

## **EL DERECHO HUMANO ARBITRAL:**

### **EL DERECHO FUNDAMENTAL A CONTAR CON PROCESOS ARBITRALES LIBRES DE INTERFERENCIA JUDICIAL**

*Francisco González de Cossío\**

I.	FUNDAMENTO.....	1
II.	CONTENIDO.....	4
	A. Derecho a legislación especializada .....	4
	B. Derecho a no buscar tutela judicial.....	5
	C. Derecho a ausencia de intromisión judicial .....	6
	1. Interpretación textual .....	6
	2. Interpretación constitucional.....	7
	3. Interpretación legal.....	10
	4. El derecho arbitral convencional .....	11
	5. Control de Convencionalidad .....	13
	6. Control difuso .....	17
III.	ALCANCE.....	19
IV.	CONCLUSIÓN.....	21

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 brevemente su fundamento, contenido y alcance.

#### **I. 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

---

\* GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, S.C. ([www.gdca.com.mx](http://www.gdca.com.mx)) Observaciones bienvenidas a [fgcossio@gdca.com.mx](mailto:fgcossio@gdca.com.mx).

derecho a elegir entre el derecho a encausar un problema ante la justicia ordinaria (el derecho humano a la tutela judicial) y el derecho a optar por mecanismo diversos (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>1</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)

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.

Otro párrafo de la Exposición de Motivos dice:<sup>2</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.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Exposición de Motivos, p. 2.

(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>3</sup> la Exposición de Motivos detalla que:<sup>4</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
4. Efectividad.

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

---

<sup>3</sup> 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 del arbitraje, la conciliación, la mediación y cualquier otro medio alternativo, mediante procedimientos no jurisdiccionales.”

<sup>4</sup> Exposición de Motivos, p. 5.

## II. CONTENIDO

El derecho contenido en la primera oración del párrafo cuarto del artículo 17 Constitucional—el “Derecho Humano Arbitral”<sup>5</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 humanos 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:

- a) El derecho a que el Poder Legislativo emita legislación sobre cada uno de los mecanismos alternativos de solución de controversias;
- b) El derecho a renunciar *in toto* a la tutela judicial; y
- c) 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.

### A. 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)

---

<sup>5</sup> 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.

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>6</sup> y legislación que regula y fomenta el acceso a justicia alternativa en materia civil,<sup>7</sup> existe un vacío en materia de mediación y conciliación.<sup>8</sup> Ello invita ponderar sobre la existencia de una genera la duda sobre una inconstitucionalidad por omisión legislativa.<sup>9</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>10</sup>

#### B. 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: *toda opción supone una renuncia*. Pero además, ello ha

---

<sup>6</sup> El Título IV, Libro V, del Código de Comercio.

<sup>7</sup> Me refiero a las legislaciones de justicia alternativa que diversos cuerpos procesales estatales contemplan.

<sup>8</sup> 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. Ello son explicados en ARBITRAJE (Ed. Porrúa, México, D.F., 3ª ed., p 93 *et seq*), 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)).

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Ello pues se trata de una magnífica legislación que da eco a los paradigmas internacionales más aceptados. (Explicada en ARBITRAJE, Ed. Porrúa, México, D.F., 2011, p. 98 *et seq.*)

sido explorado y aceptado constitucionalmente: la Suprema Corte de Justicia de la Nación así lo ha esclarecido.<sup>11,12</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>13</sup> Por ende, tanto desde la perspectiva constitucional, como legal y jurisprudencial, 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.

### C. 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.

#### 1. Interpretación textual

Empecemos por una interpretación textual. El precepto constitucional dice:

Las leyes preverán mecanismos *alternativos* de solución de controversias.

(énfasis añadido)

---

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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 IRRECURRIBLE, 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.

<sup>13</sup> Artículo II de la Convención de Nueva York. Artículo 1424 del Código de Comercio.

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.

## 2. 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 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>14</sup>

**PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUÉL.** El segundo párrafo del artículo 1o. 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 acudirse 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>15</sup>

**PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN.** El principio

<sup>14</sup> Registro 2000263, 10ª Época, Primera Sala. *SJF* libro V, febrero 2012, Tomo 1, p. 659. Tesis 1ª.XXVI/2012.

<sup>15</sup> Registro 180294, 9ª Época, *SJF* Tomo XX, octubre 2004, p. 2385. Tesis I.4º.A.441 A.

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 acudirse 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>16</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al explicar el alcance de[l] 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>17</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 garantista de nuestro constitucionalismo, particularmente el existente desde las reformas del 6 y 10 de junio de 2011.

<sup>16</sup> 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.3°.P.1 K.

<sup>17</sup> 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).

### 3. 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:

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>18</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

<sup>18</sup>

Registro 178813, *SJF* Tomo XXI, abril 2005, p. 1341. Tesis I.3º.C.475 C.

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 algunos 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)

#### 4. 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:

- a) La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de junio de 1958 (“Convención de Nueva York”);<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Decreto de promulgación publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de junio de 1971.

- b) La Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional (“Convención de Panamá”);<sup>20</sup>
- c) 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>21</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 vinculado por un acuerdo arbitral, como del juzgador nacional— mediante tres instrumentos jurídicos:

- i) **Legalidad:** a través de la remisión al arbitraje;<sup>22</sup>
- ii) **Constitucionalidad:** mediante el Control Constitucional, tanto en su especie de legalidad,<sup>23</sup> como constitucionalidad, esto último mediante la

---

<sup>20</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de abril de 1978.

<sup>21</sup> Del 3 de mayo de 1992, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 1992.

<sup>22</sup> Artículos 1424 y 1464-1465 del Código de Comercio.

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.

## 5. Control de Convencionalidad

El Control de Convencionalidad consiste en cerciorar que actos de autoridades se ajusten a una norma de derecho internacional convencional.<sup>24</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

---

<sup>23</sup> Por violación al principio de exacta aplicación del Derecho (artículo 16 de la Constitución).

<sup>24</sup> Jorge Galindo Monroy, CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, El Foro, Decimonovena época, Tomo XXV, Número 1, Primer Semestre 2012, México, D.F., p. 115. Ernesto Rey Cantor, CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES Y DERECHOS HUMANOS, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 26, México, D.F., 2008. Fernando Silva García, EL CONTROL JUDICIAL DE LAS LEYES CON BASE EN TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS.

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 convencional. Después de todo, el artículo 17 de la Constitución tilda de derecho humano 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>25</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

---

<sup>25</sup> 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)

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>26</sup>

(énfasis añadido)

Este criterio dista de ser aislado. Existen otros que lo apoyan. Por ejemplo:<sup>27</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

<sup>26</sup> Registro 160525, 10ª Época, Pleno, SCJN, *SJF* libro III, diciembre de 2011, Tomo 1, p. 552. Tesis P. LXIX/2011 .

<sup>27</sup> Registro 159971, 10ª Época, *SJF* libro XII, septiembre 2012, Tomo 3, p. 1685. Tesis XI.1º.A.T.55 K.

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.

Recordada la mecánica y amplitud del control de convencionalidad, llevado a nuestro tema, el derecho humano 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>28</sup>

Entender el derecho humano de tutela judicial en forma contraria a lo aquí expuesto sería no sólo adoptar una conclusión que no es obligada, y 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>29</sup>

**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 partes deben suministrar recursos judiciales efectivos para reparar violaciones a los

<sup>28</sup> 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 coyunturales que apoyan la teoría aquí defendida.

<sup>29</sup> Registro 2001538, 10ª Época, *SJF* Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2, p. 2019. Tesis VI.1º. (II Región) 1 K.

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.)

## 6. Control difuso

El control difuso ha sido confuso.<sup>30</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>31</sup> y el control difuso, al decir lo siguiente en el siguiente texto subrayado del artículo 133 de la Constitución:<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> Artículos 103 y 107 de la Constitución.

<sup>32</sup> 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>33</sup> A raíz del caso Radilla,<sup>34</sup> la Suprema Corte de Justicia de la Nación interrumpió la jurisprudencia que prohibía a jueces locales ejercer control difuso de la Constitución.<sup>35</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.

---

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

<sup>33</sup> 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 Hans Kelsen, 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.)

<sup>34</sup> 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”.

<sup>35</sup> Exp. 912/2010. Sesión del 14 de junio de 2011.

(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.

### III. ALCANCE

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

El contenido triple del derecho humano arbitral implica que un juzgador nacional puede incumplirlo cuando no respeta su naturaleza alternativa. Ello ocurrirá cuando interviene en un proceso arbitral en cuestiones diversas a cualquiera de las siguientes circunstancias (las “*Únicas Intervenciones Judiciales Permitidas*”):<sup>36</sup>

1. La remisión al arbitraje;<sup>37</sup>
2. La colaboración en la constitución del tribunal arbitral;<sup>38</sup>
3. Medidas precautorias;<sup>39</sup>
4. Juicio de nulidad;<sup>40</sup> y
5. Juicio de ejecución.<sup>41</sup>

---

<sup>36</sup> Estas son explicadas a detalle en González de Cossío, EL ARBITRAJE Y LA JUDICATURA, Ed. Porrúa, México, D.F., 2007.

<sup>37</sup> Artículos 1424, 1464 y 1465 del Código de Comercio.

<sup>38</sup> Artículos 1427 a 1429 y 1466 del Código de Comercio.

<sup>39</sup> Artículos 1425, 1466, 1470.III, 1470.IV, 1478 a 1480 del Código de Comercio.

<sup>40</sup> Artículos 1457 y 1472 a 1477 del Código de Comercio.

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>42</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>43</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.

---

<sup>41</sup> Artículos 1462 y 1471 a 1477 del Código de Comercio.

<sup>42</sup> Artículo 1435 del Código de Comercio.

<sup>43</sup> Toco dichos motivos en: EL ÁRBITRO NO ES AUTORIDAD PARA EL JUICIO DE AMPARO, 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).

#### IV. 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 humano a contar con mecanismos auténticamente alternativos a los procesos judiciales (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.