

Revista Ex Legibus N° 5, octubre 2016, pp. 111-127

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD POR TRIBUNALES JUDICIALES Y ARBITRALES

JUDICIAL REVIEW AND ARBITRAL REVIEW BY THE TRIBUNAL

Leonel Pereznieto Castro*

RESUMEN: En el presente trabajo se discute la forma en que los tribunales judiciales mexicanos actúan frente un acto o una ley que podría afectar a la constitucionalidad vigente y lo mismo en el caso de los tribunales arbitrales. El autor se refiere a cuatro cuestiones: el concepto del Control Difuso; cómo se aplica actualmente ese Control por los tribunales mexicanos; cómo la experiencia internacional lo ha tratado; y cómo es interpretado el ejercicio del Control Difuso por los tribunales judiciales y los tribunales arbitrales. El concepto del Control difuso si bien es objeto de estudio por parte del Derecho Constitucional, también lo es para quienes se dedican 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. El estudio concluyen con una reflexión: el ejercicio del Control Difuso por los tribunales locales tiene como primer objetivo, la defensa de la Constitución y además se evita que el juicio siempre tenga que llegar al control constitucional que ejercen los tribunales federales en beneficios de los usuarios.

PALABRAS CLAVES: Control de constitucionalidad, jurisprudencia sobre control de difuso, control de constitucionalidad, tribunales judiciales, arbitraje comercial internacional.

* Doctor en Derecho por la Universidad de París. Profesor de Carrera de Tiempo Completo, Titular "C" en la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Nivel III). Actualmente es el Director del Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México.

ABSTRACT: In this work we discuss the way in which the judicial Mexican Courts perform in front of an act or law that could affect the constitutionality in force, and the same goes in the case of arbitration courts. The author raises four different topics: The concept of Diffuse Control; how that Control is currently applied by Mexican courts; how the international experience has dealt with it; and how the exercise of Diffuse Control is interpreted by judicial and arbitration courts. Even though the concept of Diffuse Control is an object of study for Constitutional Law, it is also an object for those involved in International Private Law. This is a subject of great importance to know in which measure the norms derived from the treaties of internal courts are applied. The study closes with one thoughtful remark: the exercise of Diffuse Control by the local courts has as a first objective to defend the Constitution, and also to avoid that the trial always ends up in the constitutional control exercised by the federal courts in the benefit of the population.

KEYWORDS: Constitution control, court cases about Diffuse Control, constitutionality control, judicial courts, international commercial arbitration.

Recepción: 15/09/2017

Aceptado para su publicación: 15/09/2017

SUMARIO

1. Introducción. 2. El concepto del Control Difuso de la constitucionalidad. 3. El Control Difuso por los tribunales mexicanos. 4. El Control Difuso y su aplicación por los tribunales arbitrales. 5. Experiencia internacional. 6. Conclusiones. 7. Bibliohemerografía.

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 del ejercicio de un Control Difuso por los tribunales judiciales y lo mismo por los tribunales arbitrales y cómo es interpretado en uno y otro caso (5).

2. Concepto del Control Difuso de la Constitucionalidad

En el Judicial Review¹ estadounidense se encuentra el origen moderno de este concepto y más específicamente, en el famoso caso *Marbury vs. Madison* de 1803² 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.³ 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 sistema, haciendo prevalecer siempre a la Constitución sobre cualquiera otra ley.⁴ Hoy en día la Judicial Review también se usa para verificar

¹Judicial Review en EE.UU. es un acto de control de la constitucionalidad jurisdiccional, concentrado, correctivo, relativo/general, en el que el poder judicial federal revisa la constitucionalidad en el ámbito de su competencia.

² 5 U.S. 137 (1803).

³ VANBERG, G., "Constitutional Review in Comparative Perspective", *The Politics of Constitutional Review in Germany*, Cambridge University Press, 2005.

⁴ 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

la compatibilidad de las leyes con los tratados internacionales vigentes, lo que conocemos por Control de la Convencionalidad y que también mencionaremos. Esta versión fue incorporada en el artículo 133 Constitucional y lo que es más importante, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) permitió que ese Control Difuso se ejerciera en la forma original, al conceder que todos los tribunales del país lo aplicaran. Esta postura cambió en 1960 hacia una postura cerrada⁵ que prevaleció hasta 2011.

En conclusión, el concepto del Control Difuso muestra una realidad, donde los jueces no solo deben pensar cómo resolver el caso, sino cuidar que la aplicación de la ley sea acorde con la Constitución y, si es el caso, la inapliquen, se debe juzgar conforme a su juicio en lo que toca a la inexistencia de la ley, siempre y cuando no haya encontrado una ley de sustitución.

3. El Control Difuso por los tribunales mexicanos

En México, esta facultad Constitucional otorgada a la SCJN, está vinculada directamente con el artículo 133 constitucional, última parte, que como recordaremos, establece:

“Los jueces de cada Entidad federativa 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 las entidades federativas”.

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.

Se ha replanteado el Control Difuso a partir de la reforma constitucional del artículo 1° en materia de derechos humanos⁶ y, específicamente, a partir de la tesis de la SCJN que estableció:

y ss.

5 BECERRA RAMÍREZ, J. de J., “El camino hacia el control de constitucionalidad en México: la convencionalidad”, *El Cotidiano*, julio-agosto, 2013, p. 12.

6 Diario Oficial de la Federación, 10 de junio de 2011.

“...se advierte que el control de la constitucionalidad no es unitario pues en nuestro sistema coexisten tanto el control concentrado y el control difuso de la Constitución, estableciéndose el primero para las vías directas de control –acciones de constitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto–, y el segundo se reserva para los Jueces en formas de desaplicación [de la ley] en los procesos ordinarios en los que son competentes”.⁷

Dicho en otras palabras, en este tema, la SCJN renunció al monopolio que se había atribuido y había atribuido a los demás tribunales federales, para ejercer el Control de la Constitucionalidad, por tanto abrió al sistema jurídico mexicano para que el Control Difuso se pueda ejercer por todo órgano jurisdiccional. Este criterio fue confirmado de forma más explícita por la siguiente tesis de la misma SCJN, 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 inferior. 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”.⁸

7 Rubro: CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD. LOS JUZGADORES, AL EJERCERLO, NO ESTÁN OBLIGADOS A CONTESTAR LOS CONCEPTOS DE IMPUGNACIÓN QUE AL RESPECTO FORMULEN LAS PARTES EN LOS PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS RESPECTIVOS, DIRIGIDOS A CONTROVERTIR LA CONFORMIDAD DE UNA NORMA CON LOS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS POR LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES. Tesis I.7o.A.7K (10ª), Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XII, septiembre de 2012, t. 3, p. 1680. Se invoca la tesis P. LXX/2011 (9a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, t. 1, página 557, de rubro: "SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO."

8 Rubro: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. Tesis: P. LXVII/2011 (9a.), Décima Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, diciembre de 2011, t. 1, p. 535.

El Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad en nuestro país resulta del cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco vs. México de 2009.⁹ Adicionalmente, la apertura del Control Difuso en las sentencias de 2011 de la SCJN antes mencionadas y de la reforma al artículo 1° de la Constitución con el principio pro homine.

Concurren dos factores: uno, la mayor protección de los derechos humanos y, dos, un esfuerzo de la doctrina por dotar al sistema jurídico de una mayor coherencia. En el primer caso, la propuesta moderna nos dice que 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 como México, 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.

Este planteamiento 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 instancia, por lo cual será necesario que desde un inicio, exista un Control Constitucional. Lo mismo si se trata de autoridades administrativas.¹⁰

En una tesis de jurisprudencia posterior, en el 2015, la Primera Sala de la SCJN se refirió al tema incluyendo una distinción en el uso del control difuso y, en sus palabras, declaró lo siguiente:

“De los artículos 1o., 107, fracción IX, y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deriva que el ejercicio del control difuso de constitucionalidad a cargo de los órganos jurisdiccionales responsables, debe considerarse incluido en el supuesto de “constitucionalidad de normas generales”, previsto para la procedencia del recurso de revisión en el citado artículo 107, fracción IX, siempre y cuando el quejoso se duela de la omisión de dicho control difuso en su demanda de amparo, vinculada con normas específicas de la ley se-

⁹ Ferrer Mac-Gregor, E., “Control Difuso de Constitucionalidad y Convencionalidad”, *Reforma DH*, 2013, p. 7.

¹⁰ En este sentido, consultar: CIENFUEGOS, S. J. F., “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.

cundaria; sea que ese planteamiento se analice u omita por el tribunal de amparo. Lo anterior es así, ya que dicho control consiste en preferir la aplicación de las normas fundamentales de derechos humanos sobre aquellas que los contravengan, para lo cual necesariamente debe hacerse un contraste entre las disposiciones legales y las fundamentales para determinar si las primeras se ajustan a las segundas, mediante el seguimiento de los pasos señalados por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P.LXIX/2011 (9a.).¹¹

Como puede observarse, el Control Constitucional es definido en los siguientes términos: "Dicho control [Constitucional] consiste en preferir la aplicación de las normas fundamentales de derechos humanos sobre aquellas que los contravengan".

En cuanto a los pasos que deben llevarse a cabo en materia de Control Difuso y a que hace mención la tesis citada, estos se encuentran en una jurisprudencia del Tribunal Pleno de la SCJN, en los siguientes términos:

"...el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles."¹²

11 Rubro: AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN. ES PROCEDENTE CUANDO EN LA DEMANDA SE ALEGA LA OMISIÓN DE LA RESPONSABLE DE REALIZAR EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA GENERAL. Tesis: 1a./J. 36/2015 (10a.), Jurisprudencia Constitucional, Décima Época Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 18, mayo de 2015, t. I, p. 166.

12 Rubro: "PASOSA SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS." Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P.LXIX/2011 (9a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, t. I, diciembre de 2011, p. 552.

Esto es, primero hacer una interpretación conforme en sentido amplio por la cual se favorezca la protección más amplia de las personas; si esto no es posible, llevar a cabo una interpretación conforme en sentido estricto según la cual, ante varias interpretaciones jurídicamente válidas, preferir la que más favorezca los derechos fundamentales y, finalmente, cuando ninguna de las anteriores opciones es posible, atender directamente a la norma fundamental, en inaplicación de la norma secundaria incompatible.

Una decisión de la Segunda Sala de la SCJN, como podemos apreciar, pone el dedo sobre la diferenciación del Control Difuso que es la facultad de cualquier órgano jurisdiccional para inaplicar una ley y el control concentrado: “cuando se haga valer la inconstitucionalidad o inconveniencia de normas generales”.¹³

Sin embargo, aún en fecha reciente la SCJN se pronunció respecto del control difuso y su aplicación por parte de los tribunales. La Primera Sala decidió respecto del Control Difuso, con una postura cerrada, en los siguientes términos:

“El control difuso de constitucionalidad no implica que los tribunales constitucionales de las entidades federativas puedan resolver asuntos donde la materia de la litis consista, esencialmente, en violaciones a la Constitución Federal. Lo anterior es así, pues si bien los tribunales constitucionales locales están facultados para aplicar dicho control, ello sólo indica que al resolver los asuntos que sean de su competencia puedan, en última instancia, inaplicar normas que consideren inconstitucionales. Así, el presupuesto necesario para que los jueces locales puedan aplicar control difuso en un asunto, consiste en que los asuntos sometidos a su consideración sean de su competencia. En este orden de ideas, el control difuso de constitucionalidad no se traduce en la posibilidad de que los tribunales locales, incluso los supremos de cada entidad federativa, puedan conocer de asuntos donde la litis verse sobre violaciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aun cuando se hagan valer a través de un juicio de protección a derechos fundamentales. Así, el control difuso ni siquiera puede operar en estos casos, pues el presupuesto básico para su ejercicio no

13 Rubro: CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD O CONVENCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES DE LOS ÓRGANOS DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. SU EJERCICIO EN AMPARO DIRECTO NO SE LIMITA NI CONDICIONA CON LOS PRONUNCIAMIENTOS QUE REALICE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA A TRAVÉS DEL CONTROL DIFUSO. Tesis: 2a. XLII/2014 (10a.), Décima Época, Segunda Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 6, mayo de 2014, t. II, p. 1094.

se actualiza, ya que los tribunales constitucionales locales no son competentes para conocer de asuntos cuya litis consista esencialmente en violaciones a la Constitución General de la República, que sólo pueden ser materia del juicio de amparo, medio de control concentrado que el Poder Constituyente diseñó para atender temas constitucionales y que reservó, en exclusiva, para el conocimiento del Poder Judicial de la Federación.”¹⁴

De ahí que el cambio de 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 Humanos¹⁵, definido por la propia Corte 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.”¹⁶

¹⁴ Rubro: CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. NO TIENE EL ALCANCE DE QUE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES LOCALES CONOZCAN DE ASUNTOS RELACIONADOS CON VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RESPECTO DE ASUNTOS QUE NO SEAN DE SU COMPETENCIA. Tesis: 1a. XXXIX/2016 (10a.), Primera Sala, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 27, febrero de 2016, t. I, p. 668.

¹⁵ GARCÍA RAMÍREZ, S., “El Control judicial interno de convencionalidad”, *Revista Jus*, vol. 5, núm. 28, Puebla, 2011, pp. 17 y ss.

¹⁶ Caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú” de 24 de noviembre de 2006. Citado por Yniesta, E., “Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales”, en: FERRER M., E. (coord.) *El control Difuso de Convencionalidad*, México, Fundapo, 2012, pp. 2 y ss.

Este mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fue retomado en el 2011 por la SCJN en una Tesis Aislada, 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...”¹⁷

Como puede apreciarse, en ésta tesis hay tres cuestiones: que el Control Difuso deba ejercerse por todas las autoridades jurisdiccionales. Segunda, el mandato que reciben los tribunales es ejercer *ex officio*¹⁸ 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 jurisdiccionales incluyendo la administrativa y la arbitral que, aunque ésta última no es autoridad para efectos del amparo, las partes han convenido que el tribunal arbitral ejerza jurisdicción sobre ellas. 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. Esta idea es expresada por jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito, en los siguientes términos:

¹⁷ Rubro: CONTROL CONSTITUCIONAL Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO. Tesis III.4°.(III Región) 2 K (10°), Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Libro IV, enero de 2012, t. 5, p. 4319.

¹⁸ Sobre este tema, se pueden consultar las siguientes tesis aisladas: Tesis: XXVII.1o.(VIII Región) 16 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito Libro XXIII, agosto de 2013, t. 3, p. 1619; Tesis: 1.6o.A.5 A (10a.), Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXI, junio de 2013, t. 2, p. 1253; Tesis: VII.2o.C./J3 (10a.), Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XX, mayo de 2013, t. 2, p. 1106.

“Si bien el control difuso de constitucionalidad -connotación que incluye el control de convencionalidad-, que se ejerce en la modalidad ex officio, no está limitado a las manifestaciones o actos de las partes, cuando se solicita su ejercicio deben señalarse claramente los elementos mínimos que posibiliten su análisis, es decir, cuál es el derecho humano que se estima infringido, la norma general a contrastar y el agravio que produce, pues, de no ser así, el planteamiento correspondiente debe declararse inoperante, ya que fuera del cumplimiento del principio iura novit curia, el juzgador no está obligado a emprender un estudio “expreso” oficioso de los derechos humanos o preceptos constitucionales o convencionales que se le transcriban, o que genéricamente se invoquen como pertenecientes al sistema”.¹⁹

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 vinculativa 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 y su aplicación por los tribunales arbitrales

Con el objeto de analizar la participación de los tribunales arbitrales en la aplicación de la ley nacional, conviene revisar tres puntos: a) la naturaleza de los tribunales arbitrales; b) la forma en que un tribunal arbitral aplica la ley nacional y c) los efectos de la aplicación de la ley por el tribunal arbitral.

4.1. 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

¹⁹ Rubro: CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. SI SE SOLICITA SU EJERCICIO Y NO SE SEÑALA CLARAMENTE CUÁL ES EL DERECHO HUMANO QUE SE ESTIMA INFRINGIDO, LA NORMA GENERAL A CONTRASTAR NI EL AGRAVIO QUE PRODUCE, DEBE DECLARARSE INOPERANTE EL PLANTEAMIENTO CORRESPONDIENTE. Tesis: XXVII.3o./11 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 15, febrero de 2015, t. III, p. 2241.

transformar al mundo a través de la autonomía de la voluntad²⁰. 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 de un tribunal arbitral internacional se puede llevar a cabo, como es lo normal, a través de una institución administradora de arbitrajes que es una institución privada y conforme a sus propias reglas, como lo son la ICDR²¹ o la CCI²² y en México, el CAM,²³ CANACO²⁴ y CAIC.²⁵

Desde la formación del tribunal arbitral se entiende que su naturaleza es internacional, principalmente por el lugar de ubicación donde se encuentran las partes, la naturaleza de la transacción, lugar de entrega de la mercancía, lugar de pago y muchos más puntos de contacto que determina la naturaleza del arbitraje y en su actuación sólo estará regido 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.²⁶ 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 acostumbrados que estamos en México a contemplar actuaciones internacionales de este tipo, suelen parecernos extrañas o metajurídicas. 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.

20 BIAGGI, Walter, "L'ambito di autonomia della volontà", *Rivista di Diritto Civile*, CEDAM, Padua, vol. 43, núm. 5, 1997, pp. 774 y ss.

21 *International Centre for Disputes Resolutions*. Este centro es el brazo internacional de la *American Arbitration Association (AAA)*.

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

23 Centro de Arbitraje de México

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

25 Centro de Arbitraje de Construcción.

26 En este sentido, consultar: PEREZNIETO CASTRO, L. y J. GRAHAM, *Tratado de Arbitraje Comercial Mexicano*, México, Editorial Limusa, 2ª edición, 2013, pp. 247 y ss.

4.2. La forma cómo un tribunal arbitral aplica la ley

Debemos decir que dentro de su amplia autonomía,²⁷ el tribunal arbitral aplica la ley nacional, en su conjunto, es decir, no solo la ley sino cómo esta 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.

4.3 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, medio ambiente y de competencia económica, etc.) su laudo puede ser parcial o totalmente anulado por los tribunales internos del país que es sede del arbitraje. De ahí que la actuación del árbitro debe ser la de un buen auxiliar de la justicia, resguardando en lo posible, al derecho interno aplicable, incluyendo, el ejercicio del Control Difuso.

5. La experiencia internacional

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, etc. El control que ejercen los tribunales arbitrales, es más amplio que el que ya definimos anteriormente a nivel nacional, por lo que podemos analizarlo como un control “Control difuso internacional”.

Emmanuel Gaillard, opina, desde una perspectiva formalista, que una norma es parte de un orden jurídico del que deriva a partir de una norma superior, dentro del sistema jurídico. Sin embargo, el control de constitu-

²⁷ La amplia autonomía en materia de facultades del tribunal arbitral es el resultado de la influencia que ha tenido en este tipo de procedimientos el derecho anglosajón, especialmente el estadounidense, en este sentido consultar: PEREZNIETO CASTRO, L., «La americanización del arbitraje comercial internacional», *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de la Universidad del País Vasco Vitoria-Gasteiz = Vitoria-Gasteizko nazioarteko zuzenbide eta nazioarteko herremanen ikastaroak*, Euskal Herria, núm. 1, 2007, pp. 277-296.

cionalidad 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.²⁸

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.²⁹

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.³⁰

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 principio 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, medio ambiente o de competencia económica, entre otras.

28 GAILLARD, E., "Sociology of Arbitration", *Arbitration International*, vol. 31, núm. 1, 2015, p. 1 y ss. Sobre este tema también se puede consultar: CÁRDENAS, A.A., "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, 2012, pp. 42 y ss.

29 MAYER, P., "L'arbitrage et la hiérarchie des normes", *Revue de L'arbitrage International*, CFA, núm. 2, 2011, pp. 361 y ss.

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

6. Conclusión

Quisiera concluir con la siguiente reflexión: el ejercicio del Control Difuso por los tribunales locales tiene como primer objetivo, la defensa de la Constitución y además se evita que el juicio siempre tenga que llegar al control constitucional que ejercen los tribunales federales en beneficio de los usuarios. En el caso del tribunal arbitral, se puede decir que sí tiene facultades para ejercer el Control Difuso y con ese propósito, se debe aproximar a la ley local designada aplicable, con mucho cuidado y respeto y en ese contexto efectivamente se debe ejercer el Control Difuso Constitucional y Convencional, además de otros elementos y dada la amplitud y autonomía de sus facultades, podemos hablar de un “Control Difuso Internacional”, que es un buen ejemplo de la unión entre política y justicia y sobretodo, un espacio de dialogo que podría ser la anticipación de un *modus operandi* novedoso de las jurisdicciones europeas (nacionales y regionales) las cuales por medio de un diálogo o intercambio de argumentos constructivos podrán sortear los desafíos que ofrece el paisaje jurídico actual, que además se caracteriza por un proceso de creciente interacción internacional.³¹

7. Bibliohemerografía

Bibliografía

PEREZNIETO CASTRO, Leonel y James GRAHAM, *Tratado de Arbitraje Comercial Mexicano*, México, Editorial Limusa, 2ª edición, 2013.

VANBERG, Georg, “Constitutional Review in Comparative Perspective”, en *The Politics of Constitutional Review in Germany*, Cambridge University Press, 2005.

YNIESTA, Ernesto, “Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales”, en: FERRER M., Eduardo (coord.), *El control Difuso de Convencionalidad*, México, Fundapo, 2012.

Hemerografía

BECERRA RAMÍREZ, José de Jesús, “El camino hacia el control de constitucionalidad en México: la convencionalidad”, *El Cotidiano*, julio-agosto, 2013.

³¹ CÁRDENES, A. A., *op. cit.*

BIAGGI, Walter, "L'ambito di autonomia della volontà", *Rivista di Diritto Civile*, CEDAM, Padua, vol. 43, núm. 5, 1997.

CÁRDENES, A. A., "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, 2012.

CIENFUEGOS, S. J. F., "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.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "Control Difuso de Constitucionalidad y Convencionalidad", *Reforma DH*, 2013.

GARCÍA RAMÍREZ, S., "El Control judicial interno de convencionalidad", *Revista Jus*, vol. 5, núm. 28, Puebla, 2011.

MANCILLA, R. G., "Congruencia constitucional y control inconstitucional", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 22 enero-junio, 2010.
MAYER, Pierre, "L'arbitrage et la hiérarchie des normes", *Revue de L'arbitrage International*, CFA, núm. 2, 2011, pp. 361 y ss.

GAILLARD, Emmanuel, "Sociology of Arbitration", *Arbitration International*, vol. 31, núm. 1, 2015, p. 1 y ss.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel, «La americanización del arbitraje comercial internacional», *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de la Universidad del País Vasco Vitoria-Gasteiz = Vitoria-Gasteizko nazioarteko zuzenbide eta nazioarteko herremanen ikastaroak*, Euskal Herria, núm. 1, 2007.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma al artículo 1, Diario Oficial de la Federación, 10 de junio de 2011.

Jurisprudencia

Caso Marbury vs. Madison, 1803. 5 US, 137 (1870)

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú de 24 de noviembre de 2006.

Decisión 01/376, Gustitia Civile, 2001, t. I.

Tesis 1.7o.A.7K (10ª), Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XII, septiembre de 2012, t. 3.

Tesis 1a. XXXIX/2016 (10a.), Primera Sala, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 27, febrero de 2016, t. I.

Tesis 1a./J. 36/2015 (10a.), Jurisprudencia Constitucional, Décima Época Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 18, mayo de 2015, t. I.

Tesis 2a. XLII/2014 (10a.), Décima Época, Segunda Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 6, mayo de 2014, t. II.

Tesis III.4º.(III Región) 2 K (10ª), Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Libro IV, enero de 2012, t. 5.

Tesis P. LXVII/2011 (9a.), Décima Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, diciembre de 2011, t. I.

Tesis VII.2o.C./J/3 (10a.), Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XX, mayo de 2013, t. 2.

Tesis XXVII.1o.(VIII Región) 16 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro XXIII, agosto de 2013, t. 3.

Tesis XXVII.3o./J/11 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 15, febrero de 2015, t. III.

Tesis I.6o.A.5 A (10a.), Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXI, junio de 2013, t. 2.