

GARANTISMO Y ARBITRAJE — UN FALSO DILEMA
Post scriptum

Francisco González de Cossío*

I. INTRODUCCIÓN

Esta nota registra el resultado del debate que tuvo lugar en la mesa de trabajo de Derecho Constitucional sobre el tema “garantismo y arbitraje” como parte del Congreso en San Luis Potosí de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. el 26 de mayo de 2012.¹

Mi objetivo al hacerlo es triple. Primero, documentar las lecciones derivadas del mismo, pues fueron enormes. Segundo, actualizar y refinar mi postura con las observaciones que recibí. Y tercero, contestar algunos de los argumentos que se esgrimieron durante el mismo.

Deseo comenzar por *reconocer* y *agradecer*. *Reconozco* la seriedad con la que practicantes destacados tomaron el ejercicio.² *Agradezco* el deseo bien intencionado de dialogar constructivamente. Esto último merece un comentario adicional. Quien haya presenciado el debate y no conozca a los participantes pudo haberse llevado la impresión que la discusión fue acalorada—inclusive áspera. Deseo comunicarle a dicho testigo que lo que une a los participantes es un vínculo de amistad y aprecio.³ Si el debate se sintió duro, obedeció a honestidad intelectual.⁴

GONZÁLEZ DE COSSIO ABOGADOS, S.C. (www.gdca.com.mx) Obsevaciones bienvenidas a fgcosio@gdca.com.mx

¹ Ver GARANTISMO Y ARBITRAJE: UN FALSO DILEMA, en RETOS Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO MEXICANO DEL SIGLO XXI. ¿CÓMO DEBE EVOLUCIONAR?, Colección Foro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., Ed. Themis, México, D.F., 2012, p. 1089 (“*Garantismo y Arbitraje*”).

² Profesionistas serios y ocupados tuvieron la paciencia de leer *Garantismo y Arbitraje*, analizarlo minuciosamente, y compartir sus observaciones en el debate, mismas que tengo que admitir que fueron agudas. Ante ello, lo primero que tengo que admitir es que ya no estamos ante un dialogo de sordos (como denuncié en *Garantismo y Arbitraje* (p. 1090).)

³ Dos de los actores más activos del debate fueron maestros míos. Y si bien su postura era expresada en términos enérgicos, ello obedece a su deseo de ser rigurosos y cumplir con el cometido de debatir. No se buscaba acariciar egos, sino aprender mediante un diálogo sincero.

⁴ Dicho sea de paso, para mi fue una delicia. Aprendí de expertos sobre un tema que me interesa. ¿Qué más puedo pedir?

II. CONTENIDO

La diferencia de opinión puede ser catalogada en dos temas:

- a) La naturaleza jurídica del arbitraje; y
- b) El papel del garantismo y la aplicación horizontal de los derechos humanos.

A. NATURALEZA

Durante el debate una de las diferencias más conspicuas fue la forma en que se entiende el arbitraje. La decisión de someter a dicho mecanismo la solución de una disputa. La naturaleza implícita del paso. Se argumentó que, en la medida en que los árbitros privados⁵ derivan su actuar de ley—del Título IV del Libro V del Código de Comercio—el amparo debe proceder pues ‘efectúan actos conforme a ley’—lo cual los torna en una autoridad (¿de facto?) para efectos del juicio de amparo. En apoyo a dicha postura, se citaron antecedentes en los que así se ha resuelto.⁶ El argumento incluyó la aseveración que existe una delegación de facultades del Estado en manos de los árbitros. Por ende, conllevan una actividad estatal: imparten justicia.

Una segunda premisa detrás de la postura consistió en que lo que está ocurriendo es una “actividad jurisdiccional”. Siendo que ésta está depositada en el Estado, su naturaleza exige que proceda el amparo. Después de todo, entendido así, los árbitros llevan a cabo una actividad gubernamental: la función jurisdiccional.

Para mi gusto, esta es la porción del debate que arrojó las lecciones más importantes. La contribución más valiosa al tema. Daré mi postura con respecto a dichos argumentos.

Con respecto al primer argumento, si el criterio de procedencia del juicio de amparo es “efectuar actos conforme a ley”, me pregunto qué actividad no actualiza dicho requisito. Invito al lector a que lo medite. ¿Qué acto no satisface dicha hipótesis normativa? Inclusive conducta *privada*, del género que escapa la *raison d'être* del amparo: ser un contrapeso contra *poder publico*. Si, por ejemplo, un gobernado compra un artículo de otro gobernado,

⁵ En este ensayo, como en *Garantismo y Arbitraje*, por “árbitros” nos referimos a aquellos a los que aplica el Título IV libro V del Código de Comercio. Otras instancias de utilización de la palabra “arbitraje” (que tanta confusión han generado) están fuera de esta discusión.

⁶ Es decir, los excepcionales casos en los que el juicio de amparo ha procedido en contra de entes regulados.

celebra un contrato de compraventa regido por el Código Civil aplicable—un “acto conforme a ley”. ¿Quiere ello decir que si el vendedor retiene la entrega una vez pagado, procede el amparo en contra del vendedor? Ante la respuesta evidente (“no”), contestaría que el vendedor puede estar ejerciendo un derecho que está en ley o su contrato. Su actuar “está en ley”—en términos del criterio arriba indicado.⁷ El ejemplo puede parecer burdo, lo admito. Pero con frecuencia dichos ejemplos son los más útiles: ilustran vía un argumento *ad absurdum*. El punto: *toda la actividad arbitral ocurre en el plano de las relaciones de coordinación*. En el plano de la legalidad—no de la constitucionalidad.⁸

Con respecto al segundo argumento—delegación de una actividad estatal—¿cuál es su fundamento? Los árbitros son mejor entendidos como profesionistas privados especializados en resolver problemas. Al prestar su servicio no se les enviste de poder. No se les convierte en funcionarios. La designación como árbitro no es una varita mágica que convierte a un gobernado en funcionario. Su estatus no cambia. Su conducta consiste en la prestación de un servicio profesional. Y como toda la conducta privada, ocurre a la par de la actividad gubernamental. En nuestro caso, la función jurisdiccional. Pero el que por ello deba ser aplicable el mecanismo que disciplina la actividad jurisdiccional es ir demasiado lejos. Además de un *non sequitur*, es utilizar un instrumento para un fin diverso para el cual fue creado.

Una metáfora puede ilustrar: ante una enfermedad, el lector puede recurrir al sistema de salud público o puede acudir a un hospital privado. ¿Quiere ello decir que el hospital privado está ‘supliendo al Estado’ llevando acabo una actividad pública, por lo que se torna en una autoridad? ¿No es mejor entendido como un servicio paralelo a la opción que brinda el Estado? ¿Qué más da que el Estado también lo brinde? ¿Porqué habría de mudarse su naturaleza jurídica por el hecho que el Estado *también* lo preste? Igual ocurre con los árbitros. Una persona puede recurrir al Poder Judicial a canalizar un problema, o puede pactar canalizarlo al arbitraje.

⁷ Esto me hace pensar que hay más que profundizar sobre el criterio en comento. Presiento que el criterio es distinto a como fue expuesto o hay más que saber. Aunque no leí la ejecutoria del (excepcional) caso citado, y entiendo que no generé una tesis, sospecho que el razonamiento no es sólo que el actuar del ente estaba en ley, sino que por algún otro motivo existía un “sabor” gubernamental, de autoridad, en el régimen y actuar del ente que fue —conforme a dicho criterio— tratado como autoridad responsable para efectos del juicio de amparo.

⁸ Quien esgrima el argumento que aun así debe proceder el amparo pues la legalidad es una cuestión de constitucionalidad tendría que contestar qué lo distingue de actos meramente privados, que sólo ocurren en el plano de la legalidad y contra los cuales es aceptado que no procede, ni debe proceder, el amparo.

Entendido así, en esencia, el arbitraje es una opción.

Considero que la aproximación ontológica⁹ descrita es la mejor. No porqué la alternativa (actividad derivada de una delegación de justicia) no sea *posible*, sino porque no es *obligada* y en cambio aceptarla es subóptima: resta opciones. Por ende, no es la mejor. ¿Qué opciones? La posibilidad de contar con un mecanismo auténticamente alternativo al derecho a recurrir a la justicia estatal. Si se adopta la postura contraria, nunca existirá opción al gobernado que desee o necesite¹⁰ canalizar la solución a un problema en forma diversa al derecho a que se le imparta justicia por el Estado. Ello sería lamentable, pues existirá un universo de casos en los que se perderá la oportunidad de satisfacer una necesidad distinta a la que sacian los procesos normales. Como resultado, todos pierden.¹¹

Es por lo anterior que postulo que la postura que defiende es libertaria: da opciones; mientras que la postura contraria exige siempre acabar en el Poder Judicial. Quien quiera usar arbitraje, puede hacerlo. Quien no lo quiera, no. Pero la opción existe; ello es una libertad—irónicamente reducida por el instrumento que más la tutela (claro, suponiendo que se aceptara la postura contraria a la que defiende¹²).

⁹ Durante el debate aludí a una aproximación ‘epistemológica’. Se me refutó indicando que era más correcto hablar de ontología que epistemología. Aunque mi entender es que ambos pueden usarse dado el mensaje que deseo transmitir, siendo el emisor del comentario un conocedor más profundo de filosofía, acepto y agradezco la sugerencia. (El motivo por el que creo que ambos pueden ser usados obedece a que la epistemología es la forma en que se conoce algo. Por ende, dado que lo que defenderé es una cuestión de percepción, la referencia me parece correcta.)

¹⁰ La experiencia enseña que existen casos con necesidades que no son satisfechas por los procesos ordinarios. El autor ha vivido muchos. Por ejemplo, en un caso que el autor actuó como árbitro, el tiempo era crucial: si no se resolvía la disputa en un mes, ocurría un efecto dominó de problemas y costos que encarecerían la disputa en forma seria. Siendo que la disputa versaba sobre un problema energético, minero y contractual complejo, la opción de las partes fue recurrir a una persona que ambos seleccionaron, y exigirle (como parte del acuerdo arbitral) que emita su fallo en un mes. El objetivo fue logrado, y con dos días de anticipación a la fecha límite. (El único problema fue la fricción familiar y conyugal de dicho árbitro al descuidar a su familia un mes!)

¹¹ El gobernado pierde la opción y la judicatura se llena de aun más casos—como si le faltara trabajo.

¹² La procedencia del amparo en contra del árbitro privado o sus actos. Actualmente sólo procede en contra de la sentencia que pone fin al juicio especial de nulidad o de ejecución. (Artículos 1457, 1462 y 1472 del Código de Comercio).

B. EL PAPEL DEL GARANTISMO Y LA APLICACIÓN HORIZONTAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Durante el debate manifesté que la postura que defiendo no sólo era la aceptada hoy por hoy por nuestro Poder Judicial,¹³ sino que debe continuar siendo el paradigma en vigor aun si el paradigma fluctuara para permitir el amparo en contra de actos de entes privados—es decir, si se de cabida en México al *Drittwirkung*. Deseo abundar dando mi opinión total.

Más que estar de acuerdo con dicho desarrollo, mi postura dentro de este debate es que, aún suponiendo que la teoría del *Drittwirkung* cobre fuerza en nuestra jurisdicción, no debe concebirse a los árbitros como “autoridades” para efectos del juicio de amparo. El motivo: el punto de partida del *Drittwirkung* es inexistente: cuando el ente en contra del cual va dirigido cuenta con *poder*, aunque sea poder *privado*. Hay mucho que puede decirse sobre ello; no lo haré por ya haberlo hecho.¹⁴ En este contexto lo que quiero es comunicar una preocupación que ello me genera.

Con respecto a la expansión indiscriminada de la teoría, admito que me genera dudas y preocupaciones. No obstante que en principio soy partidario de garantismo, de expandirse en demasía la teoría de la aplicación horizontal de los derechos humanos se corre el riesgo que el derecho público devore el derecho privado. Y ello genera problemas, tanto conceptuales como pragmáticos.

Si el amparo procediese contra *cualquier* acto privado, el régimen y los recursos del derecho privado peligrarían. Perderían practicidad ante el derecho procesal constitucional. Ante cualquier acto, lejos de emplearse los recursos que contemple el derecho privado aplicable, podría optarse por recurrir al juicio constitucional pasando por alto el derecho privado aplicable. Aunque exista un recurso privado, prevalecería el amparo.¹⁵ Como resultado, la utilidad de los recursos privados—y por ende del derecho privado en general—se vería opacada seriamente. Ello sería lamentable en la medida en que se considera que el derecho privado tiene una enorme historia y experiencia que se perdería o inutilizaría. Para dicho género de problemas, el derecho privado es más adecuado que el derecho público. Como *lex specialis* se conforma por soluciones mejor dirigidas para resolver el problema peculiar

¹³ Para abundar, *vid* ARBITRAJE, Ed. Porrúa, México, D.F., 3a edición, 2011, pp. 862 *et seq.*

¹⁴ Lo cual hago en *Garantismo y Arbitraje* (pp. 1098 *et seq.*) y ARBITRAJE, *ob cit*, pp. 856 a 861.

¹⁵ Una suposición válida, si se toma en cuenta el poderoso instrumento de la suspensión del acto reclamado.

regulado. Contrástese con el estándar ante el cual sería juzgado el problema bajo el prisma del juicio de amparo: su constitucionalidad. Si viola un derecho humano. Y dicho régimen es muy distinto. Está compuesto por principios, más que reglas. Principios importantes, pero amplios. Legislación con ‘brocha gorda’. Muy distinta a la legislación ‘con pincel’ del derecho privado. Ante ello, su idoneidad pasa a un segundo plano. No sólo eso, arrojaría un manto de inseguridad jurídica a la actividad privada. Después de todo, cualquier acto podría argumentarse que conculca *algún* derecho humano. Y mientras ello se decide, todo queda suspendido—a veces por mucho tiempo.

Pero además de lo *conceptual* existen problemas *pragmáticos*. Uno conspicuo es el anquilosamiento de la actividad privada y la merma de la eficacia del ejercicio de derechos. La cantidad de recursos existentes en un juicio de amparo, aunado a los tiempos de cada uno, harán que la actividad privada se vea lastimada. Anquilosada. Tenemos que reconocerlo y corregirlo: existe un enorme costo social del garantismo.¹⁶ No se objeta su *existencia*, sino su *implementación*. El que un juicio de amparo tome por lo menos 18 meses en resolverse impacta seriamente la eficacia del derecho¹⁷—máxime que es un juicio *adicional* al juicio natural existente. (Ello fácilmente arroja la finalidad de una disputa a varios años—a veces lustros o inclusive décadas(!)—después.)

Necesitamos diseñar un juicio constitucional más esbelto y veloz. Con menor cantidad de recursos, interpretados en forma más estrecha y hechos cumplir más enérgicamente. No por *no* ser garantistas, sino por ser garantistas *eficaces*. Si se logra, el amparo dejará de ser sinónimo de chicana y obstaculización, y ello propiciará que se utilice sólo para los casos en los cuales en verdad es necesario.

III. COMENTARIO FINAL

Fue un deleite debatir con los amparistas más importantes de México. Les extiendo mi agradecimiento y aprecio. Curadas las heridas, lo que me queda son lecciones valiosas y constatación de su enorme inteligencia y pericia en la

¹⁶ Por ‘costo social’ me refiero a la merma en términos reales del valor, de la utilidad, que todo gobernado deriva de sus derechos, como resultado de la capa de revisión del garantismo. Bajo el argumento de ser garantistas, muchos derechos son en la praxis frustrados. (Sobra decir que no estoy en contra del garantismo, sino su resultado en un universo importante de casos, dado el tiempo que toma un juicio de amparo.)

¹⁷ Nótese que he sido conservador en el tiempo usado como ejemplo. Muchos juicios de amparo toman años.

materia, sobre lo cual deseo hacer un último comentario en lo que se refiere a este debate.

Me pregunto si no estará sucediendo algo que nos sucede a todos. Los expertos en derecho público (en este caso, amparo) ven en su disciplina la solución a muchos males. Siendo el amparo una materia interesante y tutelar, es entendible. Quienes hemos estudiado la historia y logros del amparo no tenemos mas que admiración y estímulo por el instrumento. Pero el instrumento, como todo instrumento, tiene límites. No es una panacea. El derecho público es justamente para el derecho público (me refiero a las relaciones supra-subordinación).¹⁸ Las relaciones de coordinación tienen su régimen especial: el derecho privado. Aplicarles el derecho público (el derecho de amparo) desnaturalizaría. Además, complicaría. Y como se explicó, eliminaría opciones al gobernado: en nuestro caso, poder seguir un arbitraje eficazmente y acorde a la voluntad de las partes.¹⁹

A cada quien lo suyo. Al derecho público, su derecho adjetivo especial (incluyendo el amparo). Al derecho privado, su derecho adjetivo especial, incluyendo el arbitraje. No hacerlo sería utilizar herramientas diversas para fines diversos—la semilla de tantos problemas.

¹⁸ Obviamente también las de supra-ordenación, pero esto no es relevante al tema aquí abordado.

¹⁹ Quien opta por acudir al arbitraje en esencia desea un proceso distinto al obtenible ante el Poder Judicial. No porque sea mejor o inferior, sino porque *es distinto*. Dicha decisión debe ser respetada. El derecho arbitral así lo prevé (artículos 1424, 1464 y 1465 del Código de Comercio). La única duda es si el amparo cambiará dicho resultado.