda semejanza con aquella contenida en los artículos 1457.I(d) y 1462. I(d) del Código de Comercio.

176 Artículo 39(2)(f) de la Ley Dominicana de Arbitraje, similar a la contenida en los artículos 1457.II y 1462.II del Código de Comercio.

177 Id. p. 5.

178 Mientras que el primer tema (control constitucional por el árbitro) lo abordo en esta sección, la cuestión de revisión del laudo lo hago en la sección II.C, *infra*.

Luego entonces, lo que mis amigos me han hecho ver es que “control” incluye “interpretar”. Yo limitaba mi entender a las (invasivas) facultades con las que es vestido un juez constitucional.<sup>179</sup> El debate me ha hecho ver que “controlar” incluye “interpretar”. Aunque es su expresión más tenue, un órgano aplicador del derecho controla la regularidad constitucional y convencional de una norma al (i) darle un giro interpretativo *conforme* al bloque de constitucionalidad y convencionalidad; (ii) dejar de aplicar una norma que constituye una antinomia con el bloque de constitucionalidad y convencionalidad.

Pero hasta allí llega la labor del árbitro. Lo que no puede hacer y que siempre he sostenido, y que mis amigos entiendo que refrendan es realizar un análisis de *validez* de la norma o acto. Esta facultad reside exclusivamente en los juzgadores constitucionales – y los árbitros no tenemos tal atribución.

Lo anterior descansa en un doble motivo:

- La *epistemología* del actuar de cada uno. Mientras que el juez es un órgano de Estado dotado de facultades diversas,<sup>180</sup> el árbitro es simplemente un prestador de servicios profesionales. No forma parte de un poder judicial. No tiene el papel “estructural” constitucional del juzgador. Sólo resuelve un problema. Como resultado, dentro de su acervo de facultades no está aquilatar la validez de una norma, sólo interpretarla.
- La *jerarquía* de los grados de intensidad del control, en su expresión más tenue (la interpretación conforme), puede no existir distinción entre el actuar del juzgador y el árbitro: ambos escogen la interpretación que es consistente con la constitución y la CIDH (y su jurisprudencia). Pero conforme uno sube la escala de intensidad del control, su actuar se va distinguiendo. Lo más que puede hacer el árbitro es dejar de aplicar la norma al caso concreto. El juzgador no sólo puede hacer eso, sino que puede declararla inválida. Y la invalidez puede llegar a ser *erga omnes* (la declaratoria general de inconstitucionalidad<sup>181</sup>).<sup>182</sup>

179 Por ejemplo, aquellas que contempla el tercer párrafo de la fracción II del artículo 107 de la Constitución, así como los artículos 231 a 235 de la Ley de Amparo.

180 Una de las cuales es actuar como “legislador negativo” cuando el legislador incumple su deber de actuar (legislar) siguiendo cánones constitucionales (y ahora convencionales).

181 Artículo 107.II tercer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (“Constitución”) y el artículo 231 de la Ley de Amparo.

182 En este último caso, quién lo puede hacer dependerá del sabor concentrado o difuso del sistema. (En el caso mexicano ello corresponde al Suprema Corte de Justicia de la Nación (en salas o pleno), y después de seguir un proceso determinado. (Los Plenos de Circuito pueden solicitar a la Suprema Corte que realice una declaración general de inconstitucionalidad.)

La diferencia de opinión solía versar en un entender diverso sobre qué es “controlar” la regularidad constitucional y/o convencional de un acto (incluyendo norma<sup>183</sup>).<sup>184</sup> En *Procesos*, y el debate que de ello ha derivado, asomaba mi preocupación que “controlar” significara actuar con la facultad con la que cuentan los jueces constitucionales de dejar sin efecto una norma.<sup>185</sup> Gracias al diálogo que tuvo lugar he cobrado consciencia que ‘controlar’ es una actividad que tiene un espectro. Controlar la regularidad constitucional o convencionalidad de una norma significa que puede decidirse sobre su sentido y *validez*. Controlar la validez de una norma implica un análisis de contenido y de validez de una norma, a la luz de otra considerada de rango superior. Ello quiere decir que el aplicador del derecho realizará un silogismo donde la premisa mayor es la norma superior (constitucional o convencional), la premisa menor es la norma inferior (por ejemplo, el Código Civil), y la conclusión versará sobre la conformidad de la segunda *vis à vis* la primera. Y de dicho ejercicio se siguen consecuencias diversas, que enuncio *in crescendo*: interpretación conforme, inaplicación, declaratoria de invalidez.

Mientras que el árbitro puede hacer lo primero y lo segundo, no puede hacer lo tercero.

En caso de que la validez constitucional o convencional de una norma esté en duda bajo una acepción de la misma de varias posibles, existe la posibilidad de que la misma se tache de inválida por in (anti) constitucional/convencional. Antes de hacerlo sin embargo puede ser posible que una acepción diversa salve su regularidad constitucional o convencional. En dicho caso, debe optarse por la segunda. *Ello es una interpretación conforme*: de entre interpretaciones diversas posibles de una norma jurídica, *se elige aquella que permite respirarle vida* no la que se la resta. Aquella que no genera una antinomia con el bloque de constitucionalidad. Para que ello ocurra, por definición, se estará en presencia de una norma de interpretación multívoca. En la medida que de entre las opciones existe una que pondría en tela de juicio la regularidad constitucional o convencional de una norma y una interpretación que la salva, se opta por la segunda.

En esencia, este ejercicio no es una novedad. La técnica jurídica lo enseña desde antaño. Es un ejercicio implícito en la interpretación de toda norma: la hermenéutica jurídica enseña que, ante acepciones alternativas posibles debe optarse por aquella que da más efectos lo que algunos llaman el principio *effet utile* o *favor negotti*.

Siguiendo lo anterior, el árbitro puede *interpretar*, más no *cercenar*.

---

183 Al hablar de “acto” entenderé como incluida una norma jurídica. Después de todo, es una relación de género y especie: la norma jurídica es un acto del poder legislativo o del poder ejecutivo en sus facultades reglamentarias.

184 De la investigación realizada encuentro que el tema no es claro. La literatura suele enfocarse en *quién* puede hacer control, mas no *qué es* control.

185 Lo cual varía de jurisdicción en jurisdicción. En el caso mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede dejar sin efectos una norma, haciendo una declaratoria general de invalidez, conforme al artículo 107.II de la Constitución y artículo 231 de la Ley de Amparo.

Un ejemplo puede ilustrar.<sup>186</sup> La Ley que Regula el Régimen de Propiedad en Condominio en el Estado de México (“LPC”) tiene por objeto *inter alia* regular la convivencia social y solución de controversias entre condóminos.<sup>187</sup> Para ello, contempla mediación,<sup>188</sup> conciliación, y arbitraje.<sup>189</sup> Si se analiza su régimen se observa algo bueno y algo perfectible. Lo bueno es la intención de encausar ágilmente la resolución de disputas. Lo perfectible es que el régimen dista de ser exhaustivo. Ante ello, sería natural que se opte por elegir un mejor régimen arbitral mediante por ejemplo la designación de un reglamento arbitral específico.<sup>190</sup> Ello supone entender que el régimen de la LPC es supletorio y admite pacto en contrario. Dicha suposición enfrenta un obstáculo: la redacción del artículo 51 de la LPC, que dice:

“El procedimiento de arbitraje se substanciará ante el Síndico Municipal, el cual contará con plena libertad y autonomía para emitir sus laudos e imponer las sanciones previstas en la presente ley.”

El verbo “substanciará” conjugado en forma imperativa *podría* invitar la interpretación que el arbitraje en esta materia sólo puede cursarse ante el Síndico Municipal. La interpretación puede tener mérito *textual*, mas no *constitucional*. Una interpretación conforme exigiría tomar en cuenta que existe ya un criterio que establece que obligar (por ley) conciliación<sup>191</sup> es anticonstitucional.<sup>192</sup> Luego entonces, para ser válida, la norma debe *tiene que* entenderse como una opción. No hacerlo la condenaría necesariamente a su inconstitucionalidad. En cambio, un ejercicio de interpretación conforme llevaría a concluir que se trata de una opción: los destinatarios de la LPC *pueden* cursar sus controversias al arbitraje ante el Síndico Municipal,<sup>193</sup> o pueden cursarlas al arbitraje voluntario.<sup>194</sup>

186 Tomado del capítulo *Arbitraje en Proyectos Inmobiliarios* en el libro *Derecho Inmobiliario: Temas Selectos y Perspectivas del Sector*, 2a Edición, Ibarra Fernández y otros (compiladores y coordinadores editoriales), Editorial Porrúa e Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2016.

187 Artículo 1 de la LPC.

188 Artículos 59 a 61 de la LPC.

189 Artículos 51 a 58 de la LPC.

190 Dada la materia, una opción natural podría ser el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC) (visible en [www.caic.com.mx](http://www.caic.com.mx)).

191 La aplicación del criterio al arbitraje sería *a fortiori*: si no se puede legislativamente obligar a conciliar, *a minore ad maius* no se puede legislativamente obligar a arbitrar.

192 Registro 903322 (Novena Época, Apéndice 2000, Tomo I, Const., P.R. SCJN, p. 1844, Tesis: 2649, Tesis Aislada (Constitucional), Pleno, Amparo directo en revisión 1048/95, 20 de marzo de 1997), cuyo rubro dice “SEGUROS, INSTITUCIONES Y SOCIEDADES MUTUALISTAS DE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 136 DE LA LEY QUE LAS REGULA, VIOLA EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL, EN TANTO QUE ESTABLECE LA OBLIGATORIEDAD DE AGOTAR UN PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO ANTES DE ACUDIR A LOS TRIBUNALES JUDICIALES.”

193 La LPC habla de “mesas arbitrales” (LPC, art. 53).

194 Siguiendo la nomenclatura de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Registro No. 166501 (Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Septiembre de 2009, p. 435. Tesis: 1a. CLXVI/2009. Amparo en revisión 131/2009, 27 de mayo de 2009) cuyo rubro dice “ARBITRAJE VOLUNTARIO. SU CONCEPCIÓN JURÍDICA”.

Con dicho trasfondo, piénsese en un caso en que el lector es árbitro único en una disputa inmobiliaria que incluyen un régimen de propiedad en condominio a la que le aplica la LPC. Empezando el arbitraje lo primero que hace la demandada es esgrimir una excepción jurisdiccional: en la medida en que la LPC establece un régimen imperativo, el árbitro carece de jurisdicción. La demandante se opone. El lector/árbitro podría decidir que cuenta con jurisdicción pues, si bien la lectura que propone la demandada es *posible*, sería *inconstitucional*. Luego entonces debe preferirse la lectura que le respira vida al precepto: interpretar el artículo 51 de la LPC como una norma habilitante (es decir, que tilda la materia de arbitrable) y que confiere un régimen supletorio que admite pacto en contra.

Como puede observarse, el ejercicio anterior no pasó juicio sobre la *validez* de la norma no controló sólo escogió la *interpretación* que la hace consistente (conforme) con el bloque de constitucionalidad.

## **2. El árbitro debe tomar en cuenta los resultados de la actividad de los órganos de control constitucional que conforman el sistema jurídico del Derecho aplicable**

El árbitro debe resolver la disputa en base a un Derecho. “Derecho” debe entenderse en su sentido amplio, no sólo “ley”: como todas las piezas del sistema jurídico en cuestión. Una de estas piezas lo constituye la jurisprudencia, parte de la cual es la jurisprudencia constitucional (y a veces<sup>195</sup> convencional) del Estado en cuestión. Luego entonces, el árbitro debe tomar en cuenta el resultado de la actividad de los órganos constitucionales competentes.

La aseveración despierta varias implicaciones interesantes. ¿Está por ejemplo el árbitro obligado a seguir la jurisprudencia del Estado en cuestión? ¿Qué sucede si existe una mejor interpretación?

Tomemos cada una por separado.

### *(a) Consideración, mas no aplicación, obligatoria*

Esta cuestión podría verse como un caso particular del (viejo) cuestionamiento sobre si la jurisprudencia obliga a los árbitros. Sin embargo, es distinta y más profunda.

---

195 Pues al día de hoy sólo 24 Estados han suscrito y ratificado o se han adherido a la CIDH, de los cuales 21 han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH. Luego entonces, la obligatoriedad interna de la CIDH y su jurisprudencia dependerá del Derecho aplicable. México lo hizo el 24 de marzo de 1981 (Diario Oficial de la Federación, 7 de mayo de 1981). (Los países que han ratificado son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela. De estos, todos han aceptado la jurisdicción salvo Dominicana y Jamaica y Trinidad y Tobago, este último por denuncia de la CIDH en 1999.)

Solía cuestionarse si la jurisprudencia obliga a los árbitros. El razonamiento descansa en la lectura del artículo 192 de la ley de amparo<sup>196</sup> anterior y 217 de la ley de amparo en vigor.<sup>197</sup> Si se leen, se observará que los tribunales arbitrales no están enunciados en la lista de órganos vinculados por la jurisprudencia. Ante ello, hay quien aduce que no les es aplicable. Existe sin embargo la visión contraria: en la medida en que el árbitro debe decidir la controversia en base a un Derecho aplicable, y el Derecho está conformado *inter alia* por la jurisprudencia, luego entonces el árbitro debe tomar en cuenta la jurisprudencia al decidir en base a un Derecho determinado.

La cuestión nunca se resolvió en definitiva, en buena medida por ser algo teórica: cualquiera que sea la postura que se tome, en la medida en que era una cuestión de *fondo* del laudo, y por ende no revisable en el juicio de nulidad o ejecución del laudo, la cuestión es mejor entendida como una apreciación sobre la mejor manera de confeccionar laudos, sin que les reste validez.

El tema que nos atañe es distinto, sin embargo. Aunque se parece en que tiene que ver con la aplicación o no de jurisprudencia, no necesariamente es lo mismo la jurisprudencia que deriva de los artículos 215 a 230 de la Ley de Amparo que la que deriva y forma parte del bloque de constitucionalidad y convencionalidad. Ello revive el cuestionamiento, pero ahora con el agregado del nuevo sistema de control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.

Al respecto, deseo postular que el árbitro *tiene* que tomar en cuenta la jurisprudencia que forme parte del bloque de constitucionalidad y convencionalidad para realizar el ejercicio descrito en la sección II.A de este ensayo. Sin embargo, ello es parte del fondo

---

196 Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 10 de enero de 1936. El precepto decía “*La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.*” (Énfasis añadido.) Como puede observarse, en ningún lugar se citan a los tribunales arbitrales. Y lo mismo puede decirse de la jurisprudencia que crean los tribunales colegiados, conforme al artículo 193 de la anterior ley de amparo.

197 Que establece:

“La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

La jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente.

La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito.”

Como puede observarse, en ningún lugar alude a tribunales arbitrales.

del laudo, por lo que no puede ser analizado en el juicio de nulidad o ejecución lo cual detallo en la sección III de este ensayo.

*(b) Discreción en la aplicación de la Jurisprudencia*

Si el árbitro encuentra que la jurisprudencia, sea la que deriva de los artículos 215 a 230 de la Ley de Amparo o la que forma parte del bloque de constitucionalidad o convencionalidad, es *in casu* cuestionable, puede no aplicarla.

Existen dos motivos para defender esta idea, y uno deriva de cada sistema: el arbitral y el constitucional. Primero, el árbitro no está maniatado por las determinaciones del poder judicial local cuando aplican el derecho local de una manera diversa a la que podría aplicarse. Segundo, conforme al control difuso, el bloque de constitucionalidad es un “mínimo” que puede ser ampliado. Luego entonces, si el árbitro determina que existe una mejor visión que la defendida por la jurisprudencia local, puede optar por una que confiere más tutela.

Tomemos un ejemplo. Solía existir diferencia de opinión no sólo entre pensadores y practicantes, sino tribunales colegiados, sobre la posibilidad de que una persona moral tenga derecho a indemnización por daño moral. La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la contradicción en el sentido que sí es posible que una persona moral obtenga indemnización por daño moral. Ello es la visión correcta. Pero supongamos por un momento que hubiera prevalecido la visión contraria. Imaginemos que el lector es un árbitro único en una disputa en la cual, conforme a derecho mexicano<sup>198</sup> tiene que decidir sobre una pretensión de indemnización por daño moral, enderezada por una persona moral. Tomando nota del criterio descrito, el árbitro podría decir que, en su opinión, la lectura correcta del derecho aplicable es que la indemnización por daño moral es procedente. Y que la visión en contra es contraria al principio *pro homine*, por lo que, enfrentado ante dos interpretaciones de un mismo precepto (el artículo 1916 del Código Civil Federal), el árbitro opta por aquella que brinda más protección. El paso se basará en dos premisas independientemente suficientes para justificarlo: (a) su *facultad* de decidir conforme a Derecho mexicano, mismo que incluye tanto el derecho secundario (el Código Civil) y el texto constitucional cuya conjugación exige considerar que una persona no pierde el derecho a tutela de sus bienes inmateriales por ser una persona moral; y (b) su *obligación* de elegir la mayor tutela posible conforme al principio *pro homine*.

---

198 En el cual hipotéticamente existe jurisprudencia (por contradicción) en el sentido descrito: las personas morales no tienen derecho a indemnización por daño moral.

El primer paso es el resultado de la profunda y con frecuencia mal-entendida la idea de Jan Paulsson en su ensayo *Unlawful Laws*.<sup>199</sup> El segundo es el producto de una interpretación conforme a lo cual ahora paso.

### ***3. La interpretación conforme por el árbitro no hace aplicables los recursos de alzada de los procesos constitucionales***

Como se explicó, al resolver una disputa el árbitro puede encontrarse con disposiciones de derecho local que admiten interpretaciones diversas. En la medida en que alguna de ellas sea reduccionista del radio de acción de una norma que versa sobre un derecho fundamental, puede elegir la interpretación que es consistente con el bloque de constitucionalidad y convencionalidad. Sin embargo, ello no hace aplicable los recursos de los procesos constitucionales. Permitirlo sería contrario al principio de finalidad de los laudos.

Esto ha generado reticencia. Propongo que no debe. No hay nada nuevo bajo el sol. Si estamos dispuestos a aceptar que la determinación de la disputa por el árbitro es final, entendido ello como que no hay recursos de alzada nadie puede verificar la correcta aplicación del Derecho ni la valoración de las pruebas, el corolario de ello es que el principio se extiende al Derecho Constitucional o Convencional que aplique el árbitro. No hacerlo sería violar los artículos 1457 y 1462 del Código de Comercio y V de la Convención (de Nueva York) sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

### ***4. El juicio de nulidad o ejecución no puede incluir un análisis de legalidad***

Se ha dicho que el laudo puede ser revisado respecto de la aplicación de los derechos fundamentales. Mientras que algunos aducen la aseveración en forma genérica, otros especifican que ello debe ocurrir en el contexto de la causal “orden público”. Después de todo, los derechos fundamentales son “de orden público”.

Respetuosa, pero enfáticamente, difiero. La postura restaría finalidad al laudo (§a), mal aplicaría la causal de orden público (§b), y todo para lograr un objetivo que ya logra el régimen existente (§c).

#### *(a) El laudo es final*

La aseveración de revisión genérica peca de olvidar que, en el juicio de nulidad y ejecución de un laudo, nunca puede analizarse el fondo del fallo. Sólo puede analizarse

---

199 Paulsson, Jan, *Unlawful Laws and the Authority of International Tribunals*, 23 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 215 (2008), teoría expandida en el capítulo 8 de su obra *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, 2013.

su validez bajo el prisma de una causal de nulidad o no ejecución. Por ende, la aseveración genérica mal aplica el derecho aplicable y actualiza el riesgo más grave dentro del análisis de validez de un laudo: erigirse en un órgano de alzada del contenido del laudo. *El laudo es final. No existe ni debe existir casación de laudos.* Dicho principio no cambia por que contenga una interpretación conforme.

(b) *La relación entre “orden público” y “derecho fundamental” no es de coincidencia, es de traslape parcial*

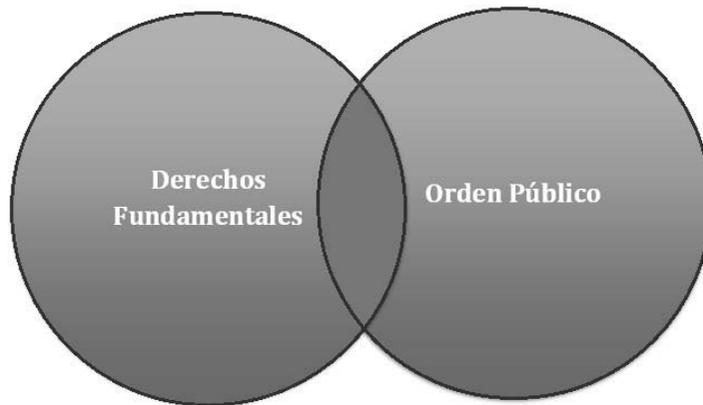
Como expuse en *Procesos*, el concepto jurídico “orden público” como causal de nulidad o no ejecución de un laudo<sup>200</sup> difiere del concepto jurídico “derecho fundamental”. Y mucho de lo que podría desearse tutelar ya está amparado por otras causales. Por ende, de adoptarse la postura comentada, se restaría finalidad al laudo. Explico cada aseveración.

El que un derecho merezca el talante de “fundamental” no necesariamente lo torna en un motivo para tildarlo de “orden público” como causal de invalidez de un laudo. Pero lo inverso no necesariamente es cierto: el que un derecho fundamental haya sido violado *puede* justificar la determinación de que un laudo es inválido. ¿Cuándo? Cuando viole las nociones más elementales de justicia y moralidad de una jurisdicción lo cual es la definición más aceptada del concepto jurídico “orden público” como causal de nulidad o no ejecución de un laudo.

Dicho de otra manera, la relación entre el concepto “orden público” y el concepto “derecho fundamental” no es de *identidad*, sino de coincidencia *parcial*. Existe un espacio de traslape entre “orden público” y “derecho fundamental”, mas no son lo mismo. Expuesto gráficamente:

---

200 La aclaración es importante, pues el concepto jurídico contenido en las palabras “orden público” es múltiple, y el aplicable depende de la materia. Se trata de un concepto jurídico abierto que cumple una función distinta en cada materia específica, y que –aunque se *llama* igual– no *es* igual. Por ejemplo, en el contexto contractual, el orden público no es más que un límite a la autonomía de la voluntad. En el contexto regulatorio, significa una norma de aplicación inmediata (una *lois de pólíce*). En el derecho internacional privado, es un escudo del derecho local: exceptúa la aplicación del derecho extranjero cuando aplicable por ofender instituciones jurídicas locales. En materia de amparo, significa que la materia abordada por el acto reclamado genera “externalidades”, por lo que el acto reclamado no debe suspenderse mientras su legalidad constitucional es revisada. En arbitraje, significa los “principios más elementales de justicia y moralidad. (Para abundar, véase *Lo Lúdico del Orden Público*, visible en [www.gdca.com.mx/Publicaciones](http://www.gdca.com.mx/Publicaciones).)



Dicha explicación conceptual puede apreciarse con más claridad mediante algunos ejemplos.

Piénsese por ejemplo en un laudo procurado por corrupción. Sin duda, ello sería contrario a las nociones más fundamentales de justicia y moralidad. Por ende, podría ser anulado conforme a la causal de orden público.

Piénsese en un laudo derivado de un proceso en el cual una parte pudo presentar pruebas y a la otra se le negó absolutamente dicho derecho. Piénsese en un laudo que decide que un extranjero es dueño de mantos de petróleo de México.

El corolario de los ejemplos: el orden público tiene caras diversas. Puede ser sustantivo, puede ser procesal. Es por ello que la utilización de una norma de textura abierta es atinada: enviste al juzgador de discreción para analizar, caso por caso, si lo que observa en el laudo actualiza una violación al “orden público”.

*(c) La tutela deseada ya está asegurada*

Aceptado que existe orden público “procesal”, es necesario zanjar, pues existe una causal que ya los tutela. El Artículo V(1)(b) de la Convención de Nueva York establece que el laudo puede no ejecutarse cuando una parte demuestre que:<sup>201</sup>

“No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos”

(énfasis añadido)

201 Idéntica a la incluida en los artículos 1457(I)(b) y 1462(I)(b) del Código de Comercio.

Dicha causal está preñada de contenido. Abarca una enorme cantidad de experiencia procesal milenaria que puede genéricamente expresarse en el aforismo “imposibilidad de hacer valer derechos”. Ello recibe nombres diversos: los ingleses llaman al principio “*natural justice*”; los franceses y suizos “*príncipe de contradiction*”. Los estadounidenses “*due process*”. En México, el artículo 14 de la Constitución alude a “*normas esenciales de procedimiento*” – y la jurisprudencia que deriva de ello abarca muchos de los derechos que el derecho procesal tilda de básicos. Por ejemplo, el derecho a ser informado de la existencia de un juicio; el derecho a conocer los argumentos (jurídicos y fácticos) en los cuales descansa la acusación o acción enderezada en su contra; el derecho a combatirlos; el derecho a trato igualitario entre las partes en contienda procesal; el derecho a contar con un fallo derivado de lo discutido: lo que la doctrina procesal llama el principio de congruencia y que se relaciona con un tema que recientemente ha atraído atención: *iura novit curia; iura novit arbiter*.

Siendo que existe mucha experiencia constitucional y convencional (humanitaria) sobre este tema,<sup>202</sup> surge el riesgo de duplicidad: que se decida a favor de tutela constitucional y convencional por encima de la legal (la derivada del juicio de nulidad y ejecución). Es aquí donde empieza la importante labor de discernir: *el que en procesos arbitrales estén en juego derechos tutelados por el derecho constitucional y convencional no exige la capa adicional de recursos constitucionales*. En la medida en que (a) las partes *voluntariamente* optaron por el régimen arbitral,<sup>203</sup> y (b) que el régimen de revisión en el contexto del juicio de nulidad y juicio de ejecución ya ampara el resguardo de dichos derechos, se hace innecesaria la tutela constitucional/convencional.

Este punto es sutil pero importante. No aceptar el postulado descrito tiene por efecto desvirtuar y anquilosar. *Desvirtuar* la voluntad de las partes de contar con un proceso *alternativo* de solución de controversias. Y *anquilosar* la solución de un problema.

202 Por ejemplo, la Convención Europea de Derechos Humanos (“CEDH”) resguarda el derecho a una *audiencia justa* (El artículo 6(1) de la CEDH brinda el derecho a una “audiencia justa” (“*fair hearing*”). Dicho concepto abierto ha sido interpretado en el sentido que abarca cosas diversas, una de las cuales es el derecho a examinar testigos en la audiencia (*Dombo Beheer v Netherlands* A 274 (1993); 18 EHRR 212, ¶32)); el derecho fundamental de ser juzgado por un *tribunal imparcial* (La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que el derecho a ser juzgado por un tribunal “imparcial” es (*Piersack v Belgium* A 53 (1982); 5 EHRR 169; *Hauschildt v Denmark* A 154 (1989); 12 EHRR 266 ¶46)); el deber de trato igualitario: el derecho a tener una oportunidad razonable para presentar un caso en condiciones que no sitúan a la parte en desventaja respecto de un oponente; lo que la doctrina llama “*equality of arms*” (*Neumeister v Austria* A 8 (1968); 1 EHRR 91. *Kress v France* 2001-Vi ¶72 GC). La idea que exista un “balance justo” entre las partes (*Dombo Beheer v Netherlands* A274 (1993); 18 EHRR 213 ¶33).

203 El que sea *voluntario* es importante pues la Corte de Estrasburgo han (atinadamente) esclarecido que la CEDH no aplica cuando el arbitraje es “voluntario”. (*Bramelid and Malstrom v Sweden* Nos 8588/79 y 8589/79, 38 DR 18 (1983); O’Boyle, Harris & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 3a ed., 2014, p. 399 (citando al respecto *Suda v Czech Republic*). El razonamiento es semejante al criterio del Poder Judicial mexicano respecto del arbitraje “voluntario”. (ver criterio contenido en la tesis registro No. 166501, cuyo rubro es “ARBITRAJE VOLUNTARIO. SU CONCEPCIÓN JURÍDICA”).

Se *desvirtúa* la voluntad de las partes pues, implícito en el derecho público subjetivo de obtener justicia del Poder Judicial, está el derecho a optar por otra vía.<sup>204</sup> Esto es lo que lo torna en un *derecho*, no una *obligación*: la existencia de potestad. La posibilidad de gerenciar el riesgo jurídico sea mediante la utilización del recurso público judicial; o mediante la utilización de instrumentos que dan un valor distinto. La respuesta a ello no es uniforme – depende de las características del problema.<sup>205</sup> Pero si se decide que *siempre* puede ser analizada la regularidad constitucional del laudo, el resultado es que *no hay opción*. Que las partes *en verdad* no pueden optar por mecanismos *alternativos* de solución de controversias. Siempre acabarán en tribunales judiciales. Para que el adjetivo “*alternativo*” tenga contenido, tiene que sostenerse que el derecho a utilizar un mecanismo *distinto, alternativo*, al proceso judicial debe ser respetado – lo cual incluye<sup>206</sup> el que el único recurso contra el fallo (el laudo) sea el juicio de nulidad y de ejecución.

#### D. Conclusión

La conclusión que postulo del ejercicio efectuado es triple:

1. El árbitro puede (a) realizar una interpretación conforme de un acto o norma general a la luz del bloque de constitucionalidad y convencionalidad; (b) dejando de aplicar una norma cuando es contraria al mismo.
2. El árbitro debe tomar en cuenta los resultados del actuar de los procesos constitucionales relevantes como parte del “Derecho” en base al cual resuelva una disputa. Si al hacerlo no se apega estrictamente a lo que éstos han sostenido, ello no es revisable en el juicio de nulidad o ejecución del laudo, pues es fondo –y por ende intocable.
3. “Orden público” y “derecho fundamental” son conceptos jurídicos distintos. No existe una relación de identidad entre ellos. Un laudo sólo puede ser anulado o no ejecutado por ser contrario a orden público. *El juzgador enfrentado con un laudo cuya validez se cuestiona por violentar un derecho fundamental debe exclusivamente analizar si el laudo viola “orden público”, entendido como “los principios más fundamentales de justicia y moralidad”.* Punto. Hacer más es abrir la puerta a un sendero desastroso. Un caso de buenas intenciones con malos resultados.<sup>207</sup>

204 Como se detalla en la Sección I de este ensayo.

205 Así lo defiendo en *Arbitraje*, Ed. Porrúa, 4ª ed., 2014, p. 9 *et seq.*

206 Aludo a que *incluye*, mas no *es*, pues el postulado tiene más implicaciones. Por ejemplo, el efecto negativo del acuerdo arbitral (artículo 1424 del Código de Comercio), el principio de no intervención judicial mas que en los casos expresamente aludidos por el derecho arbitral (artículo 1421 del Código de Comercio), el principio *compétence de la compétence* (artículo 1432 del Código de Comercio).

207 Las intenciones son el afán de tutelar; los resultados: destazar el derecho humano arbitral.

Es por ello que los procesos constitucionales/convencionales y los procesos arbitrales son mejor entendidos como agua y aceite: coexisten en un mismo recipiente (el sistema jurídico), sin mezclarse.

### III. PROPUESTAS

Como se anunció, este ensayo no sólo sería *expositivo*; también sería *propositivo*. Propongo que, siguiendo el ejercicio de retrospectiva y prospectiva que este congreso pide, con miras a entender, expandir y respetar el derecho fundamental contenido en el cuarto párrafo del artículo 17 de la Constitución Federal concluyamos y aceptemos como paradigma que:

1. México debe adoptar la Ley Modelo de Conciliación Comercial de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 2002, como lo ha propuesto el INSTITUTO MEXICANO DE LA MEDIACIÓN.<sup>208</sup>
2. Existe un derecho constitucional arbitral, y que ello se cristalice en jurisprudencia. Que lo que actualmente es un criterio *in statu nascendi* se solidifique en un criterio vinculante. Para ello, se sugiere usar como ejemplo el criterio contenido en la Tesis con registro 2,004,630 (rubro “ACCESO A LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, COMO DERECHO HUMANO. GOZA DE LA MISMA DIGNIDAD QUE EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO”).
3. La primera oración del cuarto párrafo del artículo 17 de la Constitución contiene una garantía institucional que sirve para blindar al arbitraje de las veleidades de los poderes constituidos, confiriéndole un caparazón federal.
4. El criterio sobre improcedencia del juicio de amparo en contra de árbitros privados y/o sus actos por tratarse de actos privados que no actualizan –tal como los propone el criterio contenido en la tesis con registro 2007320 (rubro “LAUDO EMITIDO POR ÁRBITRO PARTICULAR. ES INCOMPETENTE EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO PARA CONOCER DE ÉL EN EL AMPARO DIRECTO”)– debe seguirse hasta cristalizarse en jurisprudencia.
5. Se debe sustituir el criterio contenido en la Jurisprudencia por Contradicción 51/2005 con miras a ser consistente con los artículos 1424, 1464 y 1465 del Código de Comercio. Para ello, sería ideal que un magistrado o Ministro acogiera

---

208 Ello ha ocurrido en tres ocasiones diversas. La más reciente, en marzo 2020 bajo la presidencia de este autor del INSTITUTO MEXICANO DE LA MEDIACIÓN se hizo una gestión ante la Consultoría de la Cancillería para transmitir la opinión de los practicantes más sobresalientes de México en materia de mediación. Me es grato reportar que los resultados parecen positivos. Deseo reconocer y agradecer la apertura de dichos funcionarios de escuchar a los practicantes, y su intención de hacer todo lo posible por mejorar el parque legal mexicano haciéndonos parte de dicho instrumento.

esta iniciativa, la hiciera suya, y se sigan los pasos contenidos en el artículo 230 de la Ley de Amparo para sustituir un criterio. Se recomienda que ello se haga lo antes posible, antes de que surja un caso que tenga que seguir la Jurisprudencia por Contradicción 51/2005 y mal aplique derecho arbitral poniendo en relieve los problemas del criterio comentado. Es decir, tapemos el pozo antes de que se ahogue el niño.

6. Procede el juicio de amparo en contra de actos de autoridad que sean diversos a las Únicas Intervenciones Judiciales Permitidas (las cinco instancias excepcionales en las que puede intervenir el juez nacional en arbitrajes) por (i) violación al derecho humano de estricta aplicación del derecho (artículo 16 Constitucional), y (ii) por la violación al derecho humano a contar con mecanismos auténticamente *alternativos* a los procesos judiciales (cuarto párrafo del artículo 17 Constitucional).
7. Es procedente el control de convencionalidad de actos de autoridad que violen el derecho al efecto negativo del acuerdo arbitral: la ausencia de jurisdicción de cualquier juzgador nacional para conocer de un caso amparado por el acuerdo arbitral.
8. Los juzgadores nacionales pueden controlar difusamente actos de autoridad que (i) sean diversos a las Únicas Intervenciones Judiciales Permitidas o (ii) violen de cualquier manera el efecto negativo del acuerdo arbitral.
9. El árbitro puede (a) realizar una interpretación conforme de un acto o norma general a la luz del bloque de constitucionalidad y convencionalidad; (b) dejando de aplicar una norma cuando es contraria al mismo, mas no puede hacer un análisis de *validez* de una norma ni hacer una declaratoria general de inconstitucionalidad.
10. El árbitro debe tomar en cuenta los resultados del actuar de los procesos constitucionales relevantes como parte del “Derecho” en base al cual resuelva una disputa. Si al hacerlo no se apega estrictamente a lo que éstos han sostenido, ello no es revisable en el juicio de nulidad o ejecución del laudo, pues es fondo (y por ende intocable).
11. “Orden público” y “derecho fundamental” son conceptos jurídicos distintos. No existe una relación de identidad entre ellos. Un laudo sólo puede ser anulado o no ejecutado por ser contrario a orden público. *El juzgador enfrentado con un laudo cuya validez se cuestiona por violentar un derecho fundamental debe exclusivamente analizar si el laudo viola “orden público”, entendido como “los principios más fundamentales de justicia y moralidad”.* Punto.

