

# HACIA UN DERECHO CONSTITUCIONAL ARBITRAL

Francisco González de Cossío\*

**PALABRAS CLAVE:** arbitraje, constitución, mecanismos alternativos de solución de controversias, derecho fundamental.

**SUMARIO:** Existe diferencia de opinión sobre la existencia (y, en su caso, alcance) de un derecho constitucional relacionado con el arbitraje. En este ensayo se propone que la Constitución de México contiene tanto un derecho constitucional como una garantía institucional que buscan tutelar la libertad de pactar arbitraje y que el mismo sea eficaz.

**SUMMARY:** Difference of opinion exists as to the existence (and scope) of a constitutional right related to arbitration. This essay proposes that the Mexican Constitution contains both a constitutional right and an institutional guarantee that jointly seek to provide tutelage to the liberty to agree to arbitration and that it be effective pursued.

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCIÓN: EL DEBATE SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL ARBITRAL.....</b>	<b>2</b>
A.	UNA CONTROVERSIAL IDEA EN CIERNES .....	2
B.	POSTULADO .....	2
<b>II.</b>	<b>FUNDAMENTO, CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ARBITRAL.....</b>	<b>3</b>
A.	FUNDAMENTO.....	3
B.	CONTENIDO .....	5
1.	<i>Génesis de la idea</i> .....	5
2.	<i>Alcance de la idea</i> .....	6
(a)	Núcleo duro.....	6
(i)	Remisión.....	7
(ii)	<i>Compétence</i> .....	9
(iii)	<i>Compétence</i> en la práctica.....	11
(a)	Criterios (y praxis) correcta .....	11
(b)	Criterio incorrecto.....	13
2.	<i>Linderos</i> .....	15
D.	RECEPCIÓN DE LA IDEA .....	17
1.	<i>Reticencia</i> .....	17
2.	<i>Criterios judiciales</i> .....	19
3.	<i>Espaldarazo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación</i> .....	22
D.	REFINACIÓN DE LA IDEA: ¿CONTIENE EL ARTÍCULO 17 UNA GARANTÍA INSTITUCIONAL? .....	24
<b>III.</b>	<b>CONCLUSIÓN: EXISTE UN DERECHO CONSTITUCIONAL ARBITRAL QUE INCLUYE TANTO UNA GARANTÍA INSTITUCIONAL COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL.....</b>	<b>28</b>
	<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>30</b>

---

\* Árbitro, especialista en arbitraje, y abogado en arbitrajes. Maestría y doctorado, Universidad de Chicago. Observaciones bienvenidas a fgcoosio@gdca.com.mx.

# I. INTRODUCCIÓN: EL DEBATE SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL ARBITRAL

## A. UNA CONTROVERSIAL IDEA EN CIERNES

El que el arbitraje tiene un espacio en la Constitución es ya incuestionable.<sup>1</sup> Lo que ha demostrado ser no sólo discutible, sino discutido, es lo que significa. ¿Contiene tal alusión un concepto jurídico? ¿O es simplemente una disposición inocua? – del género que la técnica constitucional pura critica, pero la praxis no solo tolera, sino reitera.

En este ensayo propongo que no solo existe un derecho constitucional arbitral, sino que debe existir. Que tiene una función que cumplir. Que la postura contraria no es la mejor visión de las cosas. Y que de aceptarlo el resultado sería dejar descubijado un espacio que debe ser colmado.

Para ello, resumiré, visitaré y refinaré ideas expresadas previamente, y que han motivado diálogo—a veces debate—con personas diversas que respeto intelectualmente, y con las cuales me siento en deuda pues es gracias a su franca diferencia que me he visto forzado a matizar. A estudiar. A reflexionar.<sup>2</sup> Es decir este ensayo no empieza en una *tabula rasa*. Es el estado actual de reflexión de una idea que por vez primera defendí en 2013,<sup>3</sup> y que se topó con resistencia. Conforme el tiempo ha pasado, tal resistencia no ha cesado, pero sí ha cambiado. Y el resultado de la misma—acompañado al diálogo que ha propiciado—es lo que me ha permitido refinar lo pensaba.

## B. POSTULADO

Postulo que:

---

<sup>1</sup> El artículo 17 de la Constitución alude a los mecanismos alternativos de solución de controversias, y la exposición motivos concibió al arbitraje como uno de ellos.

<sup>2</sup> Dichas personas son el Dr. José Ramón Cossío Díaz, Dra. Margarita Luna Ramos, Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, magistrado Neófito López Ramos, magistrado Edynson Alarcón, Maestro David García Sarubbi, Maestro Santiago Oñate, Lic. José Álvarez y Lic. Cecilia Azar. A todos ellos mi agradecimiento no solo por su retroalimentación (¡y paciencia!) sino sobre todo por concebir la amistad como yo la entiendo: amigos son quienes te hacen ver en qué puedes mejorar, con el ánimo de ayudar.

<sup>3</sup> Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC), marzo 2013.

- (1) La primera oración del cuarto párrafo del artículo 17 de la Constitución contiene tanto (i) una garantía institucional como (ii) un derecho constitucional.
- (2) La garantía institucional blinda la institución jurídica “arbitraje” de las veleidades de los poderes constituidos.
- (3) El derecho constitucional confiere un derecho publico subjetivo al gobernado oponible a cualquier autoridad para cerciorar que (i) actos de autoridad que sean diversos a las instancias en que el derecho arbitral permite intervenciones judiciales (las cinco instancias excepcionales en las que puede intervenir el juez nacional en arbitrajes) por (ii) violación al derecho humano de estricta aplicación del derecho (artículo 16 Constitucional), y (iii) por la violación al derecho fundamental a contar con mecanismos auténticamente alternativos a los procesos judiciales: el Derecho Humano Arbitral.

A continuación fundamento, actualizo y defiendo esta idea.

## II. FUNDAMENTO, CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ARBITRAL

El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (“*Constitución*”) contiene un derecho fundamental (§§A-C) y una garantía institucional (§D).

### A. FUNDAMENTO

La primera oración del cuarto párrafo del artículo 17 de la Constitución dice:

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

Dicha oración es fruto de la modificación de 18 de junio de 2008. A primera impresión parece más una norma programática. Si se escarban sus antecedentes sin embargo se aprenderá que hay más de lo que se observa a primera impresión. La Exposición de Motivos de la modificación que dio lugar a dicha oración dice:<sup>4</sup>

---

<sup>4</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

“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* fueron “preocupaciones del Estado” que motivaron ofrecer y apoyar otras formas de remediar problemas. Otro párrafo de la Exposición de Motivos dice:<sup>5</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)

La complejidad técnica fue otra consideración que se tuvo en mente. Y después de explicar las características y beneficios de distintos mecanismos,<sup>6</sup> la Exposición de Motivos detalla que:<sup>7</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 que el constituyente permanente tuvo en mente para labrar en piedra constitucional esta norma fueron: (1) **velocidad**, particularmente ante el rezago judicial, (2) **onerosidad** y su impacto en una verdadera impartición de justicia, (3) **especialidad** ante la dificultad

---

Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 1576-III, jueves 2 de septiembre de 2004, (“*Exposición de Motivos*”), pp. 1-2.

<sup>5</sup> Exposición de Motivos, p. 2.

<sup>6</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>7</sup> Exposición de Motivos, p. 5.

técnica de ciertas disputas, y (4) **efectividad**. Dichas “preocupaciones” y objetivos no pueden ser olvidados al momento de ponderar el significado de la disposición.

## B. CONTENIDO

### 1. Génesis de la idea

Un ensayo de 2013 propone que la primera oración del párrafo cuarto del artículo 17 Constitucional contiene un derecho fundamental: el “Derecho Humano Arbitral”.<sup>8</sup> Que dicho derecho contiene como núcleo mínimo:

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. Esto incluye:
  - (a) *Remisión al arbitraje*: Respeto por la remisión al arbitraje. Es decir, que un juez al que se le pide resolver una controversia amparada por un acuerdo arbitral debe remitir a las partes al arbitraje si cualquiera de ellas lo pide. Y que ello debe ocurrir de inmediato y aún cuando una de las partes argumenta ingeniosamente para evitarlo, lo cual la experiencia mostraba que ocurre con frecuencia.
  - (b) *Compétence*: Respeto por la jurisdicción del tribunal arbitral, incluyendo la facultad del árbitro a decidir sobre su propia competencia: *compétence de la compétence*.
  - (c) *No-intervención judicial*: Observancia del principio de no-intervención judicial en los arbitrajes, lo cual implica que las instancias en que existe una participación de un juez en el arbitraje son excepcionales, y son de interpretación estricta. No hay lugar para

---

<sup>8</sup> Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC), marzo 2013.

interpretaciones expansivas o concebir que existen facultades inherentes que permiten hacer más de lo expresamente permitido por la ley.

La anterior idea fue resumida en el siguiente aforismo basado en el término “mecanismos alternativos de solución de controversias” contenido en la primera oración del cuarto párrafo del artículo 17 Constitucional:

*para que el adjetivo “alternativo” tenga contenido necesariamente tiene que concluirse que el derecho constitucional arbitral es como se propone.*

## **2. Alcance de la idea**

Establecido el *fundamento* de la idea del derecho humano arbitral, su *alcance* merece atención. Los derechos tienen un núcleo duro y un área de penumbra.<sup>9</sup> A continuación se comenta el contenido del derecho público subjetivo<sup>10</sup> que se ha llamado “Derecho Humano Arbitral” siguiendo dicha nomenclatura: desmenuzando su núcleo duro (§a) para luego mencionar brevemente sus contornos (§b) y los casos en que han sido mal-entendidos (§c).<sup>11</sup>

### *(a) Núcleo duro*

El núcleo duro propuesto debe incluir por lo menos:

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.

---

<sup>9</sup> Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, 2010.

<sup>10</sup> Es decir, el derecho oponible a una autoridad. Una potestad jurídica oponible al Estado. (H. Nogueira Alcalá, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 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. 131, 139-140.)

<sup>11</sup> El tema de la relación poder judicial-arbitraje se relaciona con esto. No se agota por innecesario. Sin embargo, en caso de desear abordarlo, puede consultarse González de Cossío, *Arbitraje*, Porrúa, México, 5ª ed., 2018, p. 1227 *et seq.*

De estos, abordaré brevemente la remisión al arbitraje y *compétence-compétence*.

(i) Remisión

La remisión al arbitraje es el mecanismo procesal que implementa la voluntad de las partes cuando una de ellas incumple su promesa vertida en un acuerdo arbitral. La comprensión y correcta aplicación de dicho instrumento procesal ha demostrado ser elusiva. La esencia de la confusión ha sido la interrelación entre el artículo 1424 y 1432 del Código de Comercio.

Siendo que el artículo 1424 establece que el juez debe remitir al arbitraje cuando se le presente una demanda cobijada por un acuerdo de arbitraje, pero ello no ocurre cuando el acuerdo arbitral nulo, ineficaz o de ejecución imposible, ¿*quid iuris* cuando la demanda cuestiona la validez del acuerdo arbitral? Expuesto en términos de lógica: ¿hasta dónde llega la regla (remisión) y cuando comienza la excepción (resolución en sede judicial de la validez del acuerdo arbitral)? – y viceversa.

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. Veamos porqué.

La primera oración del artículo 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.”

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 arbitraje. 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>12</sup> sobre la competencia del árbitro, 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 sobreestimada del arbitraje propiciaría que, quien tiene una duda legítima sobre la competencia del árbitro, 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, podrá finalmente acudir al arbitraje—lo que debió ocurrir desde el principio. 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—lo cual detallo en la siguiente sección.

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

---

<sup>12</sup> 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.

la decisión jurisdiccional;<sup>13</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>14</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.

(ii) *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 su 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.<sup>15</sup> La función que cumple. Su *por qué* y su *para qué*.

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 (por ejemplo por que descansa en una norma imperativa contenida en el derecho aplicable que bien puede tener el resultado indicado).

---

<sup>13</sup> Artículo 1432, segundo párrafo, del Código de Comercio.

<sup>14</sup> Esto es consecuencia del primer punto: suposición de validez del acuerdo arbitral.

<sup>15</sup> Esta exposición no agota el tema, lo expone sucintamente para lograr los fines de este ensayo. De querer abundar, véase González de Cossío, *Arbitraje*, Porrúa, México, 5ª ed., 2018, pp. 358-390.

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 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? Por que el juez *final* será el juez estatal competente.<sup>16</sup>

No puede ser al revés -- y por tres motivos. Primero, por que 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 contrasentido 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 Deruins* se aludió como “*La Ironía de Compétence*”:<sup>17</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 aún así está pendiente la solución de la controversia de fondo.) Una táctica dilatoria preciosa por exitosa.

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

---

<sup>16</sup> Al momento de analizar la validez del acuerdo arbitral (artículo 1457(1)(a) del Código de Comercio) o la ejecución del laudo (artículo 1462(1)(a) del Código de Comercio) o inmediatamente después de emitido un laudo parcial sobre jurisdicción (segundo párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio).

<sup>17</sup> Fernández Ballesteros, Miguel Ángel y Arias, David (eds.), *La Ley*, Wolters Kluwer, 2010.

mismo, salvo casos de nulidad ‘*manifesta*’<sup>18</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.

(iii) *Compétence* en la práctica

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

(a) 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

---

<sup>18</sup> O “notoria” siguiendo las palabras del artículo 1465 del Código de Comercio.

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>19</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 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>20</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

---

<sup>19</sup> Tesis: I.40.C.308 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXXIII, febrero de 2011.

<sup>20</sup> Tesis: I.3°. C.503 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época tomo XXII, diciembre de 2005.

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 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>21</sup>

Dado lo anterior, es válido aseverar que en la práctica *compétence-compétence à la mexicaine* es, como regla, correctamente implementada. En la contundente mayoría de los casos el dilema no se presenta. Y cuando se presenta, se encausa y resuelve atinadamente.

(b) Criterio incorrecto

Ante una contradicción entre dos colegiados de circuito la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la contradicción en el siguiente sentido:<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Tesis: I.3º. C.502 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época.

<sup>22</sup> 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.)

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 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>23</sup> Afortunadamente, el criterio ha sido superado por la modificación a derecho arbitral que pone las cosas en orden.<sup>24</sup> Que establece que la remisión al arbitraje debe ocurrir “de inmediato”.<sup>25</sup> Y si se solicita que la remisión no ocurra dado que existe nulidad o ineficacia o imposible ejecución del acuerdo arbitral, al considerar el punto el juez debe “observar un criterio riguroso”.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Para conocerlas, véase *Arbitraje*, Ed. Porrúa, México, D.F., 5ª ed, 2018, pp. 358-388.

<sup>24</sup> Diario Oficial de la Federación, 27 de enero de 2011.

<sup>25</sup> Artículo 1465 del Código de Comercio.

<sup>26</sup> Artículo 1465(b) *in fine* del Código de Comercio.

El criterio erróneo<sup>27</sup> citado fue objeto de un debate intenso en la academia incluyendo la BARRA MEXICANA, COLEGIO DE ABOGADOS, A.C.<sup>28</sup> Afortunadamente, el Poder Legislativo prestó 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:

- 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.

## 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

---

<sup>27</sup> Me refiero a la Contradicción 51/2005 citada *supra*.

<sup>28</sup> Fueron 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 (IMA). El debate es recogido en *Arbitraje*, Ed. Porrúa, 5ª ed., 2018, pp. 358 *et seq.*

ocurrirá cuando interviene en un proceso arbitral en cuestiones diversas a cualquiera de las siguientes circunstancias (que llamaré las “*Únicas Intervenciones Judiciales Permitidas*”):<sup>29</sup> (1) La remisión al arbitraje;<sup>30</sup> (2) La colaboración en la constitución del tribunal arbitral;<sup>31</sup> (3) Medidas precautorias;<sup>32</sup> (4) Juicio de nulidad;<sup>33</sup> y (5) Juicio de ejecución.<sup>34</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>35</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).

---

<sup>29</sup> Estas son explicadas a detalle en González de Cossío, Francisco, *El Arbitraje y la judicatura*, Ed. Porrúa, México, 2007.

<sup>30</sup> Artículos 1424, 1464 y 1465 del Código de Comercio.

<sup>31</sup> Artículos 1427 a 1429 y 1466 del Código de Comercio.

<sup>32</sup> Artículos 1425, 1466, 1470.III, 1470.IV, 1478 a 1480 del Código de Comercio.

<sup>33</sup> Artículos 1457 y 1472 a 1477 del Código de Comercio.

<sup>34</sup> Artículos 1462 y 1471 a 1477 del Código de Comercio.

<sup>35</sup> Artículo 1435 del Código de Comercio.

## D. RECEPCIÓN DE LA IDEA

Fue con algo de temor que emití y diseminé la idea que aquí retomo. El motivo consistía es que era fácil malentenderla, y mal-usarla. De hecho, colegas que respeto intelectualmente (unos que aprecio personalmente) han criticado la iniciativa.<sup>36</sup>

Me es grato reportar que la idea aquí descrita ha merecido apoyo, tanto académico, como 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>37</sup> y ciertas ejecutorias han citado el mismo como una premisa importante de su conclusión (§3). Sobre todo, un respaldo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (§4).

### 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>38</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, considerando que (1) no acarrear consecuencias prácticas y (2) no se ha creado una nueva libertad.

---

<sup>36</sup> Aunque los motivos no han sido claramente expresados, entiendo que involucran la preocupación que, imbuir derecho arbitral de conceptos procesales o constitucionales puede tener por efecto mezclar materias diversas propiciando impurezas analíticas. A su vez, invitar intervención judicial, del género que no debe existir.

<sup>37</sup> 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 arbitral.

<sup>38</sup> VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MINISTRO JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ EN EL AMPARO DIRECTO 71/2014.

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 texto constitucional debe discernir. Dicho derecho tiene un núcleo duro y un área de penumbra.<sup>39</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 es 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 zoclo 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>40</sup> Se trataría de una interpretación vacua. Mejor lectura, propongo, es considerar que, léídos los antecedentes de nuestro Constituyente Permanente, existe una voluntad

---

<sup>39</sup> 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 interesará conocer su opinión.

<sup>40</sup> Por ejemplo, el principio *pro homine*.

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; inclusive otrora paladines del arbitraje. 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 arbitral.<sup>41</sup> Aún otro puede ser defender la jurisdicción de un árbitro recusado y hostigado por la parte que desea derrocar un proceso arbitral.<sup>42</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 con linderos que deben ser discutidos, y judicialmente tejidos,<sup>43</sup> es un paso que acarrearía consecuencias deseables. Buena teoría jurídica.

## 2. Criterios judiciales

Un tribunal colegiado acoge esta idea al emitir el siguiente criterio:<sup>44</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

---

<sup>41</sup> Como ocurrió en un caso que por motivos de confidencialidad no detallo.

<sup>42</sup> 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 esgrimí el Derecho Humano Arbitral en la forma descrita. Me es grato reportar que los cinco juzgadores distintos que conocieron de las recusaciones rechazaron la táctica.

<sup>43</sup> Desarrollo esta idea en *Arbitraje, ob. cit.*, p. 1187 *et seq.*

<sup>44</sup> Tesis: III.2o.C.6 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo 3 Libro XXV, Octubre de 2013. Amparo en revisión 278/2012, 13 de septiembre de 2012. Unanimidad de votos.

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 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)*

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 endurecerse 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.

En otro caso un juzgador utilizó la referencia constitucional del arbitraje como premisa de la conclusión a la que llegó:<sup>45</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

---

<sup>45</sup> Tesis: III.2o.C.5 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo 3, Libro XXV, octubre de 2013. Amparo en revisión 278/2012, 13 de septiembre de 2012. Unanimidad de votos.

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 alterno 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, que abordo en otro lugar.<sup>46</sup> En este contexto lo relevante es destacar la utilización del derecho constitucional arbitral como premisa analítica de la conclusión del criterio citado.

Un criterio reciente utiliza el derecho humano arbitral como premisa de su conclusión:<sup>47</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*

---

<sup>46</sup> González de Cossío, *Definiendo "Arbitraje": Reflexión sobre un criterio reciente*, Revista de Derecho Privado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2017, p. 143.

<sup>47</sup> Tesis: I.3o.C.426 C (10a.), Décima Época, enero 2020.

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. Espaldarazo 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>48</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 han llamado derecho humano arbitral<sup>49</sup>—, pues la parte quejosa no impugna un límite legislativo o normativo de otra fuente que le impida acceder al arbitraje ...

---

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> Ver, por ejemplo, a Francisco González de Cossío, el derecho humano arbitral: el derecho fundamental a contar con procesos arbitrales libres de interferencia judicial.

Sin embargo, la Primera Sala dijo algo interesante:<sup>50</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. Tres cuestiones son dignas de énfasis:

- (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”.

Estos postulados sirven de hilo para tejer una teoría sobre la existencia de un derecho público subjetivo relacionado con los MASC. Propondría que fuera lo siguiente. Un ejercicio válido, sofisticado y constitucionalmente reconocido (e invitado) del derecho fundamental a obtener justicia, consiste en ejercer tal derecho de una manera que se elija el instrumento jurídico más apropiado para lograrla: a través del mecanismo de solución de controversias más apropiado dadas las características del problema específico que se enfrenta. Después de todo, los problemas no son unificéticos. Son disímbolos.<sup>51</sup> Y dependiendo de sus características dependerá la especie de instrumento a utilizar. Siendo las partes las mejor situadas para saber qué necesitan, la decisión que ellas mismas tomen al respecto debe ser respetada.

---

<sup>50</sup> Sentencia Amparo en Revisión 71/2014, ¶276.

<sup>51</sup> Francisco González de Cossío, *Arbitraje*, Porrúa, México, 5ª edición, 2018, pp. 9 a 17.

#### D. REFINACIÓN DE LA IDEA: ¿CONTIENE EL ARTÍCULO 17 UNA GARANTÍA INSTITUCIONAL?

Recientemente el Capítulo Mexicano del Club Español del Arbitraje (CEA) organizó un diálogo sobre este tema. Durante el mismo, intercambiamos impresiones el Ministro en Retiro Dr. José Ramón Cossío.<sup>52</sup> Dicha discusión fue para mi fascinante, y por muchos motivos. Uno fue justamente nuestro tema. Durante el mismo el Dr. Cossío propuso que consideremos la posibilidad que, más que un derecho fundamental, el artículo 17 contenga una garantía institucional. He aceptado su invitación. A continuación exploro esta posibilidad.

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>53</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 derechos fundamentales están vertidos en molde de derecho público subjetivo; y el derecho público subjetivo es el derecho subjetivo exigible de una autoridad.<sup>54</sup> El mecanismo último de garantía reside en el establecimiento de cauces procesales para la defensa del derecho.<sup>55</sup> Probablemente es Carl Schmitt

---

<sup>52</sup> Sesión de 27 de enero de 2020.

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> 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 sin 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).

quien lo expone mejor al explicar que:<sup>56</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 envistió de 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>57</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>58</sup> La saga de casos citada puso la lupa sobre el tema y ha 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

---

<sup>56</sup> Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1934, p. 175.

<sup>57</sup> Artículo 112 de la Constitución de 1999.

<sup>58</sup> Amparo en Revisión 311/2018. Sesión de 3 de octubre de 2018. Unanimidad de 4 votos. Ello se explyea 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. SU ALCANCE”. Tesis 1a. XI/2003, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XVII, Mayo de 2003, p. 239.

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>59</sup> existe derecho procesal civil sobre esta materia.<sup>60</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.
- (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

---

<sup>59</sup> Título IV, Libro V (artículos 1415 a 1480) del Código de Comercio.

<sup>60</sup> 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.

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>61</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>62</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>63</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)

---

<sup>61</sup> 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.

<sup>62</sup> Existen casos en que esto se ha intentado. No los identifico atento al deber de confidencialidad que me vincula.

<sup>63</sup> Sentencia Amparo en Revisión 71/2014, ¶276.

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, las piezas están puestas. Una vez más, el Ministro en Retiro Don José Ramón Cossío Díaz tiene razón. El artículo 17 de la Constitución contiene una garantía institucional.

### **III. CONCLUSIÓN: EXISTE UN DERECHO CONSTITUCIONAL ARBITRAL QUE INCLUYE TANTO UNA GARANTÍA INSTITUCIONAL COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL**

El artículo 17 de la Constitución contempla el derecho 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.

La forma en que el derecho descrito en el párrafo anterior es logrado en nuestro constitucionalismo es doble. Primero, contemplando una garantía institucional. Segundo, confiriendo un derecho fundamental. Se trata de dos cuñas de una misma 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>64</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.

Por lo anterior, postulo y someto a la consideración del mercado de las ideas que:

- (1) La primera oración del cuarto párrafo del artículo 17 de la Constitución contiene tanto (a) una garantía institucional como (b) un derecho constitucionalmente protegido.

---

<sup>64</sup> Sentencia Amparo en Revisión 71/2014, ¶290.

- (2) La garantía institucional blindada la institución jurídica “arbitraje” de las veleidades de los poderes constituidos.
- (3) El derecho constitucional confiere un derecho público subjetivo al gobernado oponible a cualquier autoridad para cerciorar que (i) 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 (ii) violación al derecho fundamental de estricta aplicación del derecho (artículo 16 Constitucional), y (iii) por la violación al derecho constitucional a contar con mecanismos auténticamente alternativos a los procesos judiciales: el Derecho Humano Arbitral.

De lo anterior, fluyen necesariamente las siguientes consecuencias:

- (1) Es procedente el control de constitucionalidad y convencionalidad<sup>65</sup> 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
- (2) 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.

---

<sup>65</sup> La convención que serviría de fundamento para este ejercicio sería la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

## Bibliografía

1. Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC), marzo 2013.
2. Fernández Ballesteros, Miguel Ángel y Arias, David (eds.), *La Ley*, Wolters Kluwer, 2010.
3. González de Cossío, *Arbitraje*, Porrúa, México, 5ª ed., 2018.
4. González de Cossío, *Definiendo "Arbitraje": Reflexión sobre un criterio reciente*, Revista de Derecho Privado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2017.
5. González de Cossío, Francisco, *El Arbitraje y la judicatura*, Ed. Porrúa, México, 2007.
6. G. Maestro, *Los Derechos Públicos Subjetivos En la Historia del Constitucionalismo Español del Siglo XIX*, Revista del Derecho Político, 1996.
7. H. Nogueira Alcalá, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2003.
8. Nicolás Pérez Serrano, *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1976.
9. Schmitt Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1934.
10. Ricardo Antela Garrido, *Constitución y garantías institucionales: contribución para el desarrollo de una línea de investigación*.
11. Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, 2010.