

EL CONTROL DIFUSO POR TRIBUNALES ARBITRALES

Leonel Pérez Nieto Castro¹

1. Introducción

El título del presente trabajo contiene una serie de cuestiones interesantes que vale la pena comentar. Me referiré a las cuatro que considero más importantes: el concepto del control difuso (2); enseguida, veremos cómo se aplica actualmente ese control por los tribunales mexicanos (3) y cómo la experiencia internacional lo ha tratado (4) para poder llegar a la conclusión de que existe un control difuso por los tribunales arbitrales (5).

2. Comencemos con el concepto del control difuso

En el *Judicial Review* estadounidense se encuentra el origen moderno de este concepto y más específicamente, en el famoso caso *Marbury vs Madison* de 1803 en el cual el ministro John Marshall se pronunció en el sentido de que el poder judicial debía asumir funciones de control de los otros dos poderes (Check and Balance) y específicamente, todos los tribunales deben velar por la defensa de la Constitución en los casos concretos que les sean sometidos pues esa es “La verdadera esencia del deber judicial” y en esta tarea deben estar comprometidos todos los jueces y no sólo un tribunal.² De ahí que el concepto del control difuso consista en la facultad constitucional concedida a los órganos revestidos de potestad jurisdiccional para revisar la constitucionalidad de las normas del

¹ Profesor de carrera de la UNAM, Investigador Nacional Nivel III y Consejero del despacho Jáuregui y del Valle. S.C. (Ciudad de México).

² Vanberg, Georg, “Constitutional Review in Comparative Perspective”, *The politics of constitutional review in Germany*, Cambridge University Press, 2005.

sistema, haciendo prevalecer siempre a la Constitución sobre cualquiera otra ley.³ Hoy en día, la *Judicial Review* también se usa para verificar la compatibilidad de las leyes con los tratados internacionales vigentes, lo que conocemos por control de la convencionalidad y que también mencionaremos.

3. El control difuso por los tribunales mexicanos

En el caso de México, el control de constitucionalidad fue una potestad que se reservó la Suprema Corte de Justicia de la Nación hasta 2011 como lo veremos más adelante, esta facultad está vinculada directamente con el artículo 133 constitucional, última parte, que como recordaremos, establece: “Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes (emanadas del Congreso) y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que puedan haber en las constituciones o leyes de los estados”.

Este concepto, desde luego es objeto de estudio por parte del derecho constitucional, pero también lo es para quienes nos dedicamos al derecho internacional privado. Se trata de un tema de gran importancia para saber en qué medida son aplicables las normas derivadas de los tratados por los tribunales internos.

Hoy en día, se ha replanteado el control difuso a partir de la reforma constitucional del artículo 1o. en materia de derechos humanos⁴ y específicamente, a partir de la tesis de la SCJN que estableció:

Debe estimarse que han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales P./J. 73/99 y P./J. 74/99, de rubros: El “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN”. Y “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.

Dicho en otras palabras, en este tema, la SCJN renunció al monopolio que se había atribuido, así como el atribuido a los demás tribunales federales, para ejercer el control de la constitucionalidad, y por tanto, abrió al sistema jurídico mexicano para que el control difuso se pueda dar por todo al órgano jurisdiccional. Este criterio fue

³ Para mayor información sobre este tema, consultar: Mancilla, R. G., “Congruencia constitucional y control inconstitucional”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 22, enero-junio, 2010, pp. 158 y ss.

⁴ *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011.

confirmado de forma más explícita por la siguiente tesis de la misma Suprema Corte, también de 2011:

Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma del sistema. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.⁵

Concurren dos factores: uno, la mayor protección de los derechos humanos y segundo, un esfuerzo de la doctrina por dotar al sistema jurídico de una mayor coherencia. En el primer caso, la propuesta moderna nos dice, la defensa de los derechos humanos debe ser total. De ésta manera, desde que un caso se plantea en primera instancia, sobre todo a partir de las excepciones, debe haber un control difuso para defender a la persona plenamente en sus derechos fundamentales. En el segundo caso, el de la doctrina, está el tema de que en un país en donde con frecuencia, se dictan leyes inconstitucionales, se debilita el Estado de derecho, en la medida que se pierde coherencia interna en el sistema jurídico.

El control difuso se aplicaba en México por la Suprema Corte de Justicia, los tribunales unitarios y colegiados de circuito, y a partir de la reforma constitucional antes citada (Al artículo 1o. constitucional) se ejerce por todos los demás tribunales, especialmente, en materia de excepciones. Esto significa el inicio de una apertura dentro del sistema jurídico mexicano y evita que la persona deba esperar hasta que se pronuncie la última instancia y que esa persona tenga los recursos económicos suficientes para llegar a esa

⁵ 9a. Época; Pleno; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; X, agosto de 1999; p. 5.

instancia, por lo cual será necesario que desde un inicio exista un control constitucional. Lo mismo si se trata de autoridades administrativas.⁶

Por otro lado, la postura sustentada por la SCJN, en materia de control de la convencionalidad ha sido una consecuencia de las decisiones que en la materia ha dictado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que veremos enseguida.

En efecto, el control de la convencionalidad vino directamente de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos,⁷ que la propia Corte definió en los siguientes términos:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado Internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin.

En otras palabras, los órganos del Poder Judicial

Control de convencionalidad ejercido por Tribunales y Salas Constitucionales deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.⁸

⁶ Cienfuegos Sordo, Jaime Fernando, "La primacía en la aplicación de la jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de leyes por autoridades administrativas en México", *Revista mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 30, enero-junio, 2014, pp. 224 y ss.

⁷ García Ramírez, S., "El control judicial interno de convencionalidad", *Jus*, vol. 5, núm. 28, Puebla, 2011, pp. 17 y ss.

⁸ Caso "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú" del 24 de noviembre de 2006, Citado por Yniesta, Ernesto, "Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales", *El control difuso de convencionalidad*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), Funda, 2010, pp. 2 y ss.

Este mandato de la Corte Interamericana, fue retomado en el 2011 por la SCJN en los siguientes términos:

El control de convencionalidad, en su modalidad de difuso, si bien es cierto que se ejerce por todas las autoridades públicas, tratándose de violación a los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal y en los convenios internacionales suscritos por el Estado Mexicano, también lo es que se circunscribe al deber de analizar la compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que deben aplicarse a un caso concreto y los derechos humanos que establece la Carta Magna y los tratados internacionales, así como orientados por la jurisprudencia que sobre el tema sustente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debido a la fuerza vinculatoria de la normativa convencional.⁹

Como puede apreciarse, en ésta tesis hay tres cuestiones: que el control difuso debe ejercerse por todas las autoridades. Segunda, el mandato que reciben los tribunales es ejercer ex officio el control de la convencionalidad y tercera, la fuerza vinculatoria de la normatividad internacional.

En torno a la primera cuestión, la del control difuso, si revisamos el texto de la sentencia interamericana, resulta evidente que se está refiriendo a todas las autoridades incluyendo la administrativa. El objetivo es claro: cualquiera autoridad que deba aplicar una ley que pueda resultar contraria a la Constitución o a un tratado o convención ratificados por México, debe dejar de aplicarla porque su aplicación afectaría la coherencia del sistema jurídico mexicano. Con respecto a la segunda cuestión, la revisión ex officio del Control de la Convencionalidad, tanto la Constitución como ley suprema, junto con los tratados, son la normatividad de mayor jerarquía y de aplicación nacional; sin embargo, en materia de Derechos Humanos los tratados podrán estar por encima de la Constitución, lo que se señala en la resolución que se comenta como “La fuerza vinculatoria de la norma internacional”.

Dicho lo anterior, pasemos ahora a revisar lo que sucede con los tribunales arbitrales en cuanto al control difuso.

4. El Control Difuso por tribunales arbitrales

⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, libro IV, enero de 2012, t. 5, p. 4319.

Con objeto de analizar la participación de los tribunales arbitrales en la aplicación de la ley nacional, conviene analizar la naturaleza de los tribunales arbitrales; la forma en que un tribunal arbitral aplica la ley nacional y los efectos de la aplicación de la ley por el tribunal arbitral.

*A. La naturaleza de los tribunales
arbitrales*

Me refiero concretamente a los tribunales arbitrales comerciales internacionales.

El tribunal arbitral internacional se forma por la voluntad de las partes, lo que Walter Biaggi llama la capacidad de las personas para transformar al mundo a través de la autonomía de la voluntad.¹⁰ Esa capacidad personal que en México durante muchos años no fue tomada en cuenta y que ahora con la mundialización de la historia vuelve a surgir para transformar al mundo jurídico.

La Constitución y funcionamiento de un tribunal arbitral internacional se puede llevar a cabo, como es lo normal, a través de una institución administradora de arbitrajes y conforme a sus propias reglas, como lo son la ICDR¹¹ o la CCI¹² y en México, el CAM¹³ o CANACO.¹⁴ Desde la formación del tribunal arbitral, se entiende que su naturaleza es internacional y en su actuación sólo estará regida por el reglamento de procedimientos de la institución administradora escogida; por la ley aplicable designada por las partes y a falta de ésta por la ley escogida por el propio tribunal y por la ley del lugar sede del arbitraje, pero su actuación es absolutamente autónoma dentro de esos parámetros;¹⁵ sin embargo, su naturaleza internacional se preserva y es precisamente en este nivel donde debe analizarse su actuación para los efectos que nos interesan. Por lo poco

¹⁰ *Rivista di Diritto Civile*, CEDAM, vol. 43, núm. 5, 1997, Padua, pp. 774 y ss.

¹¹ International Centre for Disputes Resolutions.

¹² Tribunal de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional.

¹³ Centro de Arbitraje de México.

¹⁴ Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio de la Ciudad de México.

¹⁵ Pereznieta Castro, L y Graham, J., *Tratado de Arbitraje Comercial Mexicano*, Limusa, 2a. ed., 2013, pp. 247 y ss.

acostumbrados que estamos en México a contemplar actuaciones internacionales de este tipo, suelen parecernos extrañas o meta jurídicas. Sin embargo, cientos de tribunales arbitrales a lo largo de todo el mundo, todos los días, actúan de esta manera y en especial, aplican las leyes nacionales designadas aplicables por las partes. Veamos cómo se lleva a cabo dicha aplicación.

*B. La forma cómo un tribunal arbitral
aplica la ley*

Debemos decir que dentro de su amplia autonomía, el tribunal arbitral aplica la ley nacional en su conjunto, es decir, no sólo la ley, sino cómo ésta ha sido interpretada por los tribunales y cómo ha sido considerada por la doctrina; sin embargo, existe la posibilidad de que el tribunal arbitral deba resolver una situación de control con respecto a la jerarquía de normas del derecho que ha resultado aplicable.

En este punto ya estamos dentro del concepto del control difuso; es decir, los tribunales arbitrales internacionales sí ejercen el control difuso de la ley nacional que ha resultado aplicable y no solo hacen este ejercicio, controlan además, otras cuestiones, tales como las disposiciones de orden público o bien, deben estar atentos a aplicar en todo momento principios internacionales como el debido proceso, la buena fe, la transparencia, etcétera. El control que ejercen los tribunales arbitrales, es más amplio que el que ya definimos anteriormente a nivel nacional, por lo que denomino a este control "control difuso internacional".

Jan Paulson, opina, desde una perspectiva formalista que una norma no es viable que sólo cuando deriva de una norma superior dentro del sistema jurídico. Sin embargo, el control de constitucionalidad no se puede dar siempre en todos los tribunales, como sería el caso de los tribunales franceses que no tienen facultades para ejercer ese control que en todo caso puede llegar a ser a posteriori ante el Tribunal Constitucional Francés, por lo que dicho control queda al arbitrio del juez y del sistema jurídico aplicable por el árbitro.¹⁶

¹⁶ *ICSID*, mayo de 2009, pp. 75 y ss. Sobre este tema también se puede consultar: Cárdenes, Agustín Alejandro, "Control de constitucionalidad *a posteriori* en Francia: ¿inquietud en la cima o intercambio constructivo de argumentos?", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 27 julio-diciembre de 2012, pp. 42 y ss.

El profesor Pierre Mayer de la Universidad de París, nos dice a este respecto que el árbitro, al aplicar la ley designada aplicable, puede enfrentarse a un conflicto normativo de jerarquías, en cuyo caso, debe dejar de aplicar una ley que a criterio del tribunal arbitral va en contra de la Constitución interna o de un tratado en vigor.¹⁷

En un paso más adelante la Corte Constitucional italiana en 2011 decidió que el árbitro, ante un conflicto de jerarquía normativa, puede consultar directamente a dicha Corte Constitucional.¹⁸

Analizado nuestro tema desde otra perspectiva, el árbitro está en principio sometido a la jurisdicción del lugar sede del arbitraje, en México al árbitro se le considera auxiliar de la justicia, pero esa jurisdicción tiene efectos acotados con respecto del tribunal arbitral y tiene fines precisos, por ejemplo: que el tribunal pueda auxiliarse del juez para la ejecución de una providencia precautoria, para la impugnación de la cláusula arbitral o para reconocer y ejecutar el laudo arbitral, o decidir acerca de su nulidad, entre otras cosas; sin embargo, el tribunal arbitral tiene absoluta autonomía para conducir el procedimiento arbitral, conforme al concepto Kompetenz-Kompetenz y dictar su laudo. En este sentido, el control difuso por parte del tribunal arbitral es más amplio de lo que lo puede ejercer un juez local; sin embargo, en materia de orden público el árbitro está obligado a respetar instituciones y procedimientos que tienen esa naturaleza y en los cuales no debe intervenir, como podría ser en materia fiscal o de competencia económica, entre otras.

C. Los efectos en la aplicación de la ley

El tribunal arbitral, independientemente de los deberes que tiene asignados respecto de la aplicación de la ley interna designada aplicable, siempre piensa en cuál será la suerte del laudo que ha dictado y sabe que si no procede con mucho cuidado en las cuestiones inarbitrables como las mencionadas (Fiscal y de competencia económica, etcétera) su laudo puede ser parcial o totalmente anulado. De ahí que la actuación del árbitro debe

¹⁷ Mayer, Pierre, "L'Arbitrage et le hierarchie des normes", *Revue de L'Arbitrage International*, CFA, 2011, núm. 2, pp. 361 y ss.

¹⁸ Decisión 01/376, *Gustitia Civile*, 2001, t. I, pp. 2887 y ss.

ser la de un buen auxiliar de la justicia, resguardando en lo posible, al derecho interno aplicable, incluyendo, el ejercicio del control difuso.

6. Conclusión

Quisiera concluir con la siguiente reflexión: el árbitro o el tribunal arbitral sí tiene facultades para ejercer el control difuso y para ese propósito, se debe aproximar a la ley local designada aplicable, con mucho cuidado y respeto y en ese contexto efectivamente debe ejercer el control difuso constitucional y convencional, además de otros factores y dada la amplitud y autonomía de sus facultades, podemos hablar de un “control difuso internacional”.