

El árbitro privado no es autoridad para efectos de la Ley de Amparo: entendiendo la lógica detrás de la teoría del *Drittwirkung der Grundrechte*

The Arbitrator is no Authority for the Habeas Corpus (Ley de Amparo) Purposes: Understanding the Logic Behind the Theory of Drittwirkung der Grundrechte

Daniel García Barragán López*

RDP

La afirmación sin matices de la aplicabilidad directa de la Constitución puede transformarla en una caja de Pandora a través de la cual quepa decir todo y signifique nada, esto es, “que esa aplicación de la Constitución en su doble cualidad de norma jurídica y norma jurídica superior se transforme a su vez, o en una mera declaración programática o en un campo abonado donde quepa cualquier tipo de activismo judicial”.

Javier Mijangos y González

* Asociado, García Barragán Abogados, S. C. Agradezco profundamente al doctor Francisco González de Cossío por alentar la elaboración del presente trabajo, así como por compartirme sus puntos de vista sobre el tema analizado, mismos que enriquecieron enormemente el resultado final aquí expuesto.

DANIEL GARCÍA BARRAGÁN LÓPEZ

RESUMEN

En el presente artículo se analiza la posibilidad de extender la calidad de autoridad a aquellos particulares que realizan actos equivalentes a los de una autoridad (de forma unilateral y obligatoria) y los cuales están previstos en una norma general, y si con éstos afectan los derechos de algún gobernado en el marco del arbitraje comercial y para efectos del juicio de amparo.

PALABRAS CLAVE: árbitro, acto de autoridad, efectos, Ley de Amparo.

ABSTRACT

In the present article the possibility to extend the authority's quality, to those individuals involved on acts that are equivalents to authority's acts (unilateral and binding) and which are covered by a general regulation is analyzed, and if with these affect the rights of some governed; under the commercial arbitration and for purposes of the Habeas Corpus or Ley de Amparo.

KEYWORDS: Arbitrator, Authority Act, Effects, Habeas Corpus or Ley de Amparo.

A partir de la entrada en vigor de la nueva Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Ley de Amparo) publicada el 2 de abril del 2013, se creó una discusión en el mundo del arbitraje comercial en virtud de las implicaciones del artículo 5o. del referido ordenamiento que expresamente incorporó, por primera vez en el sistema jurídico mexicano, la posibilidad de extender la calidad de autoridad para efectos del juicio de amparo a aquellos particulares que realizando actos equivalentes a los de una autoridad (de forma unilateral y obligatoria) afecten los derechos de un gobernado, siempre que dichas funciones estén previstas en una norma general.

Al respecto, el artículo en comento dispone lo siguiente:

Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo:

I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1o. de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de

EL ÁRBITRO PRIVADO NO ES AUTORIDAD PARA EFECTOS DE LA LEY DE AMPARO...

manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

El interés simple, en ningún caso, podrá invocarse como interés legítimo. La autoridad pública no podrá invocar interés legítimo.

El juicio de amparo podrá promoverse conjuntamente por dos o más quejosos cuando resientan una afectación común en sus derechos o intereses, aun en el supuesto de que dicha afectación derive de actos distintos, si éstos les causan un perjuicio análogo y provienen de las mismas autoridades.

Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa.

La víctima u ofendido del delito podrán tener el carácter de quejosos en los términos de esta Ley.

II. La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.

Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.

El contenido del progresista artículo 5o. de la Ley de Amparo vino a generar dudas sobre la posibilidad de que el árbitro privado de naturaleza comercial, pudiera ser considerado autoridad para efectos del juicio de amparo y los efectos que esto tendría para el arbitraje en nuestro país. Entre los muchos inconvenientes que dicha postura traería al panorama del arbitraje nacional o internacional donde la sede del mismo sea México, se encuentra la posibilidad de que todas y cada una de las órdenes procesales emitidas por el árbitro único o tribunal arbitral sean recurridas mediante el juicio de amparo, lo cual implicaría que el proceso se alargara indefinidamente (bajo estas circunstancias, habría que sumarle a cada arbitraje por lo menos un par de años antes de conocer el laudo final el cual, bajo la misma lógica, también podría ser objeto

DANIEL GARCÍA BARRAGÁN LÓPEZ

impugnación por medio del juicio de amparo)¹ haciendo nugatorio el principio de celeridad que caracteriza a los procesos arbitrales y que, por lo general, es uno de los principales motivos que en un principio incentivan a las partes a pactar una cláusula arbitral.² Asimismo, lo anterior también permitiría al juez de amparo conocer del fondo del asunto en detrimento de la eficacia arbitral que presupone que el árbitro que conoce del asunto es experto en la materia.

Lo anterior significaría, en mi opinión, el final de la institución del arbitraje en México, siendo prácticamente imposible que alguna parte contratante quisiera someter sus disputas a un proceso arbitral que no sólo va a tardar mucho tiempo en resolverse sino que será objeto de constante revisión judicial, lo cual le resta totalmente sentido a la decisión de sustraerlo de la jurisdicción estatal desde un principio. El mismo comentario se hace extensivo para aquellos arbitrajes internacionales en los cuales se nombra a México como sede del mismo en virtud (muchas veces) de la buena reputación con la que cuenta nuestro país respecto a la recepción y respeto de dichos procesos arbitrales, situación que cambiaría drásticamente al punto de hacer de nuestra *lex arbitri* una de las menos atractivas en el panorama mundial.

En virtud de lo anterior, han sido ya muchas voces sumamente autorizadas³ quienes han expuesto por qué el árbitro privado de natura-

¹ En virtud de las excepciones al principio de definitividad que podrían permitir a algún quejoso recurrir directamente al juicio de amparo sin agotar el procedimiento de nulidad previsto en el artículo 1457 del Código de Comercio.

² La Corte Constitucional Colombiana (país en donde rige la aplicación inmediata de los derechos fundamentales frente a particulares) ha sostenido que se tratará de un asunto dominado por el de recho privado cuando el contrato ocupa el papel fundamental en la relación que se establezca y, en esa medida, la autonomía para modificar o inaplicar normas expedidas por una autoridad estatal legitimada, es particularmente dilatada. Lo anterior es perfectamente aplicable a los arbitrajes comerciales cuyo origen y elemento fundamental que del cual se desprende el arbitraje, es justamente el contrato en el cual se contiene la cláusula arbitral, así como esta misma que se considera por sí misma como un acuerdo de voluntades independiente. Véase Calderón Villegas, Juan Jacobo, *La constitucionalización del derecho privado*, Bogotá, Universidad de los Andes-Universidad del Rosario-Temis, 2011, p. 13.

³ Entre los diversos textos que han surgido para tratar la cuestión referida destacan los siguientes: Ortiz Mayagoitia, Guillermo, *Arbitraje privado ¿Procede el amparo contra el laudo que le pone fin?*, Mensaje presentado en la Comisión de Arbitraje del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio (ICC México) el 23 de abril de 2013,

leza comercial no es autoridad para efectos del juicio de amparo al no encuadrar dicha figura en la hipótesis normativa prevista en el citado artículo 5o. de la ley de la materia y, por el contrario, hacer notar que la intención del legislador era incorporar expresamente a la ley el desarrollo jurisprudencial que sobre la *autoridad de hecho o facto* se había generado en nuestro país.

También se ha señalado la improcedencia de la vía en virtud de que el principio de definitividad que rige al juicio de amparo inhibe la posibilidad de acudir directamente al mismo en virtud de la posibilidad de demandar la nulidad del laudo en términos del capítulo VIII del título cuarto, libro quinto del Código de Comercio.⁴

No obstante lo anterior, dicho principio de definitividad no limita la procedencia del juicio de amparo cuando nos encontramos frente a ordenes procesales dictadas dentro del procedimiento arbitral por lo que el problema subsiste e incluso, para efectos prácticos, se agrava en virtud de que el potencial “obstruccionista” del arbitraje por el mal

disponible en: http://iccmex.mx/noticias/2013/mayo/discurso_ministro_ortiz_ley_amparo.pdf; Silva Nava, Carlos de, “El árbitro de derecho privado no es autoridad para efectos del juicio de amparo”, reporte en línea núm. 60 del Centro de Arbitraje de México, disponible en: <http://www.camex.com.mx/index.php/publicaciones/reporte-en-linea/537-reporte-en-linea-no-60-el-arbitro-de-derecho-privado-no-es-autoridad-para-efectos-del-juicio-de-amparo>; Gonzalez de Cossío, Francisco, “El árbitro no es autoridad para efectos del juicio de amparo”, disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/EL%20ARBITRO%20NO%20ES%20AUTORIDAD.pdf>; “Postura del Instituto Mexicano de Arbitraje sobre el árbitro como posible autoridad responsable”, consultable en: <http://www.imarbitraje.org.mx/posturas/Postura%20sobre%20improcedencia%20de%20amparo%20contra%20arbitro.pdf>; González de Cossío, Francisco, *Amparo y arbitraje, notas para discusión el 5 de marzo de 2014 en el Comité de Arbitraje de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados*; Abascal, José María y Flores Senties, Héctor, “La nueva Ley de Amparo y el arbitraje”, *Abogado Corporativo*, revista de la Asociación Nacional de Abogados de Empresa.

⁴ No obstante lo anterior, como bien señala Francisco González de Cossío, el principio de definitividad no es suficiente para desestimar y neutralizar el error conceptual de aquellos que pretenden utilizar al juicio de amparo contra un árbitro comercial toda vez que ello conllevaría a establecer que el mismo procede en todos aquellos supuestos de excepción entre los que destacan: 1) actos de imposible reparación, 2) actos que carezcan de motivación, 3) violaciones directas a la Constitución, 4) actos o resoluciones respecto de los cuales, la ley que los rige no prevé la suspensión de su ejecución con la interposición de los recursos o medios de defensa ordinarias que proceden en su contra y 5) renuncia de recursos legales en materia mercantil. Véase, González de Cossío, Francisco, *Amparo y arbitraje...*, cit.

DANIEL GARCÍA BARRAGÁN LÓPEZ

uso del amparo y la errónea concepción de la teoría sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales es mayor cuando se explota frente a actos intraprocesales que cuando es únicamente utilizado contra el laudo final.

Si bien la mayoría de los estudios que han hecho referencia a este tema han desvinculado (exitosamente) la figura del árbitro privado del supuesto normativo establecido en la Ley de Amparo, en virtud de que éste no cumple con los requisitos ni agota los extremos que establece el mencionado artículo 5o. (actuación unilateral y obligatoria, así como que el acto proceda en ejercicio de funciones establecidas en una norma general), también debe señalarse que la inclusión del árbitro privado como autoridad para efectos del juicio de amparo no atiende a la lógica, origen y/u objeto de la *Drittwirkung der Grundrechte*⁵ ni, lo que en este sentido, era la intención del Constituyente ni del legislador ordinario al momento de llevar a cabo las reformas constitucional y legal en materia de amparo.

Es decir, si bien se ha desvinculado exitosamente la figura del árbitro privado a partir de la redacción y requisitos establecidos en el artículo 5o. de la Ley de Amparo para considerar a un particular como autoridad, vale la pena ahondar, desde un punto de vista teórico, en la incompatibilidad que la inclusión del árbitro tendría en el desarrollo teórico y jurisprudencial del *Drittwirkung der Grundrechte* y la desnaturalización que dicha teoría sufriría en caso de permitirse tal interpretación.

Si partimos de la intención del Constituyente plasmada en la Exposición de Motivos de la Iniciativa con Proyecto de decreto que Reforma los artículos 94, 100, 103, 107 y 112 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que dio lugar a la reforma constitucional en materia de amparo del 6 de junio de 2011, podemos advertir que el legislador, al buscar extender el juicio de amparo a los particulares, no tenía en mente que la mencionada figura fuera utilizada para llevar

⁵ He decidido utilizar la expresión alemana que hace referencia a la teoría sobre la eficacia horizontal de los derechos humanos en razón de ser la que con más fuerza se ha desarrollado teóricamente, aunado al hecho de que dicha terminología ha sido, en su gran mayoría, recogida y aceptada para su desarrollo dogmático en los trabajos que se elaboran en idioma castellano.

EL ÁRBITRO PRIVADO NO ES AUTORIDAD PARA EFECTOS DE LA LEY DE AMPARO...

a dicha instancia a un tercero que, por virtud de un acuerdo de voluntades, dirime una controversia de carácter mercantil.

Por el contrario, en diversos pasajes de dicha Exposición de Motivos, atendiendo al sentido y orientación que ha tenido el desarrollo del marco teórico y jurisprudencial del *Drittwirkung der Grundrechte*, se muestra la intención originaria del Constituyente de someter al juicio de amparo únicamente a aquellos particulares que tengan a su cargo la prestación de servicios públicos, de interés público o que actúen en ejercicio de funciones públicas, así como a los poderes fácticos, que al encontrarse en una posición material de supra-subordinación, están en posibilidades de violentar derechos fundamentales.

Al respecto, los pasajes relevantes de dicha exposición de motivos leen lo siguiente:

Estas bases constitucionales se deberán desarrollar en la Ley de Amparo en cuyo texto deberá enfatizarse que a través del juicio de garantías se protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares, ya sea que se promueva de forma individual o conjuntamente por dos o más personas, elaborando así el concepto de afectación común, el que resulta básico para la operatividad de la protección a los derechos sociales.

En este sentido, se reconoce la posibilidad de que los particulares violenten derechos sociales cuando tengan a su cargo la prestación de servicios públicos o de interés público, o bien, cuando actúen en ejercicio de funciones públicas, transformando de esta forma la protección en una protección sustantiva y no puramente formal.

...

Este dictamen no contempla el amparo social, tampoco permite promover juicio de amparo contra actos de particulares, pensemos en poderes fácticos, que violentan derechos fundamentales y no establece ningún mecanismo adecuado para que los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sean aprobados conforme al procedimiento del artículo 135 de la Constitución.⁶

⁶ Exposición de Motivos, Iniciativa de Senadores (Grupo Parlamentario PRI), Gaceta núm. 352, visible en: <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/PDFs/proceso%20legislativo%20amparo.pdf>.

DANIEL GARCÍA BARRAGÁN LÓPEZ

Asimismo, en la Iniciativa de nueva Ley de Amparo, el legislador ordinario ahondó en los objetivos y alcances que la inclusión de particulares como potenciales autoridades para efectos del juicio de amparo buscaba atender. En este sentido, se confirmaba que la intención de la reforma a la Ley de Amparo era prevenir la violación de derechos fundamentales por particulares cuando éstos se encontraran bajo ciertas circunstancias, en específico, una situación de supra-subordinación respecto de otros gobernados y donde no mediara ningún medio de defensa que permitiera a éstos hacer valer sus legítimos reclamos.

Al respecto, la parte conducente de la Iniciativa que dio origen a la nueva Ley de Amparo estableció:

...los derechos como una afectación del Estado en la esfera de los particulares, si bien es comprensible, también ha quedado rebasada por la realidad actual por tres razones principales.

...

La segunda, es precisamente que hoy en día, en materia de derechos humanos, la vulneración más importante de tales derechos no sólo proviene del Estado, sino que también provienen de la actuación de los particulares en ciertas circunstancias. El medio ambiente ha sido principalmente vulnerado por los actos de particulares, más que del Estado mismo; la discriminación social no solamente proviene de los agentes del Estado, sino que lamentablemente es alimentada por prácticas dentro de la sociedad y de los mismos particulares; el derecho a la intimidad, a las comunicaciones privadas y a la protección de datos personales es una responsabilidad que hoy corresponde también a los particulares garantizar.

...

Hay que tomar en cuenta que en la gran mayoría de los casos este tipo de violaciones requieren la mediación de las autoridades ordinarias, las cuales tienen que valorar inicialmente este tipo de actos. Sin embargo, siempre existirán actos que puedan llegar de manera directa al amparo cuando los particulares estén en una situación de supra-subordinación y sin medios de defensa que le permitan solventar su pretensión.

Lo expresado por el Poder Legislativo (en su carácter de reformador constitucional y legal) sigue el razonamiento del desarrollo jurisprudencial nacional sobre la materia así como las novedosas aportaciones académicas de aquellos que promovieron intensamente la creación de una nueva Ley de Amparo entre los que destacan el hoy ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Una de las constantes que aparecen tanto en las exposiciones de motivos como en los textos preparados por el ministro Zaldívar, y que a su vez juega un rol central en la teoría del *Drittwirkung der Grundrechte*, se refiere al concepto de poderes privados (insuficientemente regulados o no regulados).⁷

El concepto de poder privado implica, a la luz del *Drittwirkung der Grundrechte*, aquellas sujeciones extrajurídicas que se desarrollan en el marco de instituciones jurídicas abandonadas a dinámicas sustancialmente libres e incontroladas, o bien, aquellas que lo hacen fuera de cualquier rol o institución jurídica y en forma puramente extralegal. En virtud de cualquiera de estos dos escenarios, los poderes privados al amparo de la libertad y discrecionalidad que les otorga el principio de legalidad (todo aquello que no está prohibido para los particulares debe entenderse como permitido), se encuentran en una situación de supra-subordinación que producen “desigualdades sustanciales”⁸ mismas que originalmente (bajo la teoría liberal) se le atribuían sólo al Estado y por ende tienen la posibilidad de constreñir la esfera jurídica de particulares y, en específico, de violar sus derechos fundamentales.

Para efectos de explicar claramente el concepto de poder privado y la forma como éste sirve de justificación al surgimiento e implementación del *Drittwirkung der Grundrechte* resultan especialmente ilustrativas las ideas del filósofo francés Michelle Foucault sobre los denominados “micropoderes”. A partir del rompimiento con las interpretaciones clásicas del poder que se referían exclusivamente al plano estatal (jurídico y represivo), el pensador francés identifica diversos micropoderes que se

⁷ Véase, Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Poderes privados no regulados*, visible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/160/8.pdf>; *id.*, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, 2002.

⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Italia, Trotta, 2006, p. 933.

DANIEL GARCÍA BARRAGÁN LÓPEZ

desarrollan a lo largo del cuerpo social y que, a partir de estructuras jerarquizadas que implican el uso de la fuerza, se traducen en formas de saber, técnicas disciplinarias y relaciones económicas.

El poder en el sentido sustantivo no existe... La idea de que hay algo situado en —o emanado de— un punto dado, y que ese algo es un “poder”, me parece que se basa en un análisis equivocado... En realidad el poder significa relaciones, una red más o menos organizada, jerarquizada, coordinada.

El poder es relación de fuerzas y se halla presente en la sociedad desde el primer momento, no es algo añadido con posterioridad. El poder se encuentra en todo fenómeno social, toda relación social es vehículo y expresión del poder; no es patrimonio exclusivo de los aparatos del Estado. Hay una inmensa cantidad de vectores de fuerza, entre los cuales las instituciones estatales son sólo puntos de mayor densidad.⁹

En el mismo sentido pero desde una aproximación más jurídica, Luigi Ferrajoli ha expuesto:

Si es verdad, como he sostenido, que el derecho penal se justifica esencialmente como técnica de minimización de la violencia, tanto pública como privada, el entero artificio jurídico se justifica, según el paradigma del Estado de derecho, como técnica de minimización del poder, de otra forma absoluto: de los poderes públicos, que se expresan en los arbitrios políticos y en los abusos policíacos y administrativos; pero también de los poderes privados, que se manifiestan en el uso de la fuerza física, en la explotación y en las infinitas formas de opresión familiar, de dominio económico y de abuso interpersonal.¹⁰

Es bajo esta lógica de desregulación jurídica, poderes privados, relaciones de supra-subordinación y sujeciones extrajurídicas que las corrientes garantistas, encabezadas por el propio Ferrajoli, han pugnado

⁹ Aguilera Portales, Rafael Enrique y González Cruz, Joaquín, *Derecho, verdad y poder en la teoría político-jurídica de Michel Foucault*, visible en: <http://serbal.pntic.mec.es/AParteRei/portales74.pdf.com>.

¹⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., p. 932.

EL ÁRBITRO PRIVADO NO ES AUTORIDAD PARA EFECTOS DE LA LEY DE AMPARO...

por la limitación de los poderes y por la correspondiente ampliación de las libertades a través de medidas y corrientes teóricas entre las que destaca la *Drittwirkung der Grundrechte*.

Ahora bien, al analizar la figura del árbitro privado a la luz de la teoría contractual (la cual ha sido mayormente adoptada por los diversos actores del arbitraje entre los que se incluye a la Suprema Corte de Justicia de la Nación)¹¹ podemos definirlo como un tercero que, por virtud de un acuerdo de voluntades, conoce *notio* y dirime *juditio* una controversia.¹² Aunado a lo anterior, se debe mencionar que el laudo que emite el árbitro es obligatorio en función de la propia voluntad de las partes que sometieron su controversia a éste; pero, en virtud de que el árbitro no es autoridad y por ende carece de *imperium*, se necesitará (en caso de que la parte vencida no acate voluntariamente dicho laudo) de la intervención estatal para que de forma coactiva éste sea ejecutado y se materialicen los efectos jurídicos que se desprenden del laudo arbitral.

Así las cosas, es posible identificar que cuando estamos frente a un árbitro privado no se actualizan los siguientes elementos:

- a) Poder privado (en el contexto utilizado por Foucault o Ferrajoli, es decir, fuerza física, explotación, opresión, dominio económico, abuso interpersonal o relaciones de fuerza);
- b) Desregulación jurídica total o parcial: contrario a la tesis de los poderes salvajes encabezada por Ferrajoli, el árbitro privado de naturaleza comercial no es una figura cuyo poder provenga de la deficiente o ausencia total de regulación jurídica que le pudiera permitir, al amparo de la libertad que le otorga el principio de legalidad, constituirse como un poder de facto en posibilidades de vulnerar libremente los derechos de aquellos que someten su controversia a su conocimiento.

Contrario a lo que supone este elemento, la institución del arbitraje comercial está exhaustivamente regulada tanto por ordenamientos ins-

¹¹ Amparo en Revisión 216/2009, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 8 de septiembre de 2010, pp. 35-38. Unanimidad de 4 votos.

¹² González de Cossío, Francisco, *El arbitraje y la judicatura*, México, Porrúa, 2007, p. 78.

DANIEL GARCÍA BARRAGÁN LÓPEZ

titucionales, nacionales e internacionales que someten las actuaciones arbitrales a diversos límites y vínculos en aras de la protección de la igualdad procesal y el debido proceso de las partes. Incluso, dichos ordenamientos prevén la posibilidad de dejar sin efectos los laudos emitidos por los árbitros, o bien, que, siendo válidos dichos laudos, la autoridad estatal del lugar donde se busque la ejecución deniegue la misma por afectar los derechos de las partes.

En virtud de lo anterior, tampoco es posible pensar en que existan sujeciones extrajurídicas por parte de los árbitros, pues la actuación de éstos únicamente se puede desarrollar en el marco de la ley que resulte aplicable, o incluso, de acuerdo con las normas que las partes se otorguen voluntariamente para la sustanciación del procedimiento arbitral.

c) Situación de supra-subordinación: si bien es cierto que durante el arbitraje el árbitro es el rector del proceso y por ende tiene facultades para impulsar el mismo, hacerse de la información necesaria para resolver la disputa, evitar que el proceso se quede sin materia, etcétera, éste continúa siendo un particular cuya función originalmente viene de una relación contractual y quien, desde un punto de vista estrictamente jurídico, se desempeña como un prestador de servicios profesionales.¹³

Resulta relevante señalar nuevamente que la falta de imperio por parte del árbitro le quita el atributo que materialmente le da el carácter de autoridad al juez y que hubiera podido colocar al árbitro en una posición de supraordinación respecto de las partes involucradas en el arbitraje.

Así las cosas, al no existir una subordinación (jurídica o extrajurídica) de las partes al árbitro y en virtud de que aquella parte que se siente agraviada por el laudo puede demandar la nulidad del mismo a la luz de las causales contenidas en el artículo 1457 del Código de Comercio, hubiera sido mejor, desde un punto de técnica legislativa adoptar un texto similar al utilizado por Colombia, país que a nivel latinoamericano ha desarrollado más la eficacia horizontal de los derechos fundamenta-

¹³ En este mismo sentido, siguiendo las ideas de Norberto Bobbio, los asuntos serán de derecho privado o derecho público según se trate de una situación de igualdad o de desigualdad de las personas que establecen la relación. Véase Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 13.

les, en su Constitución así como en el decreto mediante el cual se reglamenta la acción de tutela, es decir, un régimen de *numerus clausus* que prevenga la hipertrofia del *Drittwirkung der Grundrechte*.

Constitución Política de Colombia: “Artículo 86... la ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.¹⁴

Incluso, la Corte Constitucional al analizar dicho precepto constitucional atiende a la *ratio legis* que justifica la acción de tutela contra los particulares misma que, a su vez, la razón y objetivos desarrollados uniformemente a nivel mundial respecto de la *Drittwirkung der Grundrechte*.

La equidistancia entre los particulares se suspende o se quebranta cuando a alguno de ellos se le encarga la prestación de un servicio público, o el poder social que, por otras causas, alcanzan a detentar puede virtualmente colocar a los demás en estado de subordinación o indefensión. En estos eventos, tiene lógica que la ley establezca la procedencia de la acción de tutela contra los particulares que prevalecidos de su relativa superioridad u olvidando la finalidad social de sus funciones, vulneren los derechos fundamentales de los restantes miembros de la comunidad. La idea que inspira la tutela, que no es otra que el control al abuso del poder, se predica de los particulares que lo ejercen de manera arbitraria.¹⁵

Me parece que la desafortunada redacción del legislador ordinario se alejó de aquello que pudiera entenderse como su intención a partir

¹⁴ Al interpretar la disposición constitucional (en específico por lo que hace al tema de subordinación), la Corte Constitucional colombiana ha afirmado —al analizar disputas suscitadas entre dos particulares derivadas de una relación contractual—: “En los ámbitos que ordinariamente funcionan sobre la base de un modelo de igualdad formal, la posibilidad de que las condiciones de igualdad negocial se tornen en asuntos de relevancia constitucional es reducida. Por el contrario, cuando se trata de espacios en los cuales la desigualdad negocial se torna en elemento central para la definición de las modalidades contractuales y la definición de cargas, la posibilidad de que el asunto sea considerado en clave constitucional aumenta”. Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, sentencia T-222 de 2004, Eduardo Montealegre Lynnet.

¹⁵ Corte Constitucional colombiana, sentencia T-251 de 1993.

DANIEL GARCÍA BARRAGÁN LÓPEZ

de los trabajos preparatorios de la Ley de Amparo, así como la exposición de motivos de aquella iniciativa que finalmente se cristalizó en la ley vigente, las cuales en concordancia con el desarrollo y la teoría sobre el *Drittwirkung der Greunderchte*, no buscaban incorporar figuras como el árbitro privado al espectro de aquellos particulares que se consideran autoridades para efectos del juicio de amparo. Por el contrario, el contenido del artículo 5o. de la Ley de Amparo ha dado lugar a lo que otro de los grandes impulsores de la eficacia horizontal de los derechos humanos, Javier Mijangos y González, advirtió tempranamente, es decir, la aplicación indiscriminada de esta teoría, la cual fuera de beneficiar su implementación la transforma en una caja de Pandora que desnaturaliza su objetivo y genera abusos de las partes, quienes litigan, a través del juicio de amparo, aquello de lo que corresponde conocer a los tribunales civiles y mercantiles.

La afirmación sin matices de la aplicabilidad directa de la Constitución puede transformarla en una caja de Pandora a través de la cual quepa decir todo y signifique nada, esto es, “que esa aplicación de la Constitución en su doble cualidad de norma jurídica y norma jurídica superior se transforme a su vez, o en una mera declaración programática o en un campo abonado donde quepa cualquier tipo de activismo judicial”.¹⁶

Será necesario que las partes, y sobre todo los jueces, hagan uso de las interpretaciones exegética y teleológica al momento de descifrar el sentido y alcances del artículo 5o. de la Ley de Amparo para evitar que el sólo texto de dicho numeral pueda desvirtuar el desarrollo y contenido, así como la lógica detrás del *Drittwirkung der Grundrechte*, lo cual ciertamente dejaría a México desfasado del panorama mundial por lo que hace a la implementación de dicha teoría (ya sea de acuerdo a la modalidad alemana y española de eficacia mediata o colombiana de aplicabilidad inmediata) y, de paso, generaría que el foro mexicano dejara de ser concebido como pro-arbitraje.

¹⁶ Mijangos y González, Javier, “La solución española al problema de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, en Mijangos y González, Javier y Ugalde Ramírez, Ricardo (coords.), *Estado constitucional y derechos fundamentales*, Porrúa-Universidad Autónoma de Querétaro-Marcial Pons, 2010, p. 209.

EL ÁRBITRO PRIVADO NO ES AUTORIDAD PARA EFECTOS DE LA LEY DE AMPARO...

Incluso, el desarrollo jurisprudencial del *Drittwirkung der Grundrechte* a través de los casos resueltos y las opiniones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha encontrado límites y matices. Desde la concepción de la oponibilidad de los derechos fundamentales únicamente a partir del *state action* (donde como requisito *sine qua non* se exigía que alguna autoridad pública hubiera participado en el acto violatorio de derechos fundamentales) hasta la aplicación inmediata de estos frente a particulares a partir del concepto del *ius cogens* y las particularidades de los sujetos en cuestión. En este sentido, el análisis elaborado por dicha Corte ha sido cuidadosa con los peligros señalados por Mijangos y González y congruente con el marco teórico que dio vida a dicha institución, lo cual otorga las directrices interpretativas a los jueces nacionales para evitar la sobreconstitucionalización de su ordenamiento jurídico.

En el caso de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó contra Colombia (2002)*, el cual fue el primero donde se falló a favor de la obligación general de respeto de los derechos fundamentales (siguiendo el voto razonado emitido por el juez A. A. Cançado Trindade en el caso *Blake contra Guatemala*) y se reconfiguró el paradigma que, por lo que hace al *Drittwirkung der Grundrechte*, se había sostenido.

Dentro del razonamiento expresado por la Corte Interamericana se señaló la necesidad de reconocer los efectos *vis-a-vis* terceros de los derechos (*Drittwirkung der Grundrechte*) a efecto de evitar daños irreparables por virtud de una situación de gravedad y urgencia que involucraba “acciones armadas y otras, de grupos clandestinos y paramilitares, a la par de las acciones de órganos y agentes de la fuerza pública”.¹⁷

Pero también es cierto que la Comunidad está dentro del Estado, y éste se encuentra obligado, bajo la Convención Americana, no sólo a respetar los derechos por ésta protegidos, sino, además, a garantizar el libre y pleno ejercicio de tales derechos, como lo establece el artículo 1(1) de la Convención. Esto significa, como se desprende claramente de las circunstancias del presente caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, que la protección determinada por la

¹⁷ Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2213.pdf?view=1>.

DANIEL GARCÍA BARRAGÁN LÓPEZ

Convención, de ser eficaz, abarca no sólo las relaciones entre los individuos y el poder público, sino también sus relaciones con terceros (grupos clandestinos, paramilitares u otros grupos de particulares).

...

El razonamiento a partir de la tesis de la responsabilidad objetiva del Estado es, a mi juicio, ineluctable, particularmente en un caso de medidas provisionales de protección como el presente. Trátase, aquí, de evitar daños irreparables a los miembros de una comunidad, y a las personas que a ésta prestan servicios, en una situación de extrema gravedad y urgencia, que involucra acciones, armadas y otras, de grupos clandestinos y paramilitares, a la par de las acciones de órganos y agentes de la fuerza pública.

A la luz de lo anterior es posible determinar que en el caso analizado (el cual es icónico dentro de la jurisprudencia interamericana por instaurar la eficacia *erga homnes* de los derechos fundamentales), la Corte Interamericana de Derechos Humanos siguió la lógica de Ferrajoli en el sentido de que, al tratarse de grupos paramilitares y clandestinos, se trataba de un grupo de particulares ejerciendo sujeciones extrajurídicas (fuerza física, opresión, abuso interpersonal) mediante formas puramente ilegales.

En virtud de lo anterior, se entendía que dichos grupos paramilitares y clandestinos pudieran ejercer formas de poder abiertamente criminales y, en consecuencia, la extensión de la oponibilidad de los derechos fundamentales hacia dichos grupos efectivamente protegía a los miembros de la comunidad de un poder privado que, al desarrollarse fuera de la ley, ejercía una sujeción extrajurídica que se traducía en fuerza física, opresión y abuso.

Posteriormente, en el caso del *Pueblo indígena de Sarayaku contra Ecuador* de 2004, la teoría del *Drittwirkung der Grundrechte* sufrió una nueva evolución ya que la obligación de respeto de los derechos fundamentales se trasladó de los grupos paramilitares y guerrilleros del caso *San José de Apartadó* a una sociedad mercantil denominada Compañía General de Combustibles de Argentina.

Si bien ahora los destinatarios de esta vinculación directa a los derechos fundamentales no era un grupo claramente ilegal que utilizaba la

fuerza física para someter a otros particulares (lo cual *a priori* permitía “justificar” con mayor facilidad la decisión de la Corte), el razonamiento utilizado por la Corte nuevamente se apegó al desarrollo teórico del *Drittwirkung* toda vez que dicha empresa, al amparo del absolutismo del mercado,¹⁸ se logró constituir como un poder económico con una presencia abrumadora y opresora en la zona.

El poder (salvaje) de facto que ejercía la empresa le permitió implementar sujeciones extrajurídicas que llegaron al grado de menoscabar el derecho de circulación del pueblo Sarayaku limitando de esta forma la libertad de sus integrantes y generando una situación de desigualdad entre dos sujetos privados.

La situación de las empresas como potenciales violadoras de derechos fundamentales no era extraña para la teoría del *Drittwirkung der Grundrechte*, el poder económico que muchas de estas lograban acumular les daba una evidente posibilidad de coaccionar a otros individuos en el marco de la libertad contractual y la desregulación del mercado.

Como bien señala Miguel Carbonell, las empresas tienen hoy más poder que buena parte de los Estados-nación, contando con mayores recursos económicos y con la posibilidad de moverse a una posibilidad que le resulta imposible a cualquier Estado.¹⁹

En el mismo sentido, Boaventura de Sousa había señalado años antes del caso en comentario que “los mercados financieros son una de las zonas salvajes del sistema mundial, Quizá la más salvaje”,²⁰ al grado de denominar dicho fenómeno como “fascismo societal”.

Según consta en la propia relatoría elaborada por la Corte Interamericana, la Compañía General de Combustibles de Argentina llevó a cabo diversos atropellos en los derechos de la comunidad indígena de Sarayaku, entre los que sobresalen la limitación del derecho de tránsito y residencia de los integrantes de dicha comunidad en su propio terri-

¹⁸ Ferrajoli, Luigi, *Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado*, vivible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/349/8.pdf>.

¹⁹ Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio, multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, Porrúa-UNAM, 2012, p. 46.

²⁰ Souza, Boaventura de, *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*, Madrid, Sequitur, 1999, p. 26.

DANIEL GARCÍA BARRAGÁN LÓPEZ

torio, el derecho a la propiedad comunal, derecho de ser consultados, detenciones arbitrarias e incluso torturas.²¹

El poder económico de la petrolera argentina aunado a la permisibilidad y complacencia estatal generó el surgimiento de las relaciones de desigualdad, disciplina y sujeción en la comunidad indígena de Sarayaku, lo cual es clásicamente reconocido por la teoría del *Drittwirkung der Grundrechte* como las muestras de aquellos poderes extrajurídicos que se han convertido en tendencialmente absolutos y son personificados por actores de derecho privado al amparo de las libertades del mercado.

De nueva cuenta el fallo emitido por la Corte Interamericana, si bien progresista en el sentido de hacer efectivos los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos a actores que se desenvuelven en el marco jurídico (poco regulado) del derecho comercial (contrario a la vinculación que de dichos derechos se hizo a grupos claramente ilegales como los paramilitares y guerrilleros), se apegó al desarrollo teórico y jurisprudencial sobre la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales al reconocer y minimizar, mediante su sentencia, el poder fáctico, extrajurídico y salvaje encausado por la Compañía General de Combustibles de Argentina y, consecuentemente, maximizar las libertades, igualdad y valor de las personas que, en la esfera del derecho civil, no tienen por qué encontrarse expuestas a sujeciones extrajurídicas.

Finalmente, encontramos el *leading case* de la jurisprudencia interamericana sobre el tema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y en la cual se contienen las interpretaciones más garantistas sobre la *Drittwirkung der Grundrechte*, esto es, la Opinión Consultiva 18/03 solicitada por el Estado mexicano respecto a la interpretación de los principios de igualdad y no discriminación contemplados en el Pacto de San José a la luz de la sentencia del caso *Hoffman Plastic Compounds vs. Nacional Labor Relations Board*.²²

²¹ Visible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.

²² En el caso referido, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América sostuvo que un trabajador indocumentado no tenía derecho a los salarios caídos después de ser despedido ilegalmente por tratar de ejercer los derechos sindicales contenidos en

EL ÁRBITRO PRIVADO NO ES AUTORIDAD PARA EFECTOS DE LA LEY DE AMPARO...

En la opinión consultiva referida anteriormente, la Corte Interamericana sostuvo que, en virtud de que los principios de igualdad y no discriminación son considerados a nivel internacional como *ius cogens* a la luz del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,²³ éstos se configuran como un orden público interamericano y por ende en normas imperativas regionales que tienen un alcance *erga omnes* que alcanzan el actuar de los particulares.

No obstante lo anterior, la opinión consultiva (que representa el ejercicio más progresista sobre la extensión y alcance de los derechos fundamentales a nivel interamericano), nuevamente fue limitada y matizada en atención al caso concreto y con el ánimo de respetar el marco teórico del *Drittwirkung der Grundrechte* para efectos de no abrir la caja de Pandora a la que se refiere Mijangos y González.

Si bien la opinión consultiva sostuvo que “los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *ius cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares...”.²⁴

Tampoco se debe perder de vista que la propia opinión constriñó su contenido a los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación únicamente en el marco de una relación laboral:

146. De esta manera, la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, tam-

la *National Labor Relations Act* al considerar que la prohibición de trabajar sin los documentos migratorios correspondientes prevalecía sobre el derecho de formar parte de un sindicato.

²³ Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

²⁴ Visible en: http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=ficha_biblioteca&id_articulo=613.

DANIEL GARCÍA BARRAGÁN LÓPEZ

bién proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales. En lo que atañe a la presente Opinión Consultiva, dichos efectos de la obligación de respeto de los derechos humanos en las relaciones entre particulares se especifican en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores.

...

Y ES DE OPINIÓN
Por unanimidad

...

5. Que el principio fundamental de *igualdad y no discriminación*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.²⁵

Lo anterior hace perfecto sentido con lo sostenido por los impulsores del *Drittwirkung der Grundrechte* toda vez que en las relaciones laborales u obrero-patronales podemos encontrar una creciente tendencia a la desregulación,²⁶ así como posiciones de supra-subordinación, estructuras jerarquizadas, técnicas de explotación, abuso interpersonal, dominio económico e incluso técnicas disciplinarias, lo cual constituyen las características del aquel poder fáctico que esta teoría ha buscado limitar y que la Corte Interamericana adoptó para reflejarlo en la Opinión Consultiva 18/03.

Incluso, a nivel nacional el desarrollo teórico y jurisprudencial también se ha abordado la problemática que supone la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Vale la pena destacar el amparo de Marcolfo F. Torres que data de 1919 y en donde dicho individuo solicitó el amparo de la justicia federal al ser privado de su libertad por un cacique local revolucionario. En el caso particular, el general que estaba llevando a cabo la privación de la libertad no era una autoridad formal sino de hecho, un individuo que aún detentaba un

²⁵ *Idem*.

²⁶ “En vez de llevar a cabo una coordinación de políticas comunes para evitar la amenaza de fugas de capitales, los gobiernos nacionales se ven cada vez más implicados en una carrera de desregulaciones con el fin de rebajar los costes”, Habermas, Jürgen, *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 106.

vestigio del poder que, como miembro de una de las facciones armadas que surgieron durante la revolución mexicana, detentaba y por ende el juez que conoció del juicio de amparo resolvió negar el mismo en virtud de que el general Canuto Ortega era un particular.

No obstante lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación revocó la sentencia y consideró al general Ortega como autoridad para los efectos del juicio de amparo al estimar que, debido a las particularidades del momento histórico y la presencia que Canuto Ortega tenía en la zona, éste tenía a su cargo la fuerza pública.²⁷

Cabe destacar el criterio de avanzada que generó la Suprema Corte desde principios del siglo XX, anticipándose al desarrollo doctrinario y jurisdiccional de la *Drittwirkung der Grundrechte* al hacer oponible los derechos fundamentales a particulares cuando éstos utilizan la fuerza pública, lo cual es congruente con las ideas de Ferrajoli, Foucault así como los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la limitación de los poderes de facto ejercidos por particulares.

Posteriormente, de la mano de las ideas sostenidas por Guillermo Guzmán Orozco, se amplió nuevamente el ámbito protector del juicio de amparo al contemplarse como autoridad para efectos del mismo a los organismos descentralizados, mismos que anteriormente habían quedado fuera del concepto de autoridad por carecer de imperio²⁸ en un criterio que sería adoptado por el Pleno de la Suprema Corte a finales del siglo XX.

Por su parte, el hoy ministro de la Suprema Corte, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, en su etapa como practicante y académico proponía, retomando las ideas de Ferrajoli, la apertura del concepto de autoridad para efectos del juicio de amparo frente a los poderes privados no regulados o insuficientemente regulados.²⁹

²⁷ Véase Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, 2002.

²⁸ 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 los particulares, o modificar las existentes, o limitar sus derechos. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. 145-150, sexta parte, p. 366.

²⁹ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una...*, cit., p. 74.

DANIEL GARCÍA BARRAGÁN LÓPEZ

En este mismo sentido, el ministro Zaldívar trazaba las directrices que el Poder Legislativo debería de tomar sobre el amparo frente a particulares al discutir el proyecto de ley que existía en ese momento: “con este concepto el amparo sería procedente en contra de actos emanados de los órganos y dependencias centralizadas del Estado, así como de las entidades de la administración pública paraestatal e, incluso, de particulares en ciertos supuestos.”

Al ahondar sobre el tipo de particulares frente a los cuales podría promoverse un juicio de amparo, Zaldívar señala que “el derecho administrativo presenta muchas figuras, merced a las cuales tanto organismos descentralizados como incluso particulares realizan funciones que originalmente le deberían de pertenecer al Estado y que afectan la esfera jurídica de los particulares...”³⁰

Lo cual retoma la idea plasmada en la Constitución colombiana respecto de aquellos particulares que prestan algún servicio público o respecto de los cuales existe una relación de supra-subordinación.

Incluso, el hoy ministro de la Suprema Corte de Justicia advierte de los peligros en torno a una mala interpretación y aplicación de los precedentes garantistas y encomienda a los jueces el análisis del caso concreto para determinar cuándo efectivamente un particular debe ser considerado como autoridad para efectos del juicio de amparo.

...cuando el concepto establecido en el precedente se saca de contexto y se empieza a aplicar —como sucede muchas veces con la jurisprudencia— a un número indeterminado de casos que tácticamente no responden a los mismos presupuestos, entonces una jurisprudencia progresista se convierte en una jurisprudencia anacrónica.

...

El proyecto de Ley de Amparo pretende continuar con la evolución del concepto de autoridad a través de un concepto abierto, de un concepto jurídico indeterminado como el que venimos comentando, para que sean los jueces los que determinen en cada caso concreto y priorizando la naturaleza material del acto si dicho acto de autoridad es tal en cada asunto determinado.³¹

³⁰ *Ibidem*, p. 79.

³¹ *Idem*.

EL ÁRBITRO PRIVADO NO ES AUTORIDAD PARA EFECTOS DE LA LEY DE AMPARO...

Las ideas de Zaldívar y de Mijangos y González se vieron cristalizadas cuando como ministro de la Suprema Corte y secretario proyectista, respectivamente, emitieron el criterio nacional más avanzado sobre la materia que, de forma congruente con sus trabajos y argumentos plasmados en sus etapas académicas, sostienen que la aplicación de los derechos fundamentales frente a particulares no debe aplicarse de forma indiscriminada, sino atendiendo al caso en particular:

DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. La formulación clásica de los derechos fundamentales como límites dirigidos únicamente frente al poder público, ha resultado insuficiente para dar respuesta a las violaciones a dichos derechos por parte de los actos de particulares. En este sentido, resulta innegable que las relaciones de desigualdad que se presentan en las sociedades contemporáneas, y que conforman posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no ofrece ninguna base textual que permita afirmar o negar la validez de los derechos fundamentales entre particulares; sin embargo, esto no resulta una barrera infranqueable, ya que para dar una respuesta adecuada a esta cuestión se debe partir del examen concreto de la norma de derecho fundamental y de aquellas características que permitan determinar su función, alcance y desenvolvimiento dentro del sistema jurídico. Así, resulta indispensable examinar, en primer término, las funciones que cumplen los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. A juicio de esta Primera Sala, los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares (función objetiva). En un sistema jurídico como el nuestro —en el que las normas constitucionales conforman la ley suprema de la Unión—, los derechos fundamentales ocupan una posición central e indiscutible como contenido mínimo de todas las relaciones jurídicas que se suceden en el ordenamiento. En esta lógica, la doble función que los derechos fundamentales desempeñan en el

DANIEL GARCÍA BARRAGÁN LÓPEZ

ordenamiento y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares. Sin embargo, es importante resaltar que la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, no se puede sostener de forma hegemónica y totalizadora sobre todas y cada una de las relaciones que se suceden de conformidad con el derecho privado, en virtud de que en estas relaciones, a diferencia de las que se entablan frente al Estado, normalmente encontramos a otro titular de derechos, lo que provoca una colisión de los mismos y la necesaria ponderación por parte del intérprete. Así, la tarea fundamental del intérprete consiste en analizar, de manera singular, las relaciones jurídicas en las que los derechos fundamentales se ven encontrados con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos; al mismo tiempo, la estructura y contenido de cada derecho permitirá determinar qué derechos son sólo oponibles frente al Estado y qué otros derechos gozan de la pretendida multidireccionalidad.³²

En este tenor, si la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, como uno de los órganos jurisdiccionales supranacionales más progresistas en el reconocimiento y aplicación de los derechos fundamentales, así como uno de los referentes del “ala garantista” de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido congruente en el margen de sus decisiones con la evolución comparada del *Drittwirkung der Grundrechte*, resulta incomprensible que los juzgadores federales de primera instancia hayan adoptado el nuevo texto del artículo 5o. de la Ley de Amparo de forma tan abierta que se empiece a correr el riesgo de privar a la propia Constitución de un sentido real, lo cual abona a un activismo judicial irresponsable que busque llevar al derecho procesal constitucional aquello que fue pensado y hecho para discernirse en sedes jurisdiccionales ordinarias.

En palabras del propio juez del Tribunal Constitucional Alemán (órgano que creó, mediante la sentencia del caso *Luth*, la teoría del *Drittwirkung der Grundrechte*) Konrad Hesse, los derechos fundamentales no deben trazar la líneas fundamentales del ordenamiento jurídico pri-

³² Amparo directo en revisión 1621/2010, 15 de junio de 2011, cinco votos, ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, secretario Javier Mijangos y González.

vado, sino ser garantías específicas, puntuales para la protección de ámbitos especialmente amenazados de libertad humana, todo ello con el fin de evitar que el beneficio de una protección general y eficaz de los derechos fundamentales se convierta en la plaga de inflación de los mismos, con lo cual el derecho privado tiene mucho que perder y los derechos fundamentales poco que ganar.³³

Asimismo, no debe perderse de vista que las normas constitucionales están integradas, en su mayoría, por principios cuyo ámbito de interpretación y aplicación es sumamente amplio y, en este sentido, los derechos constitucionales tienden a controlar las relaciones jurídicas que se someten a su consideración, haciendo irrelevantes las normas legales (específicas) que en ausencia de ellas decidirían la disputa lo cual no solo conlleva a una situación de inseguridad jurídica en perjuicio del gobernado sino que convierte al juez de amparo en verdadero legislador positivo³⁴ y abona al fenómeno (notoriamente antidemocrático) del gobierno de los jueces.³⁵

Resulta interesante destacar el caso del juicio de amparo indirecto 434/2013 en donde el juez de distrito admitió la demanda promovida en contra de una entidad nacional administradora de arbitrajes, así como contra el árbitro único. Si bien en la sentencia del asunto referido el amparo fue sobreseído en virtud de que no se había agotado el principio de definitividad de acuerdo con lo establecido en el artículo 61, fracción XX de la Ley de Amparo, se tuvo al árbitro único como autoridad para efectos de dicho juicio a la luz de una desafortunada y por demás simplista interpretación del artículo 5o., fracción segunda de la Ley indicada.

Es necesario que los jueces nacionales estén conscientes de que los derechos fundamentales no son oponibles del mismo modo al poder

³³ Hesse, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995, p. 69.

³⁴ Contrario a las funciones de legislador negativo que Kelsen le imponía al Poder Judicial como órgano anulador de leyes inconstitucionales. Véase, Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1979, p. 334.

³⁵ Véase Lambert, Edouard, *Le gouvernement des juges et la lute contre la législation sociale aux Etats Unis, l'expérience américaine du controle judiciaire des lois*, París, M. Giard&Cie, 1921.

DANIEL GARCÍA BARRAGÁN LÓPEZ

estatal y a los particulares y, por lo tanto, no se puede simplemente traspasarlos a rajatabla a la esfera privada. En este sentido es de vital importancia para el arbitraje comercial que los intérpretes y operadores de la Ley de Amparo se familiaricen con la historia, evolución y, en general, con la lógica que hay detrás de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, pues se encuentra en juego la autonomía negocial sobre la que pivota el derecho privado y, de forma particular, la eficacia del derecho arbitral entendido este como un “animal contractual”.³⁶

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año V, núm. 9, enero-junio 2016

³⁶ González de Cossío, Francisco, *Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Homenaje a don Raúl Medina Mora*, Cconsultable en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JUCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>; Clapham, Andrew, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Clarendon Press, 1993.