

RENUNCIABILIDAD, DISPONIBILIDAD, ARBITRABILIDAD

Francisco González de Cossío

I.	COYUNTURA	2
A.	PROFESIONAL	2
B.	PERSONAL	2
II.	LA IDEA.....	4
A.	DISPONIBILIDAD ES MÁS QUE RENUNCIABILIDAD.....	4
1.	Método.....	4
2.	Distinguiendo conceptos.....	5
3.	Propuesta.....	7
4.	Corolario.....	8
B.	LA “DISPONIBILIDAD” DEBE SER ANALIZADA EN EL CONTEXTO DE CONSENTIMIENTO Y EL INTERÉS INVOLUCRADO.	9
1.	Consentimiento	9
2.	Interés legal involucrado	10
C.	“DISPONIBILIDAD”, AUNQUE DE UTILIDAD PARA VALORAR, NO DEBE SER CONSIDERADO COMO EQUIVALENTE DE ARBITRABILIDAD. DEBE EXISTIR MÁS	11
III.	¿CUANDO HAY ARBITRABILIDAD?.....	13

Muchas legislaciones arbitrales indican que la arbitrabilidad de la materia depende de que verse sobre un derecho “disponible”.¹ El significado *exacto* de este concepto es una de esas cuestiones que algunos *suponen*, a veces *descuidan*.

En esta nota deseo proponer una noción y teoría sobre el concepto, no sin antes hacer un comentario sobre la coyuntura en que aparece.

* Árbitro, mediador y representante de partes, arbitraje y mediación. GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, S.C. (www.gdca.com.mx) Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx.

¹ Por ejemplo, el artículo 2(1) del derecho arbitral peruano (Decreto Legislativo 1071) establece “Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de *libre disposición* ...”. Otro ejemplo es derecho portugués donde la Corte de Apelación de Lisboa, Caso 3539/08.6TVLSB.L1-7 de 11 de enero de 2011 sostuvo que “*disputes are non-arbitrable only where the parties have no freedom whatsoever to establish or dispose of their rights.*” En México, aunque el derecho arbitral no adopta *ex lege* dicho criterio, existen criterios judiciales que sí lo hacen. (Ver por ejemplo aquél contenido en el registro 162087 cuyo rubro dice “**MATERIA DE ARBITRAJE. LÍMITES INTRÍNSECOS Y EXTRÍNSECOS A LA AUTONOMÍA PRIVADA PARA ESTABLECERLA**”: “La autonomía privada de los particulares y su relación con las *materias de libre disposición* susceptibles de arbitraje...” (énfasis mío).

I. COYUNTURA

Una doble coyuntura propicia mi interés sobre este tema. Una profesional y una personal.

A. PROFESIONAL

Un grupo de trabajo del *International Bar Association* (IBA) del cual soy parte lleva casi cuatro años trabajando en la elucidación de lo que debe entenderse por “orden público” y “arbitrabilidad”.² El reporte de arbitrabilidad fue emitido en octubre 2016.³ En el mismo, se concluye que una cantidad importante de jurisdicciones utilizan el concepto “disponibilidad” como prisma para elucidar la arbitrabilidad de una materia. Al respecto dice:⁴

many jurisdictions exclude subject matters “*on which parties cannot reach a settlement agreement*” or subject matters of which parties “*cannot dispose*”.

[muchas jurisdicciones excluyen las materias “*sobre las que las partes no pueden transigir*” o materias que las partes no pueden “*disponer*”]

El reporte sin embargo no busca dilucidar qué significa ello—como no podía hacerlo. El objetivo del Reporte no era *abondar*, sino *comparar*. Y al respecto explica que:⁵

The difference between “*matters which may be settled*” and “*rights of which the parties may dispose*” appears to be largely a question of semantics.

[la diferencia entre “*materias que pueden ser transigidas*” y “*derechos que las partes pueden disponer*” parece ser una cuestión de semántica]

B. PERSONAL

Hace dos años Don Gonzalo Urribarri me invitó a prologar una obra compuesta por ensayos diversos sobre arbitraje.⁶ Al leerlos para preparar el prólogo me encontré con

² Ambos conceptos contenidos en el artículo V(2) de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 y artículos 1457.II y 1462.II del Código de Comercio.

³ Es visible en http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Recognntn_Enfrcemnt_Arbitl_Awrd/arbitrability16.aspx.

⁴ Id., ¶59.

⁵ Id., ¶54.

⁶ Gonzalo Urribarri, *JUSTICIA ALTERNATIVA: ESTUDIOS DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN*, Ed. Porrúa, Ciudad de México, 2015.

que uno de los capítulos criticaba el tratamiento del tema en mi obra *Arbitraje*.⁷ En palabras de James Graham:⁸

la libre disponibilidad no se confunde, como lo hace un autor, [9] con la facultad o no de renunciar a un derecho; hay derechos irrenunciables que no obstante son disponibles como el derecho moral de un autor^[10] o el derecho a la salud como es el caso del arbitraje médico

Mi primer reacción fue deleite: el que un académico del arbitraje lea con seriedad el producto de mi esfuerzo y lo comente con ánimo de nutrir el mercado de las ideas es —y siempre será—un motivo de gusto.¹¹ Mi segunda reacción fue averiguar: ¿me equivoqué?

Después de investigación me percaté que mi colega *James Graham tiene razón*. Deseo agradecerle el hacerme ver esto y permitirme aclarar un concepto que merecía refinación.

Pero aceptado el punto, ¿qué sigue? ¿Qué significa exactamente la ‘disponibilidad’ de un derecho? ¿Es lo mismo que ‘renunciabilidad’? ¿Que ‘transigibilidad’? En caso positivo, ¿por qué tenemos tantos nombres para un concepto jurídico *idéntico*? En caso negativo, ¿cómo se distinguen? ¿Qué significa entonces la disponibilidad y cómo nutre la arbitrabilidad? ¿En verdad es inarbitrable lo indisponible?

Como puede observarse, James aguijoneó en mí el deseo de esclarecer algo que no es claro. O por lo menos no lo era para mí. Invité a James a discutirlo. Lo hicimos. Y confieso que la discusión, aunque conceptualmente interesante, me dejó dudas pragmáticas. No me permitía aterrizar ejemplos concretos. Me quedé con deseos de encontrar una línea conceptual clara que distinguiera dichos conceptos jurídicos (que todo parece indicar que sí son distintos).

Me avoqué por ende a investigar. Y siendo que ello tomaría tiempo, no detuve la impresión de la cuarta edición de *Arbitraje*,¹² sino que anuncié que el esclarecimiento de mis dudas aguardaría una nueva edición.¹³

⁷ En específico, la tercera edición de ARBITRAJE (Ed. Porrúa, Ciudad de México, 2011).

⁸ James Graham, LA FACTIBILIDAD DE INSTAURAR PROCEDIMIENTOS ARBITRALES EN MATERIA FISCAL, en JUSTICIA ALTERNATIVA, p. 217. El párrafo citado está en la sección 1.1 sobre inarbitrabilidad objetiva.

⁹ González de Cossío, *Arbitraje*, Porrúa, p. 109.

¹⁰ El autor antes mencionado cita el mismo ejemplo confesando que el criterio propuesta (sic) de la irrenunciabilidad no funciona; no funciona porque se confundió con la disponibilidad de derecho.

¹¹ Particularmente por que veía honestidad intelectual y ánimo constructivo.

¹² Al momento de todo este debate, ARBITRAJE (Editorial Porrúa, Ciudad de México, 4ª ed., 2014) estaba en la recta final de revisión para publicación.

¹³ ARBITRAJE, 4ª. Ed., p. 259.

Este ensayo documenta el resultado de mi investigación.

II. LA IDEA

Postulo que:

1. “Disponibilidad” es más que “renunciabilidad”. La “renunciabilidad” de un derecho no significa *ipso iure* su “disponibilidad”.
2. La “disponibilidad” de un derecho debe ser analizada y determinada en base a dos nociones (a) consentimiento y (b) el interés involucrado; y
3. “Disponibilidad”, aunque de utilidad para valorar, no debe ser considerado como “proxy” (equivalente) de arbitrabilidad. Debe existir más.

A continuación sustancio cada aseveración.

A. DISPONIBILIDAD ES DISTINTO A RENUNCIABILIDAD

Antes de discernir, un comentario sobre método es procedente.

1. Método

El resultado de mi investigación fue constatar que la literatura arbitral sobre este tema es escasa. Muchos tratados ni siquiera abordan el tema. Y aquellos que lo hacen tienden a enfocarse en si el derecho en cuestión es de orden público o uno no-arbitrable. Algunos tratados abordan el tema tomando la postura que la cuestión puede esclarecerse analizando si el tema permite ser transigido. Y en dicho caso, será arbitrable. Ejemplifica la anterior aseveración el siguiente criterio del Poder Judicial mexicano:

ARBITRAJE INTERMEDIO. SU CONCEPCIÓN JURÍDICA. Considerando que el arbitraje voluntario o contractual se determina por la libre voluntad de las partes mediante la cual fijan al árbitro o árbitros, reglas procesales y/o el derecho sustantivo, y que el arbitraje forzoso o necesario es aquel donde la resolución de los conflictos se regula por normas estatales, resulta inconcuso que el arbitraje intermedio es el que tiene características de ambos. En efecto, por voluntad y regulación aplicable puede haber arbitraje intermedio, si se pacta el procedimiento remitiendo a leyes existentes o se fija el derecho sustantivo, ya sea que esto se acuerde respecto de alguno de tales aspectos o de los tres (árbitro, proceso y derecho sustantivo), pero considerándolo como una institución práctica que pretende descongestionar la intensa labor de los tribunales mediante un mecanismo alternativo que no es aplicable a todas las materias, sino solamente a las que se identifican con *derechos libremente transigibles*.¹⁴

¹⁴ Registro: 166505, Tesis: 1a. CLXIX/2009, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, Septiembre de 2009, p. 432.

(énfasis añadido)

Ante lo anterior, he buscado guía en otras fuentes. He encontrado que la literatura laboral, penal y de áreas reguladas es de utilidad. Y después de reflexión, ello me hace sentido: es entendido el contenido de un área regulada que uno puede determinar el contenido y alcance de los derechos en cuestión, lo cual incide en nuestro tema.

Dicho de otra manera, observar qué dicen otras áreas tiene sentido pues la arbitrabilidad de la materia puede ser valorada atendiendo sus contornos *sustantivos*. Y ello se puede encontrar en la *lex causae*.

2. Distinguiendo conceptos

Para discernir lo que significa ‘disponibilidad’ de un derecho deseo comenzar por deslindarlo de conceptos vecinos, máxime que la doctrina arbitral suele hacer uso indistinto de los mismos. Comencemos con un análisis gramatical. La Real Academia Española propone la siguiente acepción de la voz “disponer”:

1. **tr.** Colocar, poner algo en orden y situación conveniente.
2. **tr.** Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse.
3. **tr.** **preparar** (|| prevenir).
4. **intr.** Valerse de alguien o de algo, tenerlo o utilizarlo como propio.
5. **intr.** **Der.** Ejercitar en algo facultades de dominio, enajenarlo o gravarlo, en vez de atenerse a la posesión y disfrute. Testar acerca de ello.

Para la voz “renunciar” la Real Academia Española propone, *inter alia*, las siguientes acepciones: “apartarse de algo que se tiene o se puede tener”. “Privarse o prescindir de algo o de alguien”. Y respecto de “transigir”, la Real Academia Española la define como:

1. **intr.** Consentir en parte con lo que no se cree justo, razonable o verdadero, a fin de acabar con una diferencia.
2. **tr.** Ajustar algún punto dudoso o litigioso, conviniendo las partes voluntariamente en algún medio que componga y parta la diferencia de la disputa.

La disponibilidad e indisponibilidad de las normas puede ser de utilidad para discernir el significado de la disponibilidad e indisponibilidad de un derecho. García Maynez explica que son *dispositivas* las normas que pueden dejar de aplicarse, por voluntad expresa de las partes, a una situación jurídica concreta.¹⁵ Del Vecchio explica las normas las dispositivas (*ius dispositivum*) como aquellas que sólo valen cuando no existe una voluntad diversa de las partes, manifestada legalmente.¹⁶

¹⁵ Eduardo García Maynez, *INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO*, Porrúa, 42ª ed., México, 1991, p. 94.

¹⁶ *FILOSOFÍA DEL DERECHO*, 2ª ed. p. 437.

Respecto de la disponibilidad o indisponibilidad de derechos, Medardo Nizama Valladolid,¹⁷ haciendo notar que no hay acuerdo respecto de alcance,¹⁸ explica que:

...disponer entraña la idea de “obrar libremente de alguno en el destino o enajenación de sus bienes por donación, venta, renuncia, etc. Normalmente, hacer lo que se quiere con una cosa.¹⁹ ...

se contraponen a los negocios jurídicos por medio de los cuales las partes constituyen entre ellas una relación obligatoria.²⁰

Para identificar, ofrece los siguientes lineamientos:²¹

- Derechos de carácter patrimonial. Que poseen un valor económico y satisfacen una necesidad humana. Pueden ser extrapatrimoniales.
- Derechos de fácil disposición. Se encuentran en el comercio de los hombres.
- Son alienables, cedibles, transferibles inter vivos o *mortis causa*.
- Son objeto de regulación dado su valor económico.
- Son pignorables y usucapibles.
- Materia de renuncia o concesión unilaterales o bilaterales.
- Pueden ser materia de conciliación.
- Negociabilidad: son susceptibles de objeto de tráfico negocial.
- Libre voluntad: facultad para crear, regular, modifica o extinguir derechos
- Limites: normas imperativas.
- Son susceptibles de embargo, enajenación o subrogación. Trasmisibles por herencia. Susceptibles de caducidad y prescripción.

Y sobre el opuesto, los derechos indisponibles, expone que son aquellos inalienables (ni transferibles ni cedibles) inter vivos, intrasmisibles *mortis causa*, irrenunciables, no pignorables y no usucapibles.²² En dichos casos, el derecho excluye la autonomía de la voluntad como poder ordenador.

Define los derechos “disponibles” como el conjunto de derechos actualmente existentes de una persona, que pueden ser transformados, modificados o extinguidos por la libre voluntad de sus titulares, con sujeción a la ley.²³ Enfatiza que el ejercicio de los derechos disponibles no debe ser contrario a las leyes que interesan al orden público

¹⁷ En su ensayo REFLEXIONES EN TORNO A LOS DERECHOS DISPONIBLES Y LA CONCILIACIÓN.

¹⁸ Id., p. 70.

¹⁹ Id. p. 67.

²⁰ Idem.

²¹ Id. p. 70.

²² Id. p. 72

²³ Id. p. 75.

o las buenas costumbres. Aquellos que, no siendo necesariamente patrimoniales, pueden ser objeto de regulación por las partes. Pueden ser objeto de renuncia o concesiones unilaterales o bilaterales sobre la diversidad de derechos renunciables o disponibles.

López Terrada explica que el principio de indisponibilidad de derechos es un mecanismo que busca asegurar la efectividad de las disposiciones laborales a través de la limitación de los poderes del empresario en la relación de trabajo.²⁴ Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer indica que la “indisponibilidad” de derechos que implica que esos derechos no se evaden o disuelven válidamente por actos dispositivos o de renuncia sino que forman parte necesariamente del contrato e “ingresan” en el patrimonio de derechos propios del destinatario.²⁵ Es el instrumento previsto para garantizar la inderogabilidad de las normas y la indisponibilidad de los derechos.²⁶ Lo que no se puede transigir no se puede conciliar, pero, a *contrario sensu*, lo que se puede conciliar se puede transigir.²⁷

3. Propuesta

Considerado lo anterior, deseo hacer un par de propuestas. La primera es que refinemos la distinción entre renunciabilidad y disponibilidad. El estado actual de la materia es borroso. Para algunos, se trata de sinónimos. Para otros, son distintos. Y para aún otros, la distinción es parcial y casuista. Inclusive, algunos aducen, se trata de una distinción de género y especie: mientras que la renuncia es un acto unilateral, la disposición es bilateral.

Someto a la consideración del lector que, de *lege ferenda*, debemos distinguir entre ambos conceptos. La ‘renunciabilidad’ es la posibilidad de extirpar del patrimonio un derecho. El que sea producto de un acto unilateral o bilateral es irrelevante. Es una distinción que no hace diferencia. En cambio, la ‘disponibilidad’ es mejor entendida como la habilitación que el derecho brinda a la autonomía de la voluntad para modificar un derecho, sin necesariamente renunciarlo. Dicho en términos de la teoría del acto jurídico, se puede ‘negociar’ con el derecho disponible (en el sentido de la teoría alemana). Puede ‘recalibrarse’ o nutrirse su régimen, en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Ello contrasta con simplemente pactar en contra.

²⁴ Elsa López Terrada, LA INDISPONIBILIDAD DE LOS DERECHOS LABORALES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL, *Il diritto dei lavori*, Anno VIII, no. 3, noviembre 2014, p. 26. F. PRADOS DE REYES, Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores, *Revista de Política Social*, n. 127, 1980, p. 55; M.I. RAMOS QUINTANA, La garantía de los derechos de los trabajadores, p. 44.

²⁵ Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, INDISPONIBILIDAD DE LOS DERECHOS Y CONCILIACIÓN EN LAS RELACIONES LABORALES, *Temas Laborales* no. 70/2003, p. 28.

²⁶ Id. p. 29.

²⁷ Id. p. 31.

Considerado lo anterior, propongo las siguientes definiciones:

- *Transigibilidad*: La *transigibilidad* es la posibilidad de consentir el ejercicio parcial y la pérdida parcial de un derecho sujeto a controversia, con miras a resolver o prevenir un problema. De allí que el artículo 2944 del Código Civil Federal conciba el contrato de transacción como aquel por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura.
- *Renunciabilidad*: la *renunciabilidad* es la posibilidad de deshacerse de un derecho. De prescindir de él. De extirparlo de nuestra esfera jurídica.
- La *disponibilidad* es la posibilidad de ampliar o reducir el contenido de un derecho. En ocasiones, incluye la posibilidad de renunciar al mismo; mas no siempre y no necesariamente. Sirve de ejemplo el siguiente criterio:²⁸

DAÑOS POR NEGLIGENCIA. SI SE OCASIONAN, NO PUEDEN TENERSE POR ACEPTADOS CON BASE EN UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. A través del *consentimiento*, en un sentido genérico, es posible autorizar o consentir situaciones en las que el ordenamiento jurídico deja los bienes o derechos lesionados a la *libre disponibilidad* del titular. Sin embargo, el consentimiento no puede prestarse para la intromisión o lesión de derechos que hayan quedado fuera de la disponibilidad del sujeto. *Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.* Así, aun si el cliente acepta los riesgos inherentes a la prestación del servicio, pero se determina que el hecho dañoso ocurrió por la negligencia o descuido del prestador del servicio, se actualiza una responsabilidad de carácter extracontractual, ya que dichos daños no pueden ser aceptados mediante un contrato de prestación de servicios entre el prestador del servicio y el cliente, al tratarse de bienes jurídicos indisponibles, como la salud, integridad física y la vida.

(énfasis añadido)

Los conceptos citados son útiles para aquilatar la ductibilidad del derecho en cuestión. El alcance que la *lex specialis* confiere a la autonomía de la voluntad.

4. Corolario

La *disponibilidad* de un derecho significa que su contenido es dúctil. En ejercicio de la libertad contractual, ya sea mediante actos unilaterales o bilaterales, las partes pueden:

- Regularlo
- Comerciarlo

²⁸ Registro: 2006738, Décima Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, Materia Civil, Tesis: 1a. CCXXXVI/2014 (10a.), p. 450.

- Recalibrarlo: expandir o limitar su alcance

B. LA “DISPONIBILIDAD” DEBE SER ANALIZADA EN EL CONTEXTO DE CONSENTIMIENTO Y EL INTERÉS INVOLUCRADO.

El que una materia sea ‘disponible’, debe ser analizado en base a dos variables: (1) el alcance que el derecho aplicable le da al consentimiento; y (2) el interés legal involucrado.

1. Consentimiento

Aún en un Estado liberal, la libertad contractual no es omnímoda. Aunque de amplio alcance en algunas áreas, es limitado en otras.

El consentimiento juega un papel distinto dependiendo de la materia en cuestión. Mientras que es bienvenido en áreas como el derecho contractual y mercantil, es restringido en áreas reguladas—e irrelevante en otras.²⁹ Y dentro de dichos extremos, existen muchas áreas que ostentan grados distintos de aceptación del consentimiento. El principio encuentra fundamento en los principios generales de derecho,³⁰ lo cual ha recibido eco judicial.³¹ Como lo expone Donna:³²

...el consentimiento sólo será eficaz en los casos en que el bien pertenezca al sujeto, que sea dado libremente, y que los bienes jurídicos sean individuales...

En forma relacionada, Graciela Ángulo explica que:

²⁹ Por ejemplo, en materia laboral diversos derechos de trabajadores no pueden ser renunciados por disposición legal expresa, con frecuencia refrendada judicialmente. Existen criterios que hacen eco del punto genéricamente (por ejemplo, “**LEY FEDERAL DEL TRABAJO. SUS DISPOSICIONES SON DE ORDEN PUBLICO E IRRENUNCIABLES LOS DERECHOS AHI CONSIGNADOS**”, registro 247002) y derechos específicos, por ejemplo, el criterio vertido en la tesis con registro 245707 (Rubro “**ANTIGÜEDAD, DERECHOS IRRENUNCIABLES DERIVADOS DE LA**”) enfatiza la irrenunciabilidad de la antigüedad del trabajador, haciendo eco del derecho laboral (constitucional y en la Ley Federal de Trabajo).

³⁰ Artículo 6° del Código Civil Federal.

³¹ Por ejemplo, ver la tesis contenida en el Registro 340932 (Quinta Época, Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXX, Materia Común, p. 590) que dice: “**LEYES DE ORDEN PUBLICO.** La naturaleza misma de la Ley de Orden Público hace prevalecer su aplicación a las de interés particular, por lo que las renunciaciones que de ellas se hicieren se tendrán como nulas y no opuestas. Las disposiciones de orden público son irrenunciables, precisamente por el interés de la sociedad en su observancia y aplicación.”

³² Edgardo Donna, TEORÍA DEL DELITO Y DE LA PENA, t. 2: Imputación delictiva, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 176.

Dentro de los bienes jurídicos individuales, no son disponibles por su titular aquellos que denomina “irrenunciables”, respecto de los cuales el consentimiento es irrelevante.³³

... El consentimiento no tiene eficacia para aquellos tipos penales que protegen bienes jurídicos de la comunidad, aunque el inmediato afectado sea una persona individual³⁴

2. Interés legal involucrado

El bien jurídico tutelado debe ser analizado con miras a determinar el interés legal en juego. Y sobre ello, vale la pena recordar las siguientes categorías:

- a) *Interés Individual*: cuando el bien jurídico está exclusivamente dentro del dominio de un individuo. Sólo lo beneficia a él. Sólo le afecta a él, en caso de ser renunciado. Ejemplifica lo anterior el siguiente criterio:³⁵

NORMAS JURÍDICAS. SI LA LEY NO DETERMINA EXPRESAMENTE QUE SEAN DE ORDEN PÚBLICO E IRRENUNCIABLES, CORRESPONDE AL JUZGADOR RESOLVER SOBRE EL PARTICULAR DE ACUERDO AL ANÁLISIS DE CIERTAS PREMISAS. ... En defecto de una disposición expresa que establezca que una norma es de orden público e irrenunciable, la determinación de si tiene ese carácter queda librada al criterio judicial y para llegar a ello, el Juez debe tener en cuenta dos elementos de juicio: el primero, la intervención del Estado, que sólo es de carácter subsidiario en la composición de los conflictos privados, caso en el que las normas están dirigidas a proteger un interés privado, por lo que ante la duda debe considerarse que no afectan al orden público, debido a que es de suponer que si así fuese, el legislador lo habría previsto; y el segundo ... distinguir las normas de orden público de las que solamente afectan los *intereses privados* de los particulares.

(énfasis añadido)

- b) *Interés colectivo*: cuando el bien jurídico le pertenece no sólo a un individuo, sino a una colectividad, ya sea un grupo de personas (v.gr., un acuerdo colectivo) o la sociedad en general (v.gr., en materia penal, ambiental, delitos contra la salud o la traición a la patria, competencia económica³⁶).
- c) *Interés personal*: cuando el bien jurídico no sólo está exclusivamente dentro del dominio de un individuo, sino que versa sobre una cuestión íntima, como lo son

³³ Graciela Ángulo, EL CONSENTIMIENTO DE BIENES INDISPONIBLES, Revista Larinoamericana de Derecho, año IV, núm. 7-8, enero-diciembre de 2007, p. 66.

³⁴ Id. p. 68.

³⁵ Registro 183781, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVIII, Julio de 2003, Materia Común, Tesis: I.3o.C.64 K, p. 1158.

³⁶ Para entender por qué véase COMPETENCIA, Porrúa, Ciudad de México, 2016.

la vida, el honor, el nombre. La doctrina alude a esto como “derechos personalísimos”. Ejemplifica lo anterior los siguientes dos criterios:

NOMBRE, CAMBIO DE. Aun cuando no hay precepto expreso que prohíba el cambio de nombre de una persona, esa prohibición deriva de la institución u organización del Registro Civil, y además de la doctrina, pues el nombre es uno de los *derechos de la personalidad humana*, que como los de su clase, son irrenunciables e *indisponibles*, porque aunque son derechos subjetivos, al mismo tiempo son funciones de orden público. Por tanto, es inadmisibile el cambio de nombre, especialmente para la celebración de actos que engendran relaciones de derecho.³⁷

(énfasis añadido)

DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN. CONSTITUYEN DERECHOS HUMANOS QUE SE PROTEGEN A TRAVÉS DEL ACTUAL MARCO CONSTITUCIONAL.

Si conforme a las características que conforman a los derechos humanos, éstos no recaen sobre cosas materiales, sino que otorgan acción para lograr que el Estado respete los derechos garantizados, y se consideran esenciales e inherentes al ser humano y derivados de su propia naturaleza, resulta lógico que los *atributos de la personalidad* se enlacen directamente con tales derechos, pues los mencionados atributos tienen una coincidencia con las libertades protegidas por los derechos del hombre como son los concernientes al honor, a la intimidad y a la propia imagen que constituyen *derechos* subjetivos del ser humano, en tanto que son *inseparables de su titular*, quien nace con ellos, y el Estado debe reconocerlos. Como no recaen sobre bienes materiales, sino sobre la personalidad de los individuos, son generales porque corresponden a todos los seres humanos, y *no pueden considerarse renunciables, transmisibles* o prescriptibles, porque son inherentes a la persona misma, es decir, son intrínsecos al sujeto quien no puede vivir sin ellos. ...³⁸

(énfasis añadido)

- C. “DISPONIBILIDAD”, AUNQUE DE UTILIDAD PARA VALORAR, NO DEBE SER CONSIDERADO COMO EQUIVALENTE DE “ARBITRABILIDAD”. DEBE EXISTIR MÁS.

“Disponibilidad” no necesariamente significa “arbitrabilidad”. Y viceversa.

Algunos (varios) toman la postura que, si un derecho no puede ser renunciado, no puede ser arbitrado. Sin embargo, se trata de conceptos distintos. Heurísticos inexactos. Son *heurísticos* en que facilitan análisis, pero no pueden—no deben—necesariamente obligar la conclusión.

³⁷ Registro 342710, Quinta Época, Sala Auxiliar, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Tomo CIX, Materia Civil, p. 2142.

³⁸ Registro 2003844, Tesis: I.5o.C.4 K (10a.). Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXI, Junio de 2013, Tomo 2, p. 1258.

La posibilidad de renunciar o transigir algo puede *apuntar* hacia inarbitrabilidad puesto que puede significar que el derecho aplicable considera que el derecho en cuestión puede ser de tal pedigrí que la disminución de la libertad contractual (la autonomía de la voluntad) es apropiado. Pero concluir de esto que la arbitrabilidad es inexistente sería un *non-sequitur*. Existen derechos que no son renunciables pero sí arbitrables. Los siguientes ejemplos permiten ilustrar el punto:

- Los accionistas de sociedades anónimas solían no poder renunciar a su derecho de voto.³⁹
- Los autores no pueden renunciar a sus derechos morales.^{40,41}
- Los herederos no pueden repudiar una sucesión previo al fallecimiento del testador.⁴²

Sin embargo, el que el alcance de la autonomía de la voluntad diste de ser total no necesariamente justifica concluir que estos temas no pueden ser arbitrados. *La irrenunciabilidad es en sí insuficiente para concluir in-arbitrabilidad*. Siguiendo los ejemplos citados, la (anterior) no-renunciabilidad del derecho de voto de las acciones no justifica concluir que la materia no es arbitrable. Citar la no-renunciabilidad de los derechos morales como fundamento de la aseveración de la no-arbitrabilidad de disputas que versen sobre derechos morales sería defender una inferencia injustificada; estirada— además de contrariada por la praxis. La no renunciabilidad (repudio) de la sucesión no significa la inarbitrabilidad de la materia.⁴³

³⁹ Anterior artículo 198 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que solía decir: “*Es nulo todo convenio que restrinja la libertad del voto de los accionistas*”.

⁴⁰ Artículo 19 de la Ley Federal del Derecho de Autor, que dice “El derecho moral se considera unido al autor y es inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable”.

⁴¹ Ver el criterio contenido en la tesis con registro 246769 (rubro “**DERECHOS DE AUTOR, EL DERECHO DE DIVULGACION QUE TIENE EL AUTOR DE UNA OBRA INTELECTUAL O ARTISTICA SE ENCUENTRA PROTEGIDO EN LA LEY FEDERAL DE.**”) llega a aseverar que el derecho moral “protege el vínculo entre la obra y su creador”; “se consideran unidos a la persona de su creador (se coincide con la doctrina que considera a los derechos de autor como un atributo de la persona y por eso los incluye dentro de los derechos de la personalidad) y son perpetuos, inalienables, imprescriptibles e irrenunciables”. Llega al extremo de decir que es un “derecho personalísimo que tiene el autor a decidir la divulgación de su obra”.

⁴² Artículos 1666 y 1667 del Código Civil Federal. Se trata de una norma protectora del heredero (que no renuncie a algo que no conoce). Ver también artículo 1671 del Código Civil Federal.

⁴³ Misma que la ley contempla expresamente (artículo 1720 del Código Civil Federal).

III. ¿CUANDO HAY ARBITRABILIDAD?

Dicho todo lo anterior, ¿cuándo es una materia no arbitrable? - Cuando el derecho no permita que la misma sea resuelta en arbitraje. Y ello ocurre de dos maneras: (i) por disposición expresa,⁴⁴ o (ii) por que existe jurisdicción exclusiva.

Propongo que refinemos este tema y nos deshagamos de los criterios que establecen lo contrario.⁴⁵ La determinación de arbitrabilidad no reposa en la *disponibilidad*, sino en observar que el derecho aplicable ha investido a un órgano o poder judicial determinado con jurisdicción exclusiva. Punto.

⁴⁴ Por ejemplo, artículo 615 615 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

⁴⁵ Como sucede con el criterio contenido en la tesis con registro 162087 cuyo rubro dice “**MATERIA DE ARBITRAJE. LÍMITES INTRÍNSECOS Y EXTRÍNSECOS A LA AUTONOMÍA PRIVADA PARA ESTABLECERLA**” que razona “La autonomía privada de los particulares y su relación con las *materias de libre disposición* susceptibles de arbitraje se encuentra supeditada a ciertos límites intrínsecos y extrínsecos ...” (énfasis añadido). Es de admitirse sin embargo, que el resto de la tesis es consistente con la teoría dibujada en esta nota, pues continúa diciendo: “Los intrínsecos se refieren al reconocimiento de que la autonomía privada en la medida del interés que pretende ejercerse o realizarse a través de las normas que los particulares fijan para obtener un objetivo concreto se limita para hacerla compatible con las demás. Los límites extrínsecos provienen del exterior, actúan fuera de la voluntad del individuo y se plasman, por regla general, en una norma jurídica, como las que se refieren a la moralidad, como las buenas costumbres y el orden público, por ejemplo, y las atinentes a la legalidad, como son las normas imperativas y prohibitivas. ...”.