

GARANTISMO Y ARBITRAJE: UN FALSO DILEMA

*Francisco González de Cossío**

I. INTRODUCCIÓN	1
II. EL DEBATE.....	2
III. UNA MEJOR APROXIMACIÓN	2
A. ÓPTICA CONSTITUCIONAL.....	2
1. Teoría de la Garantía Individual.....	3
2. Juicio de amparo.....	4
3. Teoría de la Aplicación Horizontal de los Derechos Fundamentales	5
B. DERECHO ARBITRAL.....	13
IV. COMENTARIO FINAL	14

I. INTRODUCCIÓN

Una de las áreas más importantes con las que se ha conjugado el Derecho Arbitral es el Derecho Constitucional, incluyendo el Derecho Procesal Constitucional. Era imposible pensar que estas dos *lex specialis* no se toparían. Y podría suponerse que el resultado de dicho enfrentamiento sería desastrozo. La realidad ha sido muy distinta. A casi 20 años de nuestro régimen arbitral moderno, el resultado de su conjugación con el derecho constitucional ha sido plausible.¹ Este ensayo aborda uno de los temas amparados por dicho género: el arbitraje y el derecho de amparo, particularmente a la luz del movimiento a favor de la aplicación horizontal de los derechos fundamentales.

A la luz de la reciente modificación de la Constitución en materia de derechos humanos, y la inminente modificación de la Ley de Amparo, este tema promete revisitarse. Este ensayo comenta el desarrollo y el debate que probablemente despertará.

* GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, S.C. (www.gdca.com.mx). Observaciones bienvenidas a fgc@gdca.com.mx.

¹ Para abundar porqué, véase González de Cossío, ARBITRAJE, Ed. Porrúa, México, D.F., Tercera Edición, 2011, pp. 843 *et seq.* (capítulo “Arbitraje y Derecho Constitucional”).

II. EL DEBATE

Existe cierta diferencia de opinión entre dos bandos de practicantes y expertos sobre un tema que promete cobrar importancia: la procedencia del amparo al arbitraje. Deseo postular que el debate parte de una premisa que detecto que no existe: tener que escoger entre ser “garantista” y ser “pro-arbitraje”. A continuación defenderé que uno puede ser garantista y aún así concluir que el Juicio de Amparo *es—y debe ser—*improcedente para recurrir actos de árbitros privados.

III. UNA MEJOR APROXIMACIÓN

Postulo que el debate descrito, que en ocasiones parece un diálogo de sordos, comete un error lógico: parece suponer que el testigo que busca ser persuadido tiene que escoger entre una postura u otra. O se está del lado de los garantistas, o del bando de los pro-arbitraje. O se admite la posibilidad de extender el amparo contra un acto de un árbitro privado, o no se es garantista.

Considero que dicha postura comete el error que la lógica llama el ‘falso dilema’:² cuando falsa o erróneamente se presenta un dilema cuando no existe. Cuando una conclusión está expresada de tal forma que uno debe escoger entre dos extremos, y sus consecuencias. Ello será falaz cuando exista una tercera opción. Nuestro tema ejemplifica dicha falacia.

Postulo que uno puede —con el mismo aliento y sin contradirse— llamarse a sí mismo ‘garantista’ y concluir que el Juicio de Amparo no es el instrumento idóneo para recurrir actos de árbitros (incluyendo el laudo).³ Las premisas detrás de mi postulado son catalogables en dos géneros:

- a) Desde la óptica de derecho constitucional; y
- b) Desde la óptica de derecho arbitral.

Las comentaré en dicho orden.

A. ÓPTICA CONSTITUCIONAL

Bajo el prisma del Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional, tanto bajo la teoría de la garantía individual (§1) y derecho de amparo (§2) es improcedente el juicio de garantías ante árbitros y sus actos.

² También conocido como el ‘*bogus dilemma*’.

³ En este ensayo, al aludir al arbitraje, a los árbitros o sus laudos, me refiero a aquellos regidos por el título IV del Libro V del Código de Comercio: artículo 1415 a 1480.

A su vez, el mismo resultado debe continuar aún tomando en cuenta la teoría de aplicación horizontal de los derechos humanos (§3).

1. Teoría de la Garantía Individual

La teoría de la garantía individual postula que los derechos humanos merecen, dada su importancia, un régimen especial para hacerlos respetar. En nuestro constitucionalismo, dicho régimen es sustantivo y adjetivo. El sustantivo es la ‘garantía individual’. El adjetivo es el Juicio de Amparo.

El derecho administrativo y constitucional mexicano discierne tres tipos de relaciones con la finalidad de esclarecer su ámbito material de validez: las relaciones de coordinación, las relaciones de supra-subordinación, y las relaciones de supraordenación. Las garantías individuales aplican a las segundas: son protecciones a favor del gobernado en su relación con el Estado, dado el poder de éste. Si no se trata de relaciones de supra-subordinación, simplemente no aplican las garantías. Ello incluye las relaciones de coordinación. En éstas no se pueden violar garantías individuales.

Los árbitros privados son prestadores de servicios profesionales. Son contratados como expertos en una materia para resolver un problema. No son autoridades. No forman parte de la administración pública. Y no cuentan con poder público. Son personas privadas que emiten una opinión sobre a quién asiste la razón o el derecho de entre las partes en disputa, y ésta opinión (conocida como “laudo”) es tan ejecutable como una sentencia de última instancia, pues es *final*.

Esta forma de concebir el arbitraje ha sido ampliamente reconocida, inclusive por nuestro Poder Judicial. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (la “Corte”) lo ha dejado claro.⁴ Además, recientemente el legislador ha incluido una mención expresa.⁵

Recientemente se modificó la Constitución federal para nutrirla con el nuevo paradigma de los derechos humanos. Dado nuestro tema, me concentraré en dos preceptos. El nuevo artículo 1 establece:⁶

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados

⁴ En caso de desear abundar, véase ARBITRAJE, *ob. cit.*, p. 844 *et seq.*

⁵ Modificación en el Artículo 17 Constitucional, de fecha 18 de junio de 2008. Es de mencionarse que la exposición de motivos expresamente alude al deseo de esclarecer cualquier duda. Es decir, la modificación no busca *cambiar* derecho constitucional sino *esclarecer* el mismo. No existe giro legislativo alguno.

⁶ Modificación publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011.

internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

(...)

El nuevo artículo 103 establece:⁷

Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

(...)

Mientras que el amparo solía proceder contra de actos de autoridad que violaran las *garantías individuales*, ahora procede contra actos de autoridad que violen *derechos humanos y las garantías individuales*. El ámbito protector de nuestro derecho constitucional se ha ampliado tanto sustantiva como adjetivamente.

En dicho contexto, la pregunta se tornará en obligada: ¿queda amparado el árbitro? La respuesta bajo (inclusive el nuevo) derecho escrito: No. El punto de partida sigue siendo ‘acto de autoridad’, y el árbitro dista de serlo—inclusive bajo nociones ampliadas de ‘autoridad responsable’ para efectos del amparo (como a continuación se detallará).

2. Juicio de amparo

Mucho puede decirse en relación con el amparo y el arbitraje. En este contexto me limitaré a recordar que, dado que el juicio de amparo es improcedente contra actos de entes *privados*, también lo es en contra de los

⁷ Modificación publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011.

actos de árbitros, por ser estas personas privadas.⁸ La aseveración continúa siendo cierta inclusive ante la noción judicial de ‘autoridad responsable’, que rebasa a la autoridad tradicional (que incluye entes que disponen de la fuerza pública y autoridades *de facto*).⁹ El motivo: el árbitro es un *juez privado*¹⁰ que carece de *imperium*. Por ende, la figura del árbitro no reúne los requisitos de la definición legal ni jurisprudencial de ‘autoridad responsable’.

Con este antecedente, abordemos el tema central de este ensayo.

3. Teoría de la Aplicación Horizontal de los Derechos Fundamentales

Existe una teoría que ha crecientemente ganado adeptos: el *Drittwirkung der Grundrechte*.¹¹ Según dicha teoría, los derechos fundamentales no sólo deben irradiar protección unidireccionalmente (en las relaciones entre particulares y el poder público), sino también multidireccionalmente (en todas las relaciones, incluyendo entre particulares).

En términos generales, la teoría no ha encontrado mucho eco en México.¹² Los motivos no son objeto de este ensayo. Lo que deseo abordar y postular es que, aún suponiendo que la teoría cobre vigencia, seguiría siendo insuficiente para sujetar a los tribunales y procedimientos arbitrales a control constitucional. Las premisas detrás de dicha conclusión devienen de la teoría misma.

⁸ Ver González de Cossío, Francisco, ARBITRAJE Y LA JUDICATURA, Ed. Porrúa, México, D.F., 2007, p. 73 *et seq.*

⁹ Para abundar porqué, véase González de Cossío, EL ÁRBITRO ¿AUTORIDAD RESPONSABLE PARA EL JUICIO DE AMPARO?, Revista de Investigaciones Jurídicas número 29, 2005, p. 605.

¹⁰ El ‘árbitro’ es una figura interesante cuyas características se traslapan con varias instituciones. No las abordaré por rebasar los fines de este estudio. Para abundar véase EL ARBITRO, Ed. Porrúa, México, D.F., 2008; o EL ÁRBITRO, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, número 31, 2007.

¹¹ Para un estudio interesante véase Diego Valadez, LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A LOS PARTICULARES, en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer MacGregor, y Mariela Morales (coordinadores), LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU INTERNACIONALIZACIÓN. HACIA UN IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA, UNAM-Max Planck Institut, 2010, Tomo I, p. 681.

¹² Para abundar sobre el estatus de esta teoría en México, véase Javier Mijangos y González, LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional Ed. Porrúa México, D.F., 2007.

Debo admitir que la teoría es atractiva. Se constituye en aún otra instancia de protección constitucional. Y todo lo que sea garantista tiene un aura favorable.

Sin embargo, vista más de cerca, el punto de partida de la teoría la hace inaplicable al arbitraje. La aseveración descansa en dos géneros de fundamentos que analizaré por separado: (a) el derecho constitucional, y (b) el bien jurídico tutelado de la teoría.

a) *Derecho constitucional*

Tanto bajo el derecho constitucional *escrito* y como *jurisprudencial* la posibilidad de extender la protección de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares es improcedente.

i) *Lex scripta* constitucional

Bajo el texto *expreso* de la Constitución el instrumento para recurrir violaciones a las garantías individuales es el juicio de amparo, mismo que procede contra actos de autoridad (incluyendo leyes).¹³ *Ex constitutione*, nuestro sistema de protección constitucional está diseñado para proteger a *particulares* en contra de *autoridades*. No a particulares vis-à-vis particulares.

ii) Jurisprudencia constitucional

Desde Vallarta,¹⁴ el punto de partida del paradigma ha sido que las garantías individuales son protecciones oponibles ante autoridades.¹⁵ El amparo contra particulares es innecesario —para ello existen otras disciplinas: el derecho civil y penal.

Dicho punto de partida ha sido matizado conforme se ha desarrollado nuestra jurisprudencia constitucional. Aunque existieron casos donde podía percibirse una posible extensión del ámbito protector de los derechos

¹³ Artículo 103 de la Constitución. Artículo 1 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁴ Ignacio L. Vallarta, EL JUICIO DE AMPARO Y EL WRIT OF HABEAS CORPUS. ENSAYO CRÍTICO-COMPARATIVO, Porrúa, México, 1975 (1ª edición 1896) y Votos o Cuestiones Constitucionales.

¹⁵ Y dicho paradigma ha guiado a todos los constitucionalistas mexicanos.

fundamentales,¹⁶ en 1929 la Suprema Corte confirmó el paradigma de la tesis restrictiva de la incidencia de los derechos fundamentales, al decir:¹⁷

“las garantías constitucionales por su naturaleza jurídica, constituyen, en la generalidad de los casos, limitaciones al poder público, y no limitaciones a los particulares, por lo cual éstos no pueden violar esas garantías, ya que los hechos que ejecuten y que tiendan a privar de la vida, de la libertad, de las propiedades, de las posesiones o derechos a otros particulares, encuentran su sanción en las disposiciones del Derecho Común. ...”

Dicho paradigma fue endurecido en otros casos¹⁸ y ha continuado hasta nuestras fechas.¹⁹

¹⁶ Por ejemplo, el caso *El Cuarto Poder* donde el Pleno de la Suprema Corte señaló que “es obligación estricta, tanto para particulares como para las autoridades, guardar respecto a la manifestación del pensamiento y no coartar la circulación de los impresos en que aquel se consigne, mientras no se traspasen los límites establecidos por la Ley Fundamental”. (Sentencia del 18 de octubre de 1917, Pleno de la SCJN, SJF Quinta época, Parte I, p. 473.)

¹⁷ Sentencia del 16 de octubre de 1929, Primera Sala de la SCJN, SJF Quinta época, Tomo XXVII, p. 1063. Igualmente, Sentencia de 24 de abril de 1931, Primera Sala de la SCJN, SJF, Quinta época, Tomo XXXI, p. 2429.

¹⁸ Por ejemplo, en el caso *Compañía Cigarrera Mexicana* donde la Segunda Sala de la SCJN estableció que la SCJN concibe las garantías individuales como “limitaciones jurídicas que, en aras de la libertad individual y en respeto a ella, se oponen al poder o soberanía del Estado” o “barreras infranqueables que están dirigidas a las leyes y actos del Poder Público”. (Sentencia de 19 de abril de 1934, Segunda Sala de la SCJN, SJF, Quinta época, Tomo XL, p. 3630.) En 1949 la Primera Sala de la SCJN confirmó el criterio que “las garantías individuales consagradas por la Constitución General del País, son derechos subjetivos, limitadores de la actividad del poder público, por lo que solamente los funcionarios, representantes o agentes de este poder están en aptitud de violar esas garantías (...) mas no los particulares, máxime que las leyes penales sancionan todo acto ilícito de éstos.” (Sentencia de 13 de junio de 1949, Primera Sala de la SCJN, SJF, Quinta época, tomo C, p. 1216.) En el mismo sentido: sentencia del 29 de marzo de 1962, Primera Sala de la SCJN, SJF, Sexta época, tomo LVII, p. 32.

¹⁹ Como lo hace ver Mijangos en el recuento de jurisprudencia hasta nuestros días (Mijangos, *ob cit*, p. 95). Resume el paradigma en vigor la sentencia de un tribunal colegiado de la Ciudad de México al decir: “jurídicamente resulta inaceptable que, siendo las garantías individuales derechos subjetivos oponibles y limitantes del poder público, pueda atribuirse a un particular la violación de las mismas, cuando es inconcuso que el ataque a cualquiera de ellas proviene siempre de un abuso del poder estatal.” (Sentencia de 2 de agosto de 1996, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, p. 22, SJF, Novena época, Tomo IV, octubre de 1996, Tesis: I.4o, P.4. P, p. 589.)

Es de admitirse que existen casos que pueden ser citados como cimiento sobre el cual construir la aplicación del *Drittwirkung* en México. Por ejemplo, el amparo en revisión 2/2000 donde la SCJN razonó:

“los deberes previstos en la Constitución vinculan tanto a las autoridades como a los gobernados, toda vez que tanto unos como otros pueden ser sujetos activos en la comisión del ilícito constitucional...”²⁰

El razonamiento es interesante. Toda violación a las garantías implica un “ilícito constitucional”, pero no todo ilícito constitucional implica la violación de garantías. La hebra ‘ilícito constitucional’ puede ser usada para tejer un argumento en el sentido que las normas constitucionales deben ser respetadas por *todos*, incluyendo particulares. Y en fechas recientes este tema se ha puesto bajo la lupa en casos interesantes. Mencionaré algunos sobresalientes.

- a) La Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 18/03 donde la CIDH concibe los derechos humanos como obligaciones *erga omnes*.²¹ Ello incluye relaciones entre particulares. (La importancia de dicha determinación para derecho mexicano interno estriba en el (emocionante) desarrollo del Control de Convencionalidad.²²)
- b) El amparo directo en revisión 618/2006, donde la Suprema Corte analizó si una cláusula en la que un contador se comprometía a no competir (‘deslealmente’) constituía una violación a la libertad de trabajo contenida en el artículo 5º de la Constitución.²³ La Suprema Corte decidió que no era inconstitucional pues no había una renuncia o prohibición a ejercer la profesión, únicamente un compromiso de respeto de los clientes de la firma con la que trabajó. En un voto particular dos Ministros indicaron que el amparo directo en revisión:

“es una vía de penetración importante en la revisión de la *constitucionalidad de las interacciones entre particulares ... ya*

²⁰ Sentenciadel 11 de octubre de 2000 (considerando cuarto).

²¹ Caso Comunidad de Paz de San José de Apartadó contra Colombia, Caso Comunidades Jiguamiandó y del Curbaradó contra Colombia, caso Pueblo Indígena de Sarayaku contra Ecuador.

²² Para abundar sobre este interesanet desarrollo, véase Ernesto Rey Cantor, CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES Y DERECHOS HUMANOS, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Ed. Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, No. 26, México, D.F., 2008. A su vez, Jean Claude Tron Petit y Marco Antonio Pérez Meza, EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO (inédito).

²³ Sentencia de 31 de mayo de 2006, Primera Sala de la SCJN, SJF, Novena época, Tomo XXIV, agosto de 2006, Tesis: 1ª. CXLI/2006, p. 251.

que la Corte está llamada a revisar los significados que los Tribunales adscriben al texto constitucional en el curso de sus operaciones de enjuiciamiento de leyes o de normas de rango inferior, o de actos de autoridades públicas, o de *actos de particulares*.”

(énfasis añadido.)

- c) El amparo en revisión 2219/2009²⁴ donde se determinó que los colegios de abogados no son autoridad responsable para efectos del juicio de amparo. Algunos consideran que dicha decisión constituye un parte-aguas y redirección de la forma en que la Suprema Corte concibe la autoridad responsable para efectos del juicio de amparo.

Dos fragmentos del intercambio entre los Ministros son particularmente relevantes para nuestro tema. El primero no sólo por lo que dice sino por *quien* lo dice. Proviene de nada más y nada menos de quien más defiende la postura a favor de ampliar la noción de autoridad para efectos del juicio de amparo, el Ministro Zaldivar Lelo de Larrea, que dijo:²⁵

“... si yo contrato con el Estado un contrato para vender lápices y lo incumple, [¿] es un acto de autoridad para efectos del amparo [?], por supuesto que no [!] ...”

El segundo fragmento es de la Ministra Luna Ramos quien razonó:²⁶

... [es] una cuestión de carácter voluntario, ... el particular se somete ... [con] carácter contractual, ... voluntariamente me someto, a una cuestión casi arbitral, en la que yo decido someterme a esa jurisdicción, y en la que jamás podría tener sobre estos aspectos el carácter de autoridad que me sancione, porque yo lo determiné con el libre arbitrio de mi voluntad.

... es cierto que el concepto de autoridad para efectos del juicio de amparo, es una institución que ha evolucionado a lo largo del juicio de amparo como lo habíamos señalado desde la ocasión anterior; sin embargo, ... abrir la puerta del juicio de amparo a actos de particulares [sería] ... un retroceso en la evolución del juicio de amparo ... si lo abrimos a actos de

²⁴ Resuelto el 19 de abril de 2010.

²⁵ Amparo en Revisión 2219/2009, Versión Taquigráfica, Sesión en Pleno, 19 de abril de 2010, p. 12.

²⁶ Amparo en Revisión 2219/2009, Versión Taquigráfica, Sesión en Pleno, 19 de abril de 2010, p. 31.

particulares, en realidad estaríamos cambiando la esencia de nuestro juicio de amparo, cambiando su razón de ser, su naturaleza jurídica en el momento en que lo cambiáramos a una posibilidad de establecer la procedencia de un juicio de amparo contra particulares.

(énfasis añadido.)

Como puede verse, existen elementos encontrados que hacen difícil pronosticar si el *Drittwirkung* encontrará tierra fértil en nuestro derecho constitucional. Sin embargo, cualquiera que sea el desarrollo de dicha idea, deseo postular que —inclusive suponiendo que se desarrolle a su máxima expresión— no debe incluir al arbitraje. El motivo: *la ratio de la protección es inexistente*.

b) *Ratio del Drittwirkung*

En su esencia, el motivo detrás del *Drittwirkung* lo constituye el *poder*.²⁷ La relajación del paradigma que el Juicio de Amparo busca proteger a particulares en contra del *poder público* obedece a instancias de lesión a particulares en sus derechos fundamentales por personas o entidades que gozan de *poder*. El que no sea *poder público* —sino *poder privado*— debe ser, para efectos del amparo, irrelevante. Se trata de *poder*.²⁸ Ésta ha sido la *raison d'être* del cambio de paradigma. Del (loable) deseo de extender la procedencia del amparo a este tipo de situaciones.

Ab initio, conceptualmente, uno no puede más que estar de acuerdo con el desarrollo. Pero al llevar dicha idea al mundo del arbitraje y los mecanismos alternativos de solución de controversias uno se encuentra con que no existe el punto de partida de toda la teoría: el *poder privado*. Las partes, al acudir al arbitraje, hacen uso de su autonomía de la voluntad. Ejercen su derecho a disponer de sus problemas. Existen muchas maneras de hacer esto. Podrían renunciar al derecho, podrían echar un volado y decidir quién gana. O pueden escoger un mecanismo más sofisticado y eficaz. Ésta ruta es la arbitral. Pero la naturaleza es la misma: es un acto *privado*, de naturaleza *contractual*, en el que las partes contratan los servicios de un prestador de servicios, para que resuelva su controversia en forma apegada a derecho o en base a otros cánones.

²⁷ En una interesante conferencia sobre “*El Arbitraje y la Judicatura*” el 21 de octubre de 2010 en el ITESM y Centro de Arbitraje de México, el Ministro José Ramón Cossío hizo hincapié en este punto, y los motivos del surgimiento de la idea.

²⁸ Ver José Juan Anzures Gurría, LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, en CUESTIONES CONSTITUCIONALES, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, UNAM, México, D.F., No. 22, Enero-Junio 2010, p. 15.

Entender lo anterior es de suma importancia. Implica un refinamiento epistemológico sobre cómo entender el pacto arbitral. Dicha elección no es similar a una cláusula de foro prorrogando mediante la cual se hace aplicable la jurisdicción de otro juzgador. Lo que en verdad está sucediendo es que escogen un mecanismo *privado* para resolver el problema. Un esquema fundamentalmente diverso al litigio estatal.

Distíngase dicho escenario de los casos en los que la *Drittwirkung* ha ganado adeptos. Por ejemplo, las expulsiones de trabajadores de sindicatos, con la consecuente imposibilidad de trabajar.²⁹ Se trata de circunstancias fundamentalmente distintas. A diferencia de las situaciones donde existe poder privado, y que podría hablarse de *lege ferenda* de irradiación multidireccional de derechos fundamentales, en el arbitraje no hay un ‘poderoso’ contra quien proteger a las partes. La relación en todo momento es horizontal.

No faltará quien diga que sí existe poder: se le otorga al árbitro el ‘poder’ (la *facultad*) de decidir a quién asiste la razón o el derecho en una disputa. La aseveración incurriría en una confusión semántica y conceptual. El ‘poder’ que ha motivado la extensión a las relaciones privadas del manto protector de los derechos fundamentales es distinto a la acepción de ‘poder’ utilizado en dicho postulado. El ‘poder’ otorgado a los árbitros es mejor concebido como una ‘facultad’. Una misión. Un mandato. No como una facultad de mando. Algo distinto al ‘poder’ en su acepción sociológica. El confiar la solución de un problema no significa que envisten de *poder* al árbitro. Simplemente le solicitan a un profesional independiente que emita una opinión que resuelva su problema.

Al no tratarse de una situación en la que existe poder, el *leitmotiv* del *Drittwirkung* es inexistente. Por más loable que sea el desarrollo, simplemente no tiene cabida en esta disciplina.

El arbitraje no es uno de los “poderes salvajes del mercado” a los que alude Luigi Ferrajoli³⁰ como aquellos en contra de los cuales deben existir procesos constitucionales para tutelar garantías. Uno puede comulgar con el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea que “se requiere avanzar hacia la oponibilidad de los derechos fundamentales en el plano horizontal, esto es,

²⁹ Otros ejemplos dados son asociaciones profesionales o grandes empresas. (Anzures Gurría, *idem*.)

³⁰ Luigi Ferrajoli, CONTRA LOS PODERES SALVAJES DEL MERCADO: POR UN CONSTITUCIONALISMO DE DERECHO PRIVADO, trabajo presentado en el seminario Estrategias y propuestas para la reforma del Estados, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 6 y 7 de septiembre de 2011. A su vez, DERECHO Y RAZÓN. TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL, Madrid, Trotta, 2000, p. 931.

frente a particulares y no exclusivamente frente al aparato estatal”³¹ cuando se trate de “poderes privados ... insuficientemente regulados ... metalegales ... llamados por Ferrajoli *poderes salvajes...*”³² para “abarcarse toda la dinámica social [y] ... avanzar hacia la maximización de los derechos fundamentales y la minimización del poder...”³³ para “sujetar al control de amparo una gran cantidad de actos lesivos a la esfera jurídica de los gobernados que hasta ahora gozan de impunidad” y aún así concluir que no debe proceder en materia de arbitraje.

Uno puede encontrar inspiración en los casos Marcolfo F. Torres,³⁴ Calixto A. Rodríguez,³⁵ Julia Campos Otero,³⁶ los casos de la CORETT,³⁷ el famoso caso enderezado por un prestigiado litigante contra el hipódromo por la descalificación de un caballo y su jinete, la teoría de autoridades *de facto*, y las (agudas) nociones de Don Guillermo Guzmán Orozco,³⁸ y aún así

³¹ Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, HACIA UNA NUEVA LEY DE AMPARO, Ed. Porrúa, UNAM, México, D.F., tercera edición, 2010, p. 75.

³² Zaldívar Lelo de Larrea, *ob. cit.*, p. 76.

³³ Zaldívar Lelo de Larrea, *ob. cit.*, p. 77.

³⁴ Quien, gracias a un amparo contra el mayor Canuto Ortega, quien no era en verdad militar pero contaba con fuerza pública, logro evitar que se le privara de la libertad. Este caso se cita con frecuencia como fuente de la teoría que el amparo procede en contra de entes con fuerza pública, inclusive cuando no derive de ser parte *formal* de la administración pública. Contra autoridades de hecho. *De facto*. (El caso es del 10 de mayo de 1919.)

³⁵ Un amparo enderezado contra el director y secretario de la Escuela Nacional de Maestros por negar una inscripción. (Caso del 25 de julio de 1930.)

³⁶ Que versó sobre un amparo contra actos de la Secretaría Particular de la Presidencia de la República. La Segunda Sala dijo “... el criterio que debe servir de norma para definir en qué casos se está en presencia de un acto de autoridad, debe referirse a la naturaleza misma de esos actos, los que pueden ser, según la doctrina antes expresada, una resolución que afecte a los particulares o actos de ejecución con esa misma característica, provenientes, uno de otros, de órganos del Estado, dentro o fuera de las órbitas de sus atribuciones legales. ...” (amparo en revisión 3996/34.) El caso sirve de fundamento para la noción que la esencia prevalece sobre nomenclatura.

³⁷ Que dieron origen al criterio de ‘afectar derechos en forma unilateral sin recurso’.

³⁸ Quien defendió la noción de que actos unilaterales que creen, modifiquen o extingan derechos contenidos en la esfera jurídica de los particulares, sin consentimiento del afectado y sin necesidad de acudir a órganos jurisdiccionales —abandonando por ende el criterio de que el acto autoritario emane de un órgano estatal. Ver por ejemplo, tesis “AUTORIDADES. QUIÉNES LO SON. Este Tribunal estima que para los efectos del amparo son actos de autoridad todos aquellos mediante los cuales funcionarios o empleados de organismos estatales o descentralizados pretenden imponer dentro de su actuación oficial, con base en la ley y unilateralmente, obligaciones a particulares, o modificar existente, o limitar sus derechos.” (Séptima

distinguirlos del arbitraje. El motivo: la *ratio* que dio origen a todos estos no está presente cuando las partes optan voluntariamente por acudir a un mecanismo distinto al tradicional, buscando *inter alia* especialidad, flexibilidad, velocidad, y —sobre todo— *no acudir a tribunales*.

Visto así, el arbitraje es libertario. Es una *opción* para canalizar en forma diversa un problema. Si se elimina, se limitaría el abanico de libertades de los gobernados—algo anatema a toda la teoría libertaria que da origen a la doctrina del *Drittwirkung*.

B. DERECHO ARBITRAL

Bajo derecho arbitral existen motivos para no extender la aplicación de los derechos fundamentales al arbitraje y a los mecanismos alternativos de solución de controversias. En esencia, la autonomía de la voluntad.

Las partes, al acudir al arbitraje o MASC, ejercieron su derecho (constitucionalmente contemplado³⁹) a resolver su problema *fuera de tribunales*. Si, por virtud del *Drittwirkung*, una de las partes lograra llevar su problema a un tribunal constitucional, se le permitiría violar su pacto. Se le permitiría desvirtuar la intención esencial, nuclear, detrás de un pacto de someter la solución del problema al arbitraje: hacerlo fuera de tribunales.

No es que haya algo malo en acudir a tribunales. Las partes simplemente desearon utilizar otra instancia. La decisión debe ser respetada.

Cualquiera que sea la razón que motiva a las partes a no acudir a tribunales, debe dársele efectos. Los motivos son los mismos a cualquier otro contrato. Si las partes desean enajenar un bien, transigir un problema, arrendar un inmueble, dar un mueble en comodato, o celebrar cualquier acto jurídico, *cualquiera que sea el motivo detrás de dicha decisión, el Derecho tiene que darle efectos—y se los da.*⁴⁰ Dicho pacto, como los demás pactos, tiene fuerza de ley entre las partes.

Hacer aplicable mecanismos del Derecho Procesal Constitucional (vgr., el juicio de amparo) para recurrir actos relacionados con procesos arbitrales, mermaría esta voluntad. Desvirtuaría la decisión de las partes de contar con un mecanismo *distinto al judicial* para resolver sus disputas. Sería un caso de buena teoría utilizada abusivamente: para incumplir un pacto. El arbitral.

Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, tomos 145-150, sexta parte, p. 355.)

³⁹ Párrafo 3 del Artículo 17 de la Constitución.

⁴⁰ Mediante el artículo 1424 del Código de Comercio.

IV. COMENTARIO FINAL

Vivimos momentos interesantes. Se están reconfigurando y reacomodando piezas conceptuales importantes del paradigma del Derecho Procesal Constitucional, y en un sentido no sólo plausible sino emocionante.⁴¹ Pero el que ello implique atrapar todo bajo el nuevo paradigma sería ignorar la naturaleza de otras instituciones (como el arbitraje) y las consecuencias que acarrearía. Sería un caso de palabras bonitas, con resultados feos.

⁴¹ Algunos advertimos que las observaciones que hacía Luigi Ferrajoli sobre la lamentable dicotomía positivista entre derechos fundamentales y garantías se están plausiblemente actualizando en un sentido *pro homine*. (Ver Luigi Ferrajoli, LOS FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale, Danilo Zolo, Editorial Trotta, Madrid, 2009, particularmente pps. 45 a 56).