

EL ARBITRAJE ANTE EL LITIGIO SUCIO

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. A. Decepción crónica. B. Coyuntura. 1. Índice de Estado de Derecho del *World Justice Project*. 2. Índice de Libertad Económica de la *Heritage Foundation*. 3. *Crimen sin Castigo* de Guillermo Zepeda Lecuona. 4. Conclusión. C. Idea. II. CASOS. A. Nulidad inapropiada. B. Suspensión judicial de proceso arbitral. C. Multa al árbitro para forzar suspensión. D. Fraude y Abuso de proceso. III. LECCIONES. A. El derecho arbitral está diseñado para resitir embates. 1. Designación del árbitro y su recusación. a) Constitución. b) Recusación. c) Experiencia internacional. 2. Compétence. a) Compétence es en esencia una regla de tiempos. b) Tropiezo judicial legislativamente corregido. c) Discreción de consecución o suspensión de procesos arbitrales. 3. Medidas precautorias. B. Exitos y fracasos de la experiencia mexicana. C. El valor del arbitraje ante la problemática descrita. 1. El arbitraje depende del buen funcionar del sistema. 2. El arbitraje cerciora el buen funcionar. Corrige yerros del sistema. 3. El arbitraje ha creado un auténtico oasis de justicia. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

Desde sus orígenes, el arbitraje en México ha tenido un signo de interrogación: ¿funcionará? ¿En verdad se cumplirá la promesa de velocidad y efectividad?

La pregunta es válida. No solo porque estamos acostumbrados a estar decepcionados, sino por la coyuntura que atraviesa nuestro país.

A. Decepción crónica

Es tan frecuente y tan grave la falta de entrega que el ciudadano mexicano recibe (¡y percibe!) de las promesas que la clase gobernante hace, que es francamente imposible sobre-exponerle. Ello incluye al Poder Judicial. Conforme el tiempo pasa, nuevos actores alzan la voz abrazando la idea de hacer modificaciones para que mejore. Para que funcione. Pero obtenido lo deseado, ya sentados cómodamente en los altos puestos de responsabilidad social, sus prioridades cambian. Su objetivo se torna en beneficiarse al máximo del puesto confiado. Las promesas ofrecidas a cambio de llegar al puesto son sencillamente olvidadas.¹ Existen ejemplos recientes de personajes que prometían mucho, lograron poco, frustraron mucho. Decepcionaron. Que, una vez encumbrados, abrazaron las mieles del poder y del dinero, en vez de ser fieles a su promesa de guardar la Constitución.

¹ Admito que considero que existe un motivo adicional por el que los esfuerzos de mejora del poder judicial fracasan: porque la solución no es una modificación, sino una reforma total e integral que involucre a los diversos aspectos del sistema que hacen que el mismo funcione subóptimamente. Ello incluye mejoras legislativas, pero sobre todo adopción de sistemas de efectividad, de rendimiento de cuentas, de plazos para emitir fallos, inclusive de normas sociales. Sin una aproximación holística, no se vislumbra una verdadera mejora.

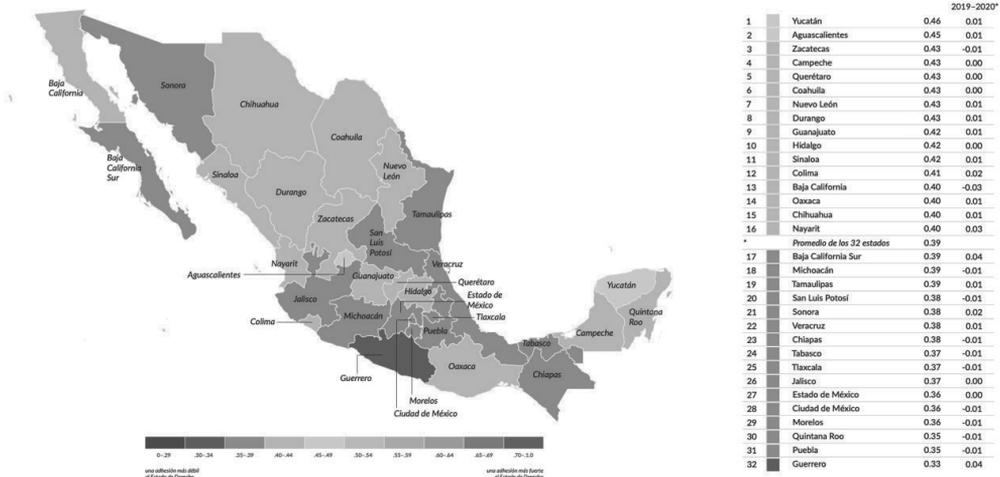
B. Coyuntura

Otro motivo por el que la promesa de efectividad y velocidad del arbitraje levanta cejas es por la coyuntura en que ocurre. Se observa un constante empeoramiento del Estado de Derecho, que en los últimos años se ha galvanizado. El crimen cotidiano es tolerado.² El crimen organizado es ignorado. Ha capturado casi a la totalidad de la sociedad y del país.³ Y los datos son nada menos que escalofriantes. Aunque las experiencias cotidianas abundan,⁴ para fines de este ensayo, cito en apoyo a dicha conclusión tres barómetros: los resultados de las averiguaciones de *World Justice Project*, el *Economic Index* de la *Heritage Foundation*, y los resultados del estudio de la tesis doctoral de Don Guillermo Zepeda Lecuona.

1. Índice de Estado de Derecho del World Justice Project

El *World Justice Project* considera que los resultados del *Índice de Estado de Derecho en México 2020-2021* evidencian un estancamiento en el progreso del país hacia un Estado de Derecho robusto.⁵ Su gráfica es comunicativa:

2019-2020:



- 2 Los delitos comunes son sencillamente no perseguidos. Los únicos que parecen merecer algo de atención son los flagrantes o existan otros incentivos en los que. Pero no se observa esfuerzo alguno de investigar y perseguir el delito. Cuando ocurre, es más muestra de una excepción que de la regla del funcionar del sistema.
- 3 Y ello no solo es ignorado sino abiertamente negado por las autoridades competentes. Los datos confiables provienen de las organizaciones de la sociedad civil, no de la clase gobernante. Y cuando se trae a su atención, se observa un ánimo de repudio inclusive desdén.
- 4 Todo ciudadano mexicano, o alguien cercano a él o ella, ha sido víctima de un delito.
- 5 *World Justice Project*, Índice de Estado de Derecho en México 2020-2021, p. 12. (worldjusticeproject.mx. Fecha de consulta: 3 de abril de 2022).

Es nada menos que preocupante ver cómo *toda la república* tiene colores muy bajos de aprobación, reprobatorios de hecho: casi todo es naranja, mucho es rojo. Alguna guinda. Mensaje: el *Estado de Derecho está por los suelos en México*. Y si se le pone la lupa a la cuestión de impartición de justicia, la cuestión es aún más preocupante:



Si se observan, ninguno de los componentes es aprobatorio. Y varios son reprobatorios con calificaciones muy bajas.⁶ Particularmente delicado es el resultado del rubro 7.4, encuadrado en rojo: 0.50. En cuanto a velocidad—uno de los valores que brinda el arbitraje—: 0.30. Ello significa que, en materia de justicia imparcial, independiente y libre de corrupción, *el país entero está reprobado*. En cuanto a celeridad, reprobado con una calificación vergonzosa.

La revisión del reporte de 2021 (*World Justice Project 2021*) arroja resultados semejantemente preocupantes. Veámoslos:

1. **Ranking global:** Es decir, El Estado de Derecho en distintas partes del mundo (*Rule of Law around the world*): lugar 113 de 139. En comparación del año pasado, México bajó un escaño.

6 El *World Justice Project* califica usando cero (0) como la calificación más alta y uno (1) como la más alta.

2. **Ausencia de corrupción:** calificación 0.26, situándolo en el lugar 135 de 139.
3. **Gobierno abierto** (*Open government*): lugar 43 de 139.
4. **Derechos fundamentales:** calificación de 0.49 confiriéndole el lugar 91 de 139.
5. **Orden y seguridad** (*order and security*): calificación 0.53, dándole el lugar 130 de 139.
6. **Aplicación regulatoria** (*Regulatory enforcement*): lugar 105 de 139.
7. **Justicia Civil** (*Civil Justice*): calificación 0.37 otorgándole el lugar 131 de 139.
8. **Justicia Criminal** (*Criminal Justice*): calificación 0.29 postrando a México en el lugar 129 de 139.

Vale la pena ver el resumen de indicadores de país:⁷

Overall Score	Regional Rank	Income Rank	Global Rank
0.43	27/32	37/40	113/139
Score Change	Rank Change		
-0.01 ▼	-1 ▼		

	Factor Score	Score Change	Regional Rank	Income Rank	Global Rank
 Constraints on Government Powers	0.45	-0.02	26/32	30/40	102/139
 Absence of Corruption	0.26	-0.01	32/32	40/40	135/139
 Open Government	0.60	0.00	7/32	6/40	43/139
 Fundamental Rights	0.49	-0.02	26/32	29/40	91/139
 Order and Security	0.53	0.00	30/32	39/40	130/139
 Regulatory Enforcement	0.44	-0.01	24/32	33/40	105/139
 Civil Justice	0.37	-0.02	28/32	38/40	131/139
 Criminal Justice	0.29	-0.01	26/32	38/40	129/139

* Indicates statistically significant change at the 10 percent level

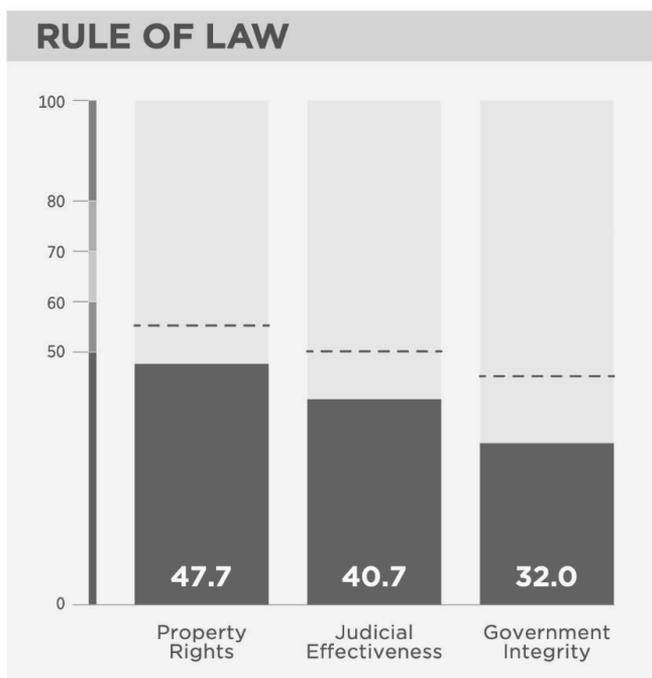
■ Low ■ Medium □ High

7 *World Justice Project 2021*, p. 121.

De dichos factores, dada la temática de este ensayo, llamo la atención del lector a los rubros sobre corrupción, orden y seguridad, y justicia civil y criminal. Basado en dichas calificaciones, la conclusión es obligada: *iel Estado de Derecho en México tiene uno de los peores resultados del mundo!*

2. Índice de Libertad Económica de la Heritage Foundation

La *Heritage Foundation* creó el *Index of Economic Freedom*: un concepto que pondera variables diversas. Una de ellas es el Estado de Derecho. Para 2022 se observa lo siguiente:⁸



Property rights are protected, but enforcement is uneven, and property registration is problematic. Foreign ownership of land is limited. The judiciary is independent, but court decisions are susceptible to improper influence. Corruption flourishes and rule of law is weakened amid a history of societal toleration of public-sector bribe solicitations, criminal violence, and entrenched political and economic interests that often collaborate with transnational drug cartels.

8 www.heritage.org. Fecha de consulta: abril 2022.

Como puede observarse, los tres componentes del concepto “Estado de Derecho” (*Rule of Law*) del concepto “Libertad Económica” (*Economic Freedom*) son derechos de propiedad, efectividad judicial e integridad del gobierno. Y los tres están reprobados. La explicación que ofrece al respecto es que:

“las decisiones judiciales son susceptibles de influencia inapropiada. La corrupción florece y el Estado de Derecho se debilita ante una historia de tolerancia social de coimas solicitadas por el gobierno, violencia criminal e intereses políticos y sociales que colaboran con frecuencia con cárteles de drogas”.

Un veredicto nada menos que pavoroso.

3. Crimen sin Castigo de Guillermo Zepeda Lecuona

Finalmente, el (brillante pero preocupante) estudio de Don Guillermo Zepeda Lecuona *Crimen sin Castigo* que concluye que, del universo de delitos reportados (de sí, una base *muy* inferior al universo de delitos que ocurren), sólo el 1.6% de los mismos son perseguidos.⁹ Ello explica por qué la gente no denuncia: siendo un costo,¹⁰ ¿para qué incurrirlo si la probabilidad de que se amortice es nula?¹¹

4. Conclusión

El Estado de Derecho es una promesa que simplemente no se ha cumplido al mexicano. Siendo el obsequio más caro que la clase gobernante puede —ídebe!— darle a la sociedad,¹² a 200 años de México independiente, seguimos esperándolo.¹³ Y las tendencias observables son tales que, aun suponiendo que *hoy* empezáramos a dar pasos correctos,¹⁴ cualesquiera que sean, tomaría por lo menos un lustro ver *cierta* mejoría—nada digno de mover la aguja.

9 Zepeda Lecuona, Guillermo, *CRIMEN SIN CASTIGO, PROCURACIÓN DE JUSTICIA PENAL Y MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica - CIDAC, 2004.

10 Denunciar es engorroso, tardado y riesgoso. Dada la información confidencial que se revela, ante ninguna garantía de protección, en esencia se brindan más elementos a la clase delictiva para infligir daño.

11 Personalmente, he sido víctima de eventos delictivos en tres ocasiones. Uno de ellos, por policías mismos, cuyo nombre y número de placa identifiqué y denuncié no solo ante las autoridades penales sino un funcionario del Municipio de aquel entonces, con quien había compartido banca en la carrera. Nunca hubo consecuencia alguna. Ni siquiera se respondió mi carta.

12 Como defiendo en *EL ESTADO DE DERECHO: UN ENFOQUE ECONÓMICO*, ed. Porrúa, 2007, p. 95.

13 No hemos creado la sociedad que necesitamos. Y de ello existe culpa compartida: la sociedad en su totalidad es cómplice. Aunque la clase gobernante tiene una alta responsabilidad sobre ello, la crítica del ciudadano es frecuentemente no aparejada a conducta congruente con lo criticado. Un caso particular de ello es el litigio sucio, materia de este ensayo.

14 Una suposición importante, pues no solo *no* se observan pasos, sino que lo que ocurre dista de reflejar una política social ponderada e inteligente como estrategia de atención de esta cuestión.

Es ante dicho trasfondo que la promesa del arbitraje se recibió (se recibe) con asombro. A veces duda. A veces cinismo. ¿En verdad logrará el arbitraje calzar el Estado de Derecho en ciertas materias?

A 30 años de la inclusión de un régimen de talla mundial,¹⁵ la respuesta que puede darse es contundente: *¡sí!*¹⁶

C. Idea

En este ensayo propongo y defiendo un triple postulado:

- (1) El sistema arbitral contiene los pesos y contrapesos necesarios para lograr su efectividad.
- (2) Para funcionar, el sistema arbitral exige entender y respetar dichos pesos y contrapesos. Dicha comprensión y respeto debe provenir con especial énfasis de los jueces.
- (3) El sistema arbitral puede servir para corregir instancias de fracaso del sistema local.

Si se entiende y acepta el postulado, se podrá aprender que el arbitraje confiere un valor importante para nuestra sociedad, particularmente ante la coyuntura que vivimos.

II. CASOS

La experiencia mexicana arroja instancias diversas de litigio sucio—y de todo tipo. En esta reflexión me enfocaré en aquellas que son relevantes para el objetivo y postulado de este ensayo, no sin antes explicar a qué me refiero por ‘litigio sucio’. ‘Por litigio sucio’ me refiero a las tácticas que se observa que muchos practicantes siguen para hacer prevalecer su interés por encima del contrario, que distan de ser una aplicación normal y ética del régimen procesal aplicable. Dichas prácticas son tan variantes que, más que enunciarlas, conviene describirlas genéricamente. Son lo contrario al proceso como está vislumbrado en los códigos. Incluye “entendimientos” meta-jurídicos, trucos, trampas, “corrupción”, y otros métodos que buscan obtener resultados deseados, que probablemente serían distintos a los que resultarían de seguir el proceso como es pensado. Como debería ser. Estas prácticas pueden incluir a jueces u otros funcionarios judiciales, pero no tienen que hacerlo. El común denominador observable en las mismas es que el proceso no se respeta, se le percibe como un ‘juego’ (un intercambio estratégico) que puede ‘ganarse’ si se es ‘astuto’.

15 El decreto que incluye el Título IV, Libro V, del Código de Comercio fue publicado en diciembre de 1993.

16 Sustancio tal aseveración en ARBITRAJE (Ed. Porrúa, 5ª edición, 2018, pp. 1498-1501).

Veamos algunos ejemplos que pueden ilustrar el punto.

A. Nulidad inapropiada

El caso *Infored*¹⁷ dio mucho de qué hablar en su momento. Cuestiono sin embargo si las conclusiones derivadas del mismo son las correctas. Dados los propósitos de este ensayo, vale la pena enfocarnos únicamente en tres cosas:

- (1) **Nulidad de laudo y su corrección:** el juez que conoció del juicio de nulidad del laudo resolvió que el laudo era nulo por haberse incumplido el acuerdo arbitral dado que los árbitros no eran “expertos en la materia en cuestión”.¹⁸ Ello constituyó una aplicación errada de derecho arbitral pues (i) la supuesta ausencia de pericia no es causal de nulidad;¹⁹ (ii) no fue esgrimida por la parte que solicitaba la nulidad;²⁰ y (iii) los árbitros sí eran expertos en la materia. El acreedor conforme al laudo inició un juicio de amparo indirecto. El Juez de Distrito amparó, dejando insubsistente la sentencia que anuló el laudo.²¹ Como resultado del recurso de revisión, el Tribunal Colegiado de Circuito recharacterizó el tipo de amparo²² y resolvió negar el amparo, confirmando así la sentencia de nulidad del laudo arbitral.²³ Se solicitó recurso de revisión constitucional por interpretación directa de un precepto constitucional, enderezado con fundamento en el artículo 107.IX de la Constitución por considerar que la sentencia del amparo directo descrita en el párrafo anterior realizó una interpretación directa de la Constitución. El recurso procedió. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (“*Suprema Corte*”) determinó que el juicio de amparo que procede es *indirecto*. El resultado fue privilegiar la sentencia que respetaba la validez del laudo arbitral.
- (2) **Amparo indirecto contra leyes:** la parte que resistía la ejecución del laudo planteó la inconstitucionalidad del artículo 1420 del Código de Comercio (una premisa de la decisión de validez del laudo) bajo el argumento que dicho pre-

17 Para consultar el detalle de todo lo acontecido, puede consultarse González de Cossío, *El Caso Infored v Grupo Radio Centro: El Quijote Mexicano*, www.gdca.com.mx/publicaciones.

18 El razonamiento del juez insinuaba que tenían que ser expertos *en radio*, aunque la cláusula no lo indicara expresamente.

19 Y ello sin tomar en cuenta que los árbitros eran juristas prominentes, designados por las partes mismas, sin cuestionamiento alguno, mucho menos el relevante: la recusación.

20 Fue un dato conspicuo del caso que la causal de nulidad usada no fue esgrimida por la parte que solicitó la nulidad.

21 Por ser infundado declarar la nulidad al no actualizarse la causal de nulidad contenida en el artículo 1457.I(d) del Código de Comercio. Sentencia de mayo de 2005.

22 Razonó que el recurso de revisión no debía resolverse como tal pues no se trataba de un amparo *indirecto*, sino *directo*.

23 Se dejaron de analizar los agravios de la revisión principal y los argumentos de revisión adhesiva, no entrando al estudio de la sentencia del juez de distrito que había concedido el amparo, misma que se dejó insubsistente.

cepto viola las garantías de audiencia y acceso a la justicia. El Juez de Distrito negó el amparo. En revisión, la Suprema Corte asumió competencia originaria para analizar la constitucionalidad del artículo 1420 del Código de Comercio. Rechazó los argumentos de inconstitucionalidad, negando el amparo al quejoso, razonando que:

- (a) *Garantía de Audiencia*: el argumento en el sentido que el artículo 1420 violaba el artículo 14 Constitucional por efectuar una pérdida de un derecho sin previo juicio fue rechazado por considerar que (i) no hay privación definitiva de un derecho sin que se siga un procedimiento que respete las formalidades esenciales de un procedimiento; (ii) el artículo 1420 no es un acto privativo que implica una renuncia al derecho de promover un juicio de nulidad; (iii) en todo caso, la ‘pérdida’ de derecho obedece a inactividad procesal—algo perfectamente aceptado conforme al derecho procesal.
- (b) *Garantía de Tutela Jurisdiccional*: se consideró infundado el argumento que el artículo 1420 constituye un óbice o condición al derecho a solicitar justicia del Estado, atento al artículo 17 constitucional.

La Suprema Corte aprovechó lo conocido del caso para comunicar cómo percibía al arbitraje.²⁴ El ejercicio fue nada menos que extraordinario: se trató de un voto de confianza importante que mandó un mensaje importante a todo el orden jurídico mexicano sobre cómo entender al arbitraje, y porque es digno de apoyo y respeto judicial.²⁵

- (3) **Resultado agregado**: la validez del laudo fue respetada y lograda mediante el actuar del sistema. La (defectuosa) decisión de nulidad fue corregida. El litigio sucio no logró su cometido.

B. Suspensión judicial de proceso arbitral

Un juez ordenó la suspensión de un proceso arbitral. El árbitro decidió continuar razonando que no compete al juez tal decisión. La parte solicitante de la suspensión recusó al árbitro. La institución arbitral rechazó la recusación. La misma parte presentó la misma recusación ante juez.²⁶ El juez decidió a favor de la recusación. El árbitro se amparó. El juez de distrito sobreseyó: habiendo continuado con el proceso, para entonces el árbitro ya había emitido el laudo arbitral. Ello, en opinión del Juez de Distrito, ac-

24 Amparo en Revisión 2160/2009, Primera Sala, Suprema Corte de la Justicia de la Nación, 8 de septiembre de 2010, Unanimidad de 4 votos.

25 Visible en ARBITRAJE, *ob. cit.*, pp. 163-165 y 1267-1272.

26 Argumentando que el que el árbitro se hubiera negado a suspender el proceso ante una orden de suspensión de un juez generaba desconfianza. Era un indicio que podía reflejar parcialidad. El juez consideró que la no observancia por el árbitro de la orden de suspensión del proceso arbitral podía afectar el debido proceso pues ponía en duda que el arbitraje se resuelva conforme a derecho.

tualizaba la causal de sobreseimiento consistente en que la litis se había quedado sin materia. El árbitro solicitó revisión argumentando que el sobreseimiento lo agraviaba puesto que dejaba una “huella que permanece como una afectación en el patrimonio moral del árbitro”.

El colegiado amparó.²⁷ Consideró que la orden de suspensión continuaba afectando los intereses jurídicos del árbitro. Que ‘la declaración de parcialidad de la persona que funje como árbitro tiene efectos que “continuarán concretándose en perjuicio del quejoso porque afectan su patrimonio moral y su reputación” de subsistir la declaración judicial de su parcialidad’ puesto que (i) el acto reclamado subsiste hasta que sea revocado mediante los medios de impugnación disponibles; y (ii) el árbitro no solo tiene obligaciones de su encargo como árbitro, sino también derechos: recibir remuneración. Para cumplir su función, realiza funciones jurisdiccionales sin imperio. Tales funciones tienen naturaleza de un servicio por el cual el árbitro debe responder cuando deriven de un actuar parcial. Ello puede incluir la nulidad o inejecutabilidad del laudo que dicte por no haber cumplido el requisito de imparcialidad.

En *obiter* hizo apreciaciones interesantes. Destacaré aquellas que son relevantes para la cuestión abordada en este ensayo:

(1) Sobre la naturaleza del arbitraje dijo que:²⁸

“El arbitraje es una institución que nace del pacto expreso de dos o más partes para resolver las controversias que surjan o hayan surgido de sus convenciones, mediante un procedimiento legal o específico que debe respetar las formalidades esenciales del procedimiento, atribuyendo a un tercero la facultad de resolver el litigio existente mediante un laudo, que tendrá fuerza vinculatoria para ambas partes, como si lo hubiera resuelto un juez del Estado.”

(2) Sobre la naturaleza jurídica del árbitro se indicó que:²⁹

“... el árbitro es un prestador de servicios profesionales, un particular que presta sus servicios para dirimir una controversia de manera imparcial”

(3) Sobre el papel de la autonomía de la voluntad en el proceso arbitral, dijo que:³⁰

“La voluntad de las partes es el rector del procedimiento arbitral pues el arbitraje es de naturaleza convencional”

27 Amparo en revisión 406/2018. Décimo Primer Tribunal Colegiado en Material Civil del Primer Circuito; 28 de agosto de 2019.

28 Id. p. 101.

29 Id. p. 108.

30 Id. p. 102.

- (4) Y sobre el arbitraje, dijo que está sujeto a principios. De entre ellos, se refirió a la imparcialidad así:³¹

“elemento fundamental del actuar de los titulares de los órganos jurisdiccionales”

La sentencia hilvanó todos estos elementos para llegar a la siguiente conclusión:

- (A) La declaración de parcialidad del árbitro afecta su reputación como prestador de servicios profesionales pues al poner en duda su profesionalismo puede verse afectado en su capacidad de realizar actividades profesionales a las que se dedica.
- (B) La emisión del laudo no destruye el objeto o materia del amparo. “Aún hay huellas ... de ‘la resolución³²’ ... en la esfera jurídica del quejoso”.³³
- (C) Siendo que la nulidad del laudo arbitral o su inejecutabilidad no son recurribles por el árbitro (ya que contrario a la, jurisprudencia existente, éste no está legitimado), el árbitro quedaría en estado de indefensión al carecer de un mecanismo que le permitiera defender sus intereses como prestador de servicios.³⁴

Basado en lo anterior, concedió el amparo liso y llano al árbitro quejoso para que la autoridad responsable deje sin efectos la determinación de procedencia de la recusación, y se abstenga de dictar algún otro acto que califique el impedimento formulado.³⁵

De lo anterior se desprende que mediante el juicio de amparo se corrigió la mala aplicación del derecho arbitral que realizó el juez de primera instancia. Siendo que se trataba de un arbitraje administrado, el órgano competente para resolver la recusación es la institución arbitral, no el juez. Al haber tomado una decisión al respecto, el juez actuó en forma desapegada a Derecho, particularmente porque ya existía una decisión sobre la recusación por la institución arbitral.

C. Multa al árbitro para forzar suspensión

El caso descrito en II.B *supra* tuvo un episodio adicional: multa al árbitro para coactivamente hacer cumplir la suspensión. El árbitro se amparó en contra de la resolución que impuso la multa. El árbitro se amparó. El Juez de Distrito sobreseyó razonando que:

31 Id. p. 104.

32 Auto de 3 de noviembre de 2016 que declara procedente la recusación.

33 Id. p. 161.

34 Id. p. 112.

35 Id. p. 131.

- (1) El árbitro no era parte del acto jurídico que contiene el acuerdo arbitral;
- (2) El árbitro no era parte de la relación jurídica procesal del juicio de origen por lo que todo lo actuado no le generaba por sí una afectación actual y directa de un derecho jurídicamente tutelado; y
- (3) El árbitro carece de interés jurídico.³⁶

El Colegiado disintió.³⁷ Determinó que el árbitro sí tiene interés jurídico para reclamar las resoluciones pues afectan su patrimonio y libertad personal,³⁸ y la multa “irrogó un agravio personal y directo” en el patrimonio del árbitro.³⁹

El resultado fue que la decisión de multa fue corregida. Se trataba de una medida coercitiva para hacer cumplir una sentencia sobre un tema que partía de una errada aplicación del Derecho, como se explicó en la sección anterior. Y lo que es interesante de esta decisión es que excepcionó (más bien matizó) la regla existente en derecho mexicano consistente en que los árbitros carecen de interés jurídico.

Como resultado, la nueva (y más refinada) expresión de la cuestión es la siguiente: el árbitro carece de interés jurídico y por ende legitimación para recurrir la sentencia que recae a un juicio de nulidad o ejecución de un laudo. Pero si el acto recurrido impacta la esfera jurídica del árbitro (ya sea porque toma decisiones que le afectan reputacional o económicamente), el árbitro tendrá interés jurídico y por ende legitimación para recurrirlas.

D. Fraude y Abuso de proceso

En *Lion Mexico Consolidated v Estados Unidos Mexicanos*⁴⁰ un tribunal arbitral de inversión analizó si procesos relacionados con un fraude inmobiliario relacionado con una inversión extranjera en México constituían una violación a la obligación de extender trato justo y equitativo a una inversión, en su caso particular de “denegación de justicia”. El tribunal concluyó que el conjunto de circunstancias actualizaba una denegación de justicia. La conclusión descansó en las siguientes premisas, a las que el tribunal arribó después de analizar literatura y casos diversos:

- (1) La denegación de justicia consiste en “conducta procesal impropia y escandalosa por parte de los tribunales que no cumpla con los estándares básicos inter-

36 Sobre lo cual existen criterios judiciales.

37 Amparo en revisión 351/2017, Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, sentencia de 15 de noviembre de 2018.

38 Id. pp. 290 y 295.

39 Id. p. 315.

40 Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2, laudo de 20 de septiembre de 2021.

nacionalmente aceptados de administración de justicia y debido proceso, que conmocione o sorprenda el sentido de la corrección judicial”,⁴¹

- (2) La determinación de existencia de *justitia denegata* exige un estándar alto;⁴² y
- (3) El estándar es objetivo.⁴³ No exige determinación de intención.⁴⁴

Ante el problema vivido falló el sistema. El sistema judicial local simplemente no logró corregir la situación; pero el arbitraje de inversión corrigió la injusticia. Habiendo concluido que existía denegación de justicia, el tribunal arbitral ordenó reparación monetaria.

Lo ocurrido no solo es plausible, es emocionante. Las premisas detrás de la conclusión del tribunal arbitral fueron:

- (1) Todo sistema judicial en orden debe contar con salvaguardas procesales sólidas, que minimicen el riesgo de que los extranjeros no sean debidamente notificados de los procedimientos incoados contra ellos, y que las sentencias en rebeldía contra los extranjeros sólo sean adoptadas cuando el juzgado tenga la convicción de que los extranjeros hayan sido debidamente notificados y tengan conocimiento de que están siendo demandados.
- (2) Un sistema judicial que funcione correctamente debe evitar la información falsa proporcionada maliciosamente a los tribunales sea utilizada, sin la debida revisión, en perjuicio de un tercero desprevenido.
- (3) El sistema judicial debe ofrecer soluciones eficaces para las situaciones en las que se detecta la falsedad de la información aportada por una parte una vez que se ha dictado una sentencia. El sistema debe facilitar que el tercero perjudicado pueda hacer alegaciones y presentar pruebas para anular una sentencia errónea.

Hizo una mención importante:

“El Tribunal no pretende juzgar la idoneidad o eficiencia de todo el sistema judicial mexicano, por el que este Tribunal siente el máximo respeto.”⁴⁵

Esclareció que no se trataba de un caso de corrupción.⁴⁶ Que el sistema judicial mexicano operó de buena fe, sin coludirse con las personas que habían incurrido en fraude

41 Id. ¶299.

42 Aceptando al respecto no solo lo que argumentaba México, sino Estados Unidos y Canadá como partes intervinientes no contendientes (¶¶282-286) (lo cual permite el TLCAN, art. 1128).

43 Id. ¶299.

44 La conducta deliberada puede servir de fundamento de la conclusión de denegación de justicia, pero ello no es un requisito indispensable (¶296).

45 Id. ¶610.

46 Id. ¶368.

de los inversionistas demandantes. Pero que la constatación de mala fe no es necesaria para dictar una resolución por denegación de justicia.

La existencia de un fraude, por sofisticado que sea, no exime al Estado del deber de contar con un sistema judicial que funcione adecuadamente.⁴⁷ Y conocido lo ocurrido, el tribunal arbitral concluyó que Lion México sufrió denegación de justicia: el sistema judicial mexicano, en particular los tribunales de Jalisco, no funcionaron debidamente, en detrimento de Lion México, un inversor protegido por el TLCAN.⁴⁸

El estándar para arribar a una conclusión de denegación de justicia es alto: la Demandante debe probar que las cortes locales incurrieron en una conducta procesal impropia y escandalosa que no cumple con los estándares básicos internacionalmente aceptados de administración de justicia y debido proceso. Tal que conmociona o sorprende el sentido de corrección judicial.⁴⁹ En base a dicho (alto) estándar se concluyó que:

- (1) A Lion se le negó el acceso a la justicia: Lion, sin tener la culpa, nunca tuvo la oportunidad de defenderse en el procedimiento de cancelación. El Poder Judicial mexicano nunca corrigió dicha situación.⁵⁰ Se le privó a Lion su derecho a comparecer y defenderse, lo cual constituye una conducta procesal impropia y escandalosa, que conmociona o sorprende el sentido de rectitud judicial.⁵¹
- (2) A Lion también se le negó el derecho a recurrir cierta sentencia de cancelación: el juez de lo mercantil, la misma autoridad que había dictado la sentencia de cancelación, adoptó una decisión posterior dando efecto de cosa juzgada a la sentencia de cancelación, precluyendo así cualquier oportunidad de recurso. Enfatizando que la denegación de justicia siempre es procesal,⁵² el tribunal arbitraje de inversión concluyó que el juez local omitió flagrantemente el procedimiento establecido en el derecho aplicable, lo cual fue relevante pues le negó a Lion la posibilidad de demandar apelar la sentencia que lesionaba sus intereses.⁵³
- (3) A Lion también se le negó el derecho a alegar en el procedimiento de amparo que convenio de pago había sido efectivamente falsificado y a presentar pruebas para demostrar dicha afirmación: a tres años de iniciado el amparo, la alegación de falsificación aún no había sido siquiera admitida dentro del procedimiento de amparo. Lion no pudo obtener una decisión sobre el carácter falso de cierto

47 Id. ¶366.

48 Id. ¶367.

49 Id. ¶¶370 y 396.

50 Id. ¶373.

51 Id. ¶421.

52 Id. ¶431.

53 Id. ¶447.

convenio de pago por los tribunales mexicanos, a pesar de numerosos y diligentes intentos de obtener tal resolución.⁵⁴

Conclusión: haciendo eco de la definición de Jan Paulsson “la denegación de justicia surge cuando los procedimientos son tan defectuosos que excluyen toda expectativa razonable de una decisión justa”, el tribunal de inversión consideró que Lion, tras tres años de lucha en el sistema judicial municipal, no podía esperar una decisión justa en un plazo razonable.⁵⁵ Condenó a México a pagar \$47 millones de dólares a favor del inversionista.⁵⁶

III. LECCIONES

De lo expuesto deseo decantar y defender tres lecciones, que sirven de premisa del postulado que como idea propone este ensayo:

1. El derecho arbitral está diseñado para resitir los embates del litigio sucio.
2. Aunque el Poder Judicial mexicano ha mostrado instancias tanto de éxito como fracaso, las instancias de fracaso han sido excepcionales. La regla ha sido la correcta aplicación de derecho arbitral.
3. Las premisas (1) y (2), contextualizadas con la problemática descrita en la sección I de este ensayo, ponen en manifiesto el valor del arbitraje: se ha erigido en un auténtico oasis de justicia, que procura certidumbre jurídica.

A continuación desarrollo estas lecciones.

A. El derecho arbitral está diseñado para resitir embates

El sistema arbitral contiene mecanismos que solucionan los problemas del género que motivan este ensayo. Destacan el sistema de constitución del tribunal arbitral (§1), el principio *compétence de la compétence* (§2), las facultades del tribunal ante procesos paralelos (§3), y las medidas precautorias (§4).

1. Designación del árbitro y su recusación

El artículo 1427 del Código de Comercio contiene el régimen de constitución del tribunal arbitral, ya sea unimembre o plural. Ello incluye tanto el régimen de participación de las partes en su constitución, como el control de la regularidad del tribunal arbitral. Ambos contemplan un papel del Poder Judicial. Dicho papel debe ser cuidadosamente implementado so pena de trastocar su eficacia.

54 Id. ¶504.

55 Id. ¶506.

56 Id. ¶¶774 y ¶851.

a) Constitución

El artículo 1427.III del Código de Comercio establece el régimen de apoyo por el poder judicial para la constitución del tribunal arbitral. Al respecto, el *chapeau* del artículo 1427.III comienza con la frase “A falta de tal acuerdo”. Ello quiere decir que el régimen de apoyo judicial es *ius dispositivum*: admite pacto en contrario. Y el “acuerdo” al que se refiere, es al que alude la fracción II: “las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento de los árbitros”.

El régimen descrito permite a las partes llegar a acuerdos procesales sobre este importante paso. Una forma de lograrlo es pactando un reglamento arbitral—que tiene naturaleza contractual. De haberse pactado, todo cuanto ocurra a este respecto se da curso mediante el régimen del reglamento arbitral, que varía.

b) Recusación

El mecanismo para controlar la regularidad en la constitución del tribunal arbitral es la recusación. El derecho arbitral establece de nuevo un régimen de derecho dispositivo: la recusación se sigue ante el juez, a menos que las partes hayan pactado en contra. Una forma frecuente de hacer cumplir dicho régimen es pactando un reglamento arbitral – que tiene naturaleza contractual. Si las partes acuerdan la aplicación de cierto reglamento arbitral, el régimen de constitución del mismo desplaza al artículo 1427 del Código de Comercio.

Esto es lo que fue violado por el juez de primera instancia en el caso descrito en la sección II.B *supra*: decidió ventilar y aceptar la recusación del árbitro, siendo que ello no le correspondía: existía una institución arbitral pactada que no solo era la competente para analizar la cuestión, ya lo había hecho—rechazando la recusación del árbitro. Ello dispone definitivamente de la cuestión. La parte recusante no puede volver a presentar la recusación ante el Poder Judicial: el tema estaba decidido. Éste no es competente para conocer de ello.

c) Experiencia internacional

El régimen de constitución del tribunal arbitral es clave para la eficacia del arbitraje. No respetarlo puede tener por efecto atropellar procesos arbitrales. Se trata de un foco frecuente de actuación de quienes buscan obstruir o descarrilar procesos arbitrales. Cuando ante casos delicados, la experiencia arbitral internacional ostenta casos de intentos de forzar árbitros “deseables” a los intereses de una de las partes, o expulsar árbitros distintos a los que el mecanismo descrito arroja.⁵⁷ Un caso particular de ello

57 Un ejemplo escandaloso fueron los casos *Himpurna v Indonesia* en donde se secuestró al árbitro con amenaza a su familia para evitar la emisión del laudo. (Caso CNDUMI *Himpurna California Energy*

incluye permitir recusaciones distintas al régimen pactado. Otra puede ser convencer a un juez a que se arrogue jurisdicción y seleccione un árbitro distinto al que quedaría designado como resultado del régimen pactado. Aún otro, aceptar la recusación de un árbitro no deseado por una de las partes, por motivos distintos a lo que permite el único mecanismo disponible para controlar la regularidad de la constitución del tribunal arbitral: la recusación.

2. *Compétence*

Compétence es uno de los principios más caros del derecho arbitral. Significa que el juez de la jurisdicción del árbitro es el árbitro mismo. Su contenido y alcance ha probado ser sutil en casos complejos pues detona un dilema (§a), que pone en duda cómo debe actuar el árbitro (§c). Su correcta comprensión ha generado malos entendidos que han sido corregidos (§b).

a) *Compétence es en esencia una regla de tiempos*

Compétence es necesario para cumplir la voluntad de las partes, pero detona un dilema.

Es *necesario* pues, sin dicho principio, el objetivo buscado por las partes al pactar arbitraje sería burlado: un demandado podría enderezar algún cuestionamiento que incida en jurisdicción,⁵⁸ exigiendo una determinación preliminar. De no ser el árbitro quien lo decida, el resultado sería que, para arbitrar, hay que litigar: una contradicción en términos.

El *dilema* que detona es que el cuestionamiento jurisdiccional puede ser legítimo; no tener como objetivo obstruir. En dicho caso, quien lo esgrime puede sentir que puede encausar la solución a su cuestionamiento mediante arbitraje actualiza el vicio de *petitio principii*. Por ende, debe existir un pronunciamiento previo por un órgano diverso.

Sin la aplicación estricta del principio sin embargo, *compétence* —y por ende la voluntad de las partes de arbitrar— sería poesía. Y la promesa de arbitraje nunca se lograría: si no se permite que el árbitro decida primero, el resultado sería que para arbitrar es necesario litigar: una contradicción en términos.

Ltd. v. PT. (Pesero) Perusahaan Listrik Negara (laudo final de 4 de mayo de 1999) y *Himpurna California Energy Ltd. v. República de Indonesia*, laudo laudo interino de 26 de septiembre de 1999 y laudo final de 16 de octubre de 1999 (ambos reportados en *Yearbook Commercial Arbitration*, International Council for Commercial Arbitration, Vol. XXV-2000, p. 13 y p. 109.)

58 Y la experiencia enseña que la imaginación para esgrimir argumentos que puedan actualizar esta posibilidad es envidiable.

Considerados los dilemas que dicho principio asoma,⁵⁹ su expresión más refinada consiste en concebir a *compétence* como una regla de tiempos: el árbitro es el *primer* juez de su jurisdicción, sujeto a la revisión *definitiva* del juez. Este es el resultado no solo de entender lo establecido por el primer y tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio, sino sobre todo el dilema que resuelve.

La respuesta al dilema es el régimen cuidadosamente calibrado del artículo 1432 del Código de Comercio: el árbitro decide *primero*, el juez *en definitiva*. Y la respuesta a la preocupación de sesgo a favor del arbitraje queda colmada por la existencia de un recurso especial: aquel contemplado en el tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio (al margen del juicio de nulidad⁶⁰ y juicio de ejecución⁶¹ del laudo).

Es decir, existen *tres* instancias diversas en que se puede analizar la decisión jurisdiccional del árbitro. Ello hace las veces de un peso y contrapeso en el sistema arbitral. No se resta de efectos la voluntad de las partes de encausar sus problemas al arbitraje; pero no se da un cheque en blanco al árbitro.

b) Tropiezo judicial legislativamente corregido

Esto, dicho sea de paso, es lo que la Contradicción de tesis 51/2005-PS⁶² malentendió. Al sostener que, mientras que los cuestionamientos al contrato son decididos por el árbitro, los cuestionamientos al acuerdo arbitral son decididos por el juez, la Primera Sala de la Suprema Corte cometió un triple error analítico. Primero, hizo una distinción donde no hay una diferencia: el árbitro decide sobre su jurisdicción *siempre*, ya sea que provenga de un cuestionamiento al acuerdo arbitral o el contrato que lo contiene. Segundo, amputó la primera oración del artículo 1434 del Código de Comercio, que dice:

“El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez *del acuerdo de arbitraje*.”

(énfasis añadido)

Como puede observarse, la oración expresamente incluye los cuestionamientos a la validez y existencia del acuerdo arbitral como parte de la facultad del árbitro de decidir sobre su propia competencia.

59 Abordados con detalle en ARBITRAJE, ob. cit., pp. 358-388.

60 Artículo 1457 del Código de Comercio.

61 Artículo 1462 del Código de Comercio.

62 Cuyo rubro de tesis dice: “ARBITRAJE COMERCIAL. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACUERDO DE ARBITRAJE PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO CORRESPONDE AL JUEZ Y NO AL TRIBUNAL ARBITRAL”.

Tercero, excepcionó el principio de *compétence* con la excepción al deber de remitir al arbitraje,⁶³ trastocando el equilibrio descrito en esta sección.

Afortunadamente, dicha decisión fue corregida por la modificación al Derecho Arbitral de enero 2011 que adoptó los artículos 1464 y 1465 del Código de Comercio, que contienen tres medidas que restauran el equilibrio del régimen descrito:

- (1) *Tiempo*: el juez debe decidir de inmediato.⁶⁴
- (2) *Nuevos Clausus*: establecer un régimen taxativo: “sólo se denegará la remisión al arbitraje” cuando ante una decisión definitiva que el acuerdo arbitral es nulo.⁶⁵
- (3) *Umbral*: la nulidad, ineficacia o imposible ejecución del acuerdo de arbitraje debe ser “notorias”. Para llegar a tal determinación, el juez debe observar un “criterio riguroso”.⁶⁶

c) *Discreción de consecución o suspensión de procesos arbitrales*

El principio *compétence-compétence* cobra una importancia particular ante litigios paralelos. El tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio establece:

El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo anterior, desde luego o en el laudo sobre el fondo del asunto. Si antes de emitir laudo sobre el fondo, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes dentro de los treinta días siguientes a aquél en que se le notifique esta decisión, podrá solicitar al juez resuelva en definitiva; resolución que será inapelable. Mientras esté pendiente dicha solicitud *el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones* y dictar laudo.

(énfasis añadido)

Deseo concentrarme en la última oración (destacada): mientras esté pendiente el juicio de nulidad en sede judicial por el cuestionamiento de la decisión jurisdiccional, el tribunal arbitral puede o no continuar con el proceso arbitral. Dicha norma logra un cuidadoso equilibrio entre dos consideraciones en tensión. Por un lado, el árbitro es el primer juez de su jurisdicción, sujeto al control del juez de la sede, quien revisa la legalidad de la decisión jurisdiccional. De decidir negativamente, dicha conclusión puede tornar en desperdicio todo el esfuerzo (y costo) de continuar con el proceso

63 Primer párrafo del Artículo 1424 del Código de Comercio “El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.”

64 Artículo 1464.II del Código de Comercio y primera oración del artículo 1465 del Código de Comercio.

65 Artículo 1465 del Código de Comercio.

66 Artículo 1465 del Código de Comercio.

arbitral. Ello militaría a favor que el árbitro suspenda el proceso hasta tener una respuesta judicial. Por otro, el recurso puede buscar entorpecer. Puede tratarse de un cuestionamiento banal o claramente fútil. Táctico. Atenderlo deteniendo el proceso podría restar efectividad del arbitraje, tornando exitosa la estrategia, que es del género que critica este ensayo. Ante ello, siendo que la cuestión no admite generalización, la norma analizada inviste al árbitro de la facultad de continuar. Siendo que ello es una discreción (“el tribunal arbitral *podrá* proseguir sus actuaciones”: “podrá” implica facultad, no obligación), de decidir no ejercerla, ello implicará que puede decidir no continuar; suspender. *¡Pero ello es decisión del árbitro!* Ningún juez puede tomar dicha decisión por el árbitro. Hacerlo sería una intromisión ilícita. Una que diluiría la pieza más importante de efectividad del arbitraje: el principio *compétence-compétence*.⁶⁷

El árbitro tiene jurisdicción. Ejerce una función materialmente jurisdiccional; pero no es parte del sistema judicial mexicano. Se trata de una jurisdicción diversa. Una que no *depende* del actuar del juez local, sino que se *apoya* en la misma.⁶⁸ Ello apoya la independencia y eficacia del arbitraje.

3. Medidas precautorias

Una forma en que se ha buscado afectar procesos arbitrales es mediante medidas precautorias.⁶⁹ Sin embargo, como explico en *Prohibido Prohibir*,⁷⁰ las medidas precautorias judiciales no pueden ser utilizadas para suspender procesos arbitrales. La herramienta procesal de medida precautoria existe para lograr el (importante) propósito de procurar tutela cautelar evitando daño mientras ocurre un proceso, no un mecanismo para extirpar de la jurisdicción del tribunal arbitral la facultad de decidir sobre el fondo del asunto. Lo anterior es justamente lo que el juez de primera instancia en los casos descritos en II.B y II.C *supra* violaron: se procuró una medida precautoria judicial que, en vez de *apoyar* al arbitraje, *saboteaba* el arbitraje, ordenando suspenderlo. Afortunadamente, el Tribunal Colegiado corrigió el *faux pas*: otorgó la protección del amparo por inexacta aplicación del Derecho.

67 Primera oración del primer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio: “El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia...”.

68 Me parece significativo que el derecho arbitral francés alude al juez competente como *juge d'appui* (juez de apoyo). Empezando por el régimen del tribunal arbitral, los artículos 1451, 1452, 1453, 1455, 1456, 1457, y 1459, 1460, 1463, 1505, 1506, del *Code de Procédure Civile* francés así lo alude. Todos dichos preceptos regulan actuar del juez nacional respecto del arbitral. Y no lo vuelve a hacer en otras secciones del (vasto) Code.

69 Citando para ello la amplitud de la redacción de los artículos 1425 y 1478 del Código de Comercio. Ello sin embargo adolece de un vicio teleológico: las medidas precautorias son en apoyo de procesos arbitrales, no para obstruirlos. La tutela cautelar busca procurar la efectividad de un proceso, no su suspensión. Luego entonces, quien cita este argumento a favor de lograrlo hace un uso abusivo de una facultad: abuso de derecho en su sentido puro: utilizar un derecho para un interés diverso para el que fue confeccionado.

70 Visible en www.gdca.com.mx/publicaciones así como ARBITRAJE, ob. cit., pp. 1243 *et seq.*

Dicho criterio empieza a convertirse en la tendencia, como lo demuestra la tesis con el siguiente rubro:⁷¹

MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA MERCANTIL. ES IMPROCEDENTE DECRETARLAS SI TIENEN POR OBJETO INHIBIR O IMPEDIR QUE UNA PERSONA EJERZA ANTE LOS TRIBUNALES LAS ACCIONES CORRESPONDIENTES, PUES ELLO IMPLICA VULNERAR EL DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN.

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que es improcedente decretar medidas cautelares que tengan por objeto inhibir o impedir que una persona ejerza ante los tribunales las acciones correspondientes, pues ello implica vulnerar el derecho de acceso a la jurisdicción.

Justificación: ... las medidas cautelares tienen por lo general carácter conservativo, esto es, se dictan para que las cosas se mantengan en el estado que guarden y con la finalidad de evitar actos de violencia entre las partes; sin embargo, ello de ninguna manera implica la posibilidad de que a través de una medida de esa naturaleza se impida a una persona ejercer el derecho de acceso a la justicia; de ahí que si una autoridad judicial, a pretexto de conservar las cosas en el estado que guardan, dicta una medida cautelar mediante la cual impide a la persona ejercer una acción o acudir a los tribunales a ejercerla, dicha medida no será propiamente de carácter conservativo, sino que en realidad constituirá un nuevo estado de cosas, atento al cual, en los hechos impedirá el ejercicio del derecho constitucional de acceso a la justicia, motivo por el cual, al ser contraria a ese derecho constitucional, esto es, por inhibir el acceso a la jurisdicción, deberá ser declarada improcedente.

El criterio es loable. Debe cristalizarse en jurisprudencia.

B. Exitos y fracasos de la experiencia mexicana

Con frecuencia se escucha referir al Poder Judicial como uno. Sin embargo, el Poder Judicial mexicano es un ente que, aunque *formalmente* monolítico es *realmente* amorfo. Compuesto de piezas y personajes distintos. 32 entidades federativas, cada una con sus juzgadores locales, que suman 1414. En materia federal existen 1454 juzgadores (634 jueces de distrito, 809 magistrados federales, 11 ministros).⁷² Como puede verse, tanto orgánica como humanamente, se trata de un cuerpo compuesto de muchas piezas. La práctica me ha permitido interactuar con muchos. Tengo el agrado de revelar que la contundente mayoría ha sido placentera. Debo, por honestidad intelectual, también reconocer que existen otros jueces que no merecen el mismo aplauso. Algunos me los he encontrado en mi práctica, otros por expedientes que he leído sobre los que se me pide opinión. Aún otros, porque personas cuyo juicio respeto⁷³ me han

71 Registro 2024663. Tesis: I.15o.C.3 C (11a.). (Transcribo solo parte del texto de la tesis.)

72 Visible en <https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cnijf/2021/doc/cnijf>. Fecha de consulta: mayo 2022.

73 Me refiero no solo a inteligencia, sino observar que la apreciación no obedece a una agenda.

explicado lo acontecido. Y dentro de dicho universo, los motivos que encarnan la apreciación oscilan desde ausencia de preparación, hasta justicia procurada ilícitamente.

El escenario descrito arroja una consecuencia: *riesgo*. Riesgo que el caso de uno acabe en manos distintas de las personas cuya conducta merece aplauso. Y si el caso es trascendente, puede tratarse de un riesgo insoportable. Es ante ello que el arbitraje confiere un valor precioso.

¡Pero el poder judicial es una de las piezas del sistema arbitral! Y como se ha explicado, una que procura su efectividad. Ante ello, la pregunta es obligada: ¿cómo ha dicho (vasto y heterogéneo) órgano concebido e implementado el arbitraje? La respuesta a esta pregunta varía. Por comentarios que he escuchado, conversaciones que he sostenido, y actitudes que he observado, sospecho que muchos contestarán negativamente. Mi perspectiva es distinta. Antes de compartirla, deseo proponer que la respuesta no puede basarse exclusivamente en instancias individuales—ello sería un solipsismo. Subjetivismo inaceptable. Inclusive justificacionismo:⁷⁴ el deseo de achacar a otros error propio.⁷⁵ Debe uno basarse en (i) tendencias generales, no instancias aisladas; y (ii) resultados.

Es conforme a dicho estándar que considero que la experiencia mexicana a (casi) 30 años de Derecho arbitral moderno, es que éste ha sido muy bien interpretado y aplicado. Esta es la tesis de la obra *Arbitraje*.⁷⁶ Examinada toda la experiencia mexicana usando como materia sus sentencias, y como método el ponerlas bajo el prisma del derecho, doctrina y sistema arbitral internacional, el resultado es positivo: la tendencia contundente en la práctica mexicana es respeto, predisposición favorable, y apoyo al arbitraje por parte del Poder Judicial.⁷⁷

C. El valor del arbitraje ante la problemática descrita

Dentro del desierto del Estado de Derecho descrito al principio de este ensayo, el arbitraje se ha erigido en un oasis de Estado de Derecho. La relación del arbitraje con el Estado de Derecho es simbiótica: El Estado de Derecho brinda al arbitraje lo necesario para que funcione, y el arbitraje coadyuba al Estado de Derecho, cerciorando su funcionar. Es decir, el arbitraje no solo *depende* del buen funcionar del sistema (§1), *cerciora* el buen funcionar del sistema (§2). Como resultado, el arbitraje se ha convertido en una pieza del sistema que brinda un valor no solo útil, sino que promete incrementar dado el mundo que vivimos y las tendencias observables (§3).

74 Uso la palabra como sinónimo de validacionismo.

75 No son pocas las ocasiones que he detectado que los jueces observan en los practicantes mala praxis. Esto me ha dado en qué pensar. Creo que hay algo de verdad. De la misma manera en que puede haber algo de verdad en la crítica que algunos hacen de la calidad de ciertos procesos y fallos judiciales, puede haber mérito en la crítica que jueces hacen de nosotros los practicantes.

76 Porrúa, 5ª edición, 2018.

77 Id., pp. 1498-1501.

1. El arbitraje depende del buen funcionar del sistema

El derecho arbitral es un “sistema”. Es un *todo* que persigue un objetivo. Dicho *todo* está compuesto de *partes*, cada una de las cuales cumple una función *para* el todo, que se nutren del *todo*, y nutren *al* todo. Una de dichas partes es el poder judicial competente: el poder judicial es una pieza del sistema de arbitraje. El poder judicial relevante es el que las partes hayan escogido mediante el mecanismo de la elección de la sede.⁷⁸ Dicha elección implica la voluntad de las partes que la justicia privada que están acordando sea efectuada acorde al régimen pactado, directo y supletorio, incluyendo los órganos encargados de apoyarlo; de hacerlo cumplir.

2. El arbitraje cerciora el buen funcionar. Corrige yerros del sistema

El arbitraje depura defectos que el sistema puede arrojar. Los corrige. *Lion Mexico Consolidated v Estados Unidos Mexicanos*⁷⁹ pone el punto en manifiesto: es gracias a la examinación de lo ocurrido bajo la lupa del Derecho internacional que pudo corregirse una injusticia que el sistema local no pudo enmendar—el *motif* de la denegación de justicia. Ello nos debe agradar: el orden jurídico nacional es mejorado gracias a permitir instancias de revisión por el orden jurídico mundial. Y ello gracias al arbitraje.

3. El arbitraje ha creado un auténtico oasis de justicia

Al permitir elegir al evaluador, diseñando un proceso acorde a las necesidades del caso y preferencias de las partes, contemplando una decisión revestida de finalidad, el arbitraje confiere un valor importante. Pero ello, aunque necesario, no es suficiente para concluir que el espacio ocupado por el arbitraje merece ser considerado como una isla de justicia. Dicha conclusión sigue de las premisas enunciadas, más una adicional: las normas sociales del medio arbitral.

El rigor, cuidado y esmero visible en los arbitrales cotidianos son el polo opuesto de la justicia que uno observa en muchas otras áreas del orden jurídico mexicano. Compárese por ejemplo con la justicia penal (si es que puede llamársele así). Es auténticamente dantesco lo que se observa cotidianamente en materia penal. La frustración y angustia que dicho estatus y la cantidad de vidas destrozadas por ello genera es rebasado únicamente por la indiferencia de la clase gobernante. No se observa un solo paso serio para mejorar dicho (medieval) estatus. Si se acepta la tesis de Victor Hugo que el desarrollo de un país es visible en la calidad de su sistema penitenciario, es obligado concluir que México está en un subdesarrollo absoluto.

78 Esta es la función de la sede: servir de punto de conexidad que hace aplicable un derecho arbitral específico.

79 Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2, laudo de 20 de septiembre de 2021.

Pero además del sistema penitenciario, están el proceso administrativo. Sus tiempos son impresionantemente largos. El proceso civil y mercantil merece la misma crítica, agravada por la (variable) calidad de sus decisiones.

Compárese esto con la justicia visible en los procesos arbitrales. Para quien tiene experiencia en otras áreas es un motivo de asombro observar el nivel de sutileza con el que se presentan y argumentan los casos. Y el cuidado de los árbitros es tal que hay espacio para hacer la crítica inversa: exageración. Algunos hablan de “*due process paranoia*”:⁸⁰ árbitros tomando medidas exageradas para cerciorar que el proceso arbitral (particularmente su carta magna) es seguido *al pie de la letra*. Que no hay ápice o espacio alguno para que alguien pueda argumentar que no fue escuchado. Es decir, el medio arbitral no solo ha procurado calidad de justicia, sino que lo hace exageradamente.

Atado a ello están las normas sociales que el medio arbitral ha creado y vive habitualmente, mismas que son extremadamente exigentes, tanto en su concepción como implementación. Mi lectura de ello es que quienes se dedican al arbitraje, particularmente cuando creen en él, se sienten confiados de un valor. Se percatan de lo delicado de la labor que realizan. Entienden que son depositarios de algo valioso; que se trata de un *nobile officium*. Que existe una relación de fiducia. Como resultado, su actuar es rectilíneo. Y ello genera algo interesante cuando ante amistades.

El medio arbitral es naturalmente ‘pequeño’. La razón por la que el tamaño es natural obedece a la *especialización*, que reduce el universo de actores. Ello ocurre en toda disciplina.⁸¹ Pero en arbitraje ocurre algo adicional que lo distingue de otras áreas: existe adjudicación. Los actores no solo concurren o compiten con otros actores, los evalúan. Ello lo distingue de muchas otras áreas. E incide en sus normas sociales. También explica mucha conducta y actitud. Por ejemplo, en algunas áreas se observa conducta no cooperativa, a veces hasta agresiva—inclusive destructiva. En arbitraje, el factor descrito —aunado al hecho que sus actores escogen a otros actores—arroja como resultado un *modus vivendi* no solo cooperativo, sino cordial.

Como es natural, las relaciones frecuentes generan amistades—a veces no solo profesionales, sino personales. Y cuando invitados a juzgar el caso presentado por una persona con quien les une una relación de amistad, la árbitro entiende que el postulante entiende que el deber de imparcialidad va en serio. Y viceversa. Que no se ganan puntos por ser amigo. Inclusive, a veces se observa que se le exige más al amigo que a otros. Me vienen a la mente instancias de pasos exagerados que se explican solo por el deseo de dejar claro que el deber de imparcialidad no cede ante amistad. Y las instancias en que alguien no lo ha entendido u observado así han propiciado repudio.

80 El término no es exagerado. La ‘paranoia’ es miedo profundo. No es inusual observar decisiones procesales y vivir deliberaciones cuyas premisas ostentan precisamente eso: miedo. ¿A qué? A no brindar un proceso cuidadosamente debido y justo.

81 Se observa que algunos aluden a los ‘sospechosos usuales’ con cinismo. Propondría que en toda materia en que existe especialización existe un grupo reducido de verdaderos especialistas.

Conclusión: las características del arbitraje (especialidad, flexibilidad y finalidad) aunado a los estándares de conducta visibles hacen que el arbitraje haya procurado un auténtico oasis de justicia en un desierto de Estado de Derecho.

REFLEXIÓN FINAL

En *El Estado de Derecho: Un Enfoque Económico*⁸² abordó la preocupación de la situación visible del Estado de Derecho en México⁸³ a la luz de los progresos visibles en el Derecho internacional: tanto responsabilidad internacional del Estado como la creciente cristalización del concepto jurídico internacional “denegación de justicia”.⁸⁴ Al comentar las áreas de oportunidad visibles en nuestro sistema jurídico hago alusión a:⁸⁵

Las fallas aludidas deben preocuparnos pues podrían constituir denegación de justicia, lo cual es un delito internacional.⁸⁶

Al hacerlo, comparto mi preocupación que lo cotidianamente visible en la praxis mexicana puede detonar el delito de denegación de justicia, y la consecuente responsabilidad internacional del Estado mexicano.⁸⁷ Ante ello:

La moraleja en el contexto de este estudio es importante: el deber de contar con un sistema eficaz de impartición de justicia, un Estado de Derecho, es una obligación bajo el derecho internacional. No solo es un cometido y objetivo natural del Estado, es algo a lo que los ciudadanos tienen derecho a aspirar, y exigir, desde la perspectiva internacional. Entre más rápido lo asimilemos y procuremos *motu proprio*, nos evitaremos que nos lo hagan cumplir coactivamente.

Es una lástima que el llamado a acción no haya merecido eco. Nos habríamos evitado (vergonzoso) llamado de atención que nos hace Lion Mexico—que no es el primero. En el caso *Castañeda v México*⁸⁸ la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que México:⁸⁹

“... violó, en perjuicio del señor Jorge Castañeda Gutman, el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana, en rela-

82 Porrúa, 2007, p. 40.

83 El derecho como una trampa (p. 32), el actuar de los jueces (p. 33), el abuso del proceso y el juicio de amparo (p. 37).

84 Id. p. 37.

85 Repito el llamamiento en COMPETENCIA, (México, Porrúa, 2017, pp. 775-781).

86 EL ESTADO DE DERECHO: UN ENFOQUE ECONÓMICO, *ob. cit.*, p. 37.

87 Idem.

88 En *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 6 de agosto de 2008, Corte Interamericana de Derechos Humanos, se concluyó también que existió una denegación de justicia electoral.

89 Id. resolutivo 2, p. 67.

ción con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en los términos de los párrafos 77 a 133 de la presente Sentencia.”

La Corte Interamericana razonó que:⁹⁰

“... la inexistencia de un recurso efectivo constituyó una violación de la Convención por el Estado Parte, y un incumplimiento de su deber de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos establecidos en la Convención, en los términos del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos...”⁹¹

¿Cuántos llamados de atención tendremos que recibir para que abramos los ojos y nos hagamos de voluntad para *en verdad* corregir el desempeño de nuestras autoridades locales (no solo el Poder Judicial sino las autoridades administrativas relacionadas con la materia)?

90 Id. ¶133.

91 El artículo 25 de la Convención establece:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.