

Con ayuda del árbitro

Miguel Ángel Fernández Delgado¹

Resumen: Bajo la premisa de la inexistencia de una sola forma de impartición de justicia, se presenta la mediación y el arbitraje como una opción reconocida en derecho comparado y en el derecho positivo mexicano. Se sugieren algunos ajustes y las opiniones de ciertos jurisconsultos.

Abstract: Under the premise that there is no single form of justice, mediation and arbitration are presented as a recognized option in comparative law and Mexican substantive law. Some adjustments and the opinions of certain jurists are suggested.

Palabras clave: alternativas a la impartición de justicia oficial, historia y actualidad del arbitraje en México.

Keywords: alternatives to the administration of formal justice, history and current status of arbitration in Mexico.

El camino hacia la justicia nunca ha sido de una sola vía. Mientras las personas tengan conflictos que requieran resoluciones y ejecuciones definitivas, serán necesarios jueces, tribunales y quienes hagan sus veces. Por otro lado, la justicia también tiene diferentes magnitudes o dimensiones, pues los sistemas que la imparten entre particulares no solamente aplican el derecho positivo, sino que coexisten, desde tiempo atrás, con otros ordenamientos

¹ Investigador del Centro de Investigación Jurídica y profesor de Derecho Cultural en la Escuela Libre de Derecho.

que la realizan por razones religiosas, militares, comerciales y otras.

La reforma judicial en comento indudablemente mueve a esa reflexión, incluyendo una mirada histórica de corte romanista, pues a partir de un primer análisis, cobra mayor importancia la utilidad y cabal comprensión del arbitraje como alternativa de impartición de justicia acorde a lo que muchas expertas eventualmente pronostican.

Un par de ejemplos serán suficientes para aclarar este último punto. Isaac Bashevis Singer, autor de *En el tribunal de mi padre*, recuerda que, en el Antiguo Testamento, Jethro, suegro de Moisés, aconsejó a éste la creación de una corte popular para personas piadosas. Siguiendo este modelo, el padre de Singer habilitó una habitación dentro de su domicilio, en Varsovia, para crear una corte similar en las décadas previas a la Primera Guerra Mundial. Aunque no gozaba de ningún respaldo estatal y sus decisiones no podían imponerse por la fuerza, funcionó aplicando las Escrituras y el sentido común, pues, en última instancia, su autoridad se fundaba en la probidad y rectitud del juez que la presidía. Años después, el padre de Singer llegó a ser jefe de la Yeshiva o tribunal religioso de los judíos.

Desde la Edad Media se gestó y continúa desarrollándose la *lex mercatoria*, conformada por los usos y costumbres mercantiles sin limitación de fronteras y casi sin participación de los estados y de las leyes vigentes, basada en el imperio de la autonomía de la voluntad de las partes, comerciantes, en este caso, para dictar las reglas y resolver los conflictos que pudieran surgir, a través de la cláusula compromisoria con la que designan al juez o árbitro capaz de solventar sus diferencias.

Sin interés alguno en abordar las razones que provocaron la última reforma judicial, lo que vamos a proponer es un sistema de justicia acorde con las necesidades actuales, en particular, para subsanar el rezago que, sin lugar a duda, continuará aumentando y comprometiendo el mandato constitucional de administrar justicia en forma “pronta, completa e imparcial”.

Aunque no ha sido un tema muy socorrido en la educación jurídica básica, por desenvolverse fuera del sistema estatal, aunque no ajeno, al margen ni a contracorriente del mismo, el arbitraje puede considerarse, desde tiempo inmemorial, otra de las vías de acceso a la justicia entre particulares.

De acuerdo con el recorrido histórico del arbitraje elaborado por Milotić, sus primeros registros se encuentran en Babilonia, en el tercer milenio antes de nuestra era.² También entre los siglos VIII y III a.n.e., chinos, griegos y romanos recurrieron al arbitraje y la mediación. De igual forma, los griegos destacaron por resolver de este modo no solamente conflictos privados, sino también entre ciudades-estado, en especial tratados de paz. El renombrado jurista y político ateniense, Demóstenes, dejó testimonio, en el siglo IV a.n.e., de la existencia de árbitros públicos y privados.³

² Milotić, Ivan, “An outline of the arbitral procedure in Roman Law”, *Forum Historiae Iuris*, § 1. En línea: <https://forhistiur.net/2013-01-milotic/?l=en>. Consultado el 7 de mayo, 2025.

³ Thirgood, Russell, “Arbitration through the ages”, *The Arbitrator & Mediator*, diciembre, 2013, p. 79. En línea: <https://www.5.austlii.edu.au/au/journals/ANZRIArbMedr/2013/26.pdf>. Consultado el 12 de marzo, 2025.

El arbitraje en nuestra cultura legal actual, como gran parte de la tradición histórica de la familia romano-canónica, proviene del derecho romano. Esto fue así, porque, a pesar de ser una cultura tan apegada a la solemnidad en los negocios jurídicos, la idea del honor y el temor a caer bajo sospecha, el arbitraje *ex compromisso* no podía acarrear la infamia a ninguna de las partes.⁴ Además, al prevalecer la oralidad en el proceso, se podía llevar a cabo en lenguas diversas al latín.⁵

Desde la antigüedad y hasta el presente, el arbitraje y la mediación han sido considerados opciones para evitar litigios judiciales largos y costosos,⁶ y también para conjurar la intervención de cortes o jueces que las partes en disputa prefieren obviar. Uno de sus principales atractivos, desde la época clásica del derecho romano, se halló en la posibilidad de realizar los procesos lejos de la mirada pública, *sine strepito forense*.⁷ Por otro lado, su práctica demostró otras ventajas, pues podía resolver litigios complicados o inaccesibles por razones políticas o sociales y limitar los riesgos de reclamaciones ulteriores (*plus petitio*).⁸

Por reforma a su artículo 17, el 18 de junio de 2008, la Constitución mexicana reconoció la validez del arbitraje. Uno más de los añadidos obvios e innecesarios como los que han proliferado en las últimas décadas. No obstante, un experto en la materia identifica aquí el puntal jurídico

⁴ Milotić, *op. cit.*, § 11.

⁵ *Ibidem*, § 12.

⁶ Thirgood, *op. cit.*, p. 79.

⁷ Milotić, *op. cit.*, § 1.

⁸ *Ibidem*, § 2.

del reconocimiento de un derecho humano arbitral.⁹ González de Cossío apunta que, en esencia, el párrafo que lo reconoce incluye las siguientes prerrogativas:

- 1) El derecho a contar con legislación de todos y cada uno de los mecanismos alternativos de solución de controversias.
- 2) El derecho a renunciar por completo a la tutela del poder judicial.
- 3) El derecho a que el poder judicial no intervenga en procedimientos resueltos por medios alternos de resolución de controversias.¹⁰

En su obra libertario-anarquista, *Anarquía, Estado y Utopía*, el filósofo Robert Nozick recuerda la tradición ius-naturalista como la primera en reconocer los derechos procesales de las personas, aunque reconoce que esta corriente de pensamiento jurídico no se molestó en desarrollar sus pormenores.¹¹ De cualquier forma, el hecho de que la Constitución mexicana incluya el arbitraje en el capítulo de los derechos humanos y sus garantías, además de otorgarle mayor importancia jurídica y política, implica que no podrá desconocerlo más adelante.

Si el arbitraje logra salir de la esfera teórica en la que, salvo contadas excepciones, se le tiene confinado, y llega a ser más usado en la práctica, requerirá varios ajustes.

⁹ González de Cossío, Francisco, “Derecho constitucional arbitral”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 44, no. 44, 2020, p. 184.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 106.

La oralidad en los juicios arbitrales ha prevalecido desde la época romana.¹² La desventaja de no crear un registro sobre la resolución de casos parecido a la jurisprudencia, parece ir de la mano de la condición eventual de su función y, por lo mismo, de no contar con una sede fija sino itinerante. Si esto último se elimina y se asocia a lugares como un recinto académico, universitario o a instituciones como el Instituto Mexicano de la Mediación, el Centro de Arbitraje de México, colegios o barras de abogados, la creación de una jurisprudencia que se pueda consultar por rubro, palabra o tema, no ofrece gran dificultad.

Si resulta problemático iniciar de la nada con semejantes registros para la actividad arbitral o se considera más seguro contar con cierto respaldo, se puede recurrir a la jurisprudencia vigente. Es más, González de Cossío opina que es obligatoria para los árbitros en ciertos supuestos, pero en otros no.¹³

Otra pregunta que surgirá, aunque puede suponerse que lo hará solamente si el aumento del arbitraje es considerable y tiene la respuesta y el respaldo adecuado de parte de quienes acuden a su servicio, será la siguiente: Si no se pretende acudir al sistema judicial gubernamental, ¿serán posibles los recursos de alzada contra un laudo?, ¿ante quién? En su larga y acuciosa aportación sobre el “Derecho constitucional arbitral”, González de Cossío también ofrece su opinión acerca del tema.¹⁴

¹² Milotić, *op. cit.*, § 12.

¹³ González, *op. cit.*, pp. 242-245.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 245-249.

Lo que se puede adelantar, si es que el arbitraje se desarrolla en una forma similar a la que apuntamos, es que los procedimientos arbitrales tendrán inicios en falso, problemáticas, malentendidos, campañas de desprestigio, pero poco a poco pasarán de ser la excepción a algo más general. Esto llevará tiempo. También serán procedimientos más costosos, porque así suele ser el actuar de quienes se dedican al arbitraje, pero esto cambiará, con toda seguridad, cuando su práctica se haga más frecuente.

En los casos litigiosos en los que no sea posible recurrir al arbitraje, o si alguna de las partes no está de acuerdo con los resultados, entonces se deberá acudir al poder judicial local o federal.

Otra pregunta necesaria debe referirse a las personas que se desempeñen como árbitros, pues, en gran parte, les corresponderá el éxito o fracaso de nuestra propuesta. Según hemos dicho desde el inicio, nunca ha existido un monopolio de la impartición de justicia. Es probable que la reforma judicial divida a la sociedad entre quienes, para resolver litigios, deseen acudir a un poder judicial integrado por jueces-burócratas, y quienes opten por los árbitros, que, sin lugar a duda, deberán ser juristas seleccionados, no por contar con la *potestas* de aquéllos, sino con la *auctoritas* del saber jurídico.¹⁵

En uno de los últimos libros de su reconocida trayectoria como jurista, el que fuera ministro de la Corte y por

¹⁵ Con lo cual no deseamos sugerir que los nuevos jueces carecerán de *auctoritas*, sino que su diferencia fundamental residirá en estar investidos de *potestas*. Al respecto, ver: Iglesias, Juan, “Sobre el derecho romano y la «auctoritas»”, *Studi in onore di Pietro de Francisci*, vol. I, Milano, Dott. Antonino Giuffré Editore, 1956, pp. 115-120.

décadas catedrático en la UNAM y la Escuela Libre de Derecho, Juventino V. Castro, siempre generoso al compartir sus ideas, de palabra y por escrito, para mejorar el ejercicio del derecho y la impartición de justicia en México, no olvidó señalar: “En materia de derechos privados, debe reflexionarse con hondura, la posibilidad de ampliar el *arbitraje* como forma de evitar los trámites engorrosos de los procedimientos judiciales. Son muchas las controversias que pueden admitir este especial procedimiento”.¹⁶ En la misma obra, que tituló *La mutación estructural del derecho en México* (2ª ed. corregida, 1998), también dedicó un apartado al arbitraje, dentro del capítulo sobre “Los institutos procesales y sociales para el debido acceso a la justicia”.¹⁷ Aquí apuntó sus beneficios y ventajas, pero también señaló un inconveniente:

El único riesgo de este procedimiento no jurisdiccional es la posibilidad de que se establezca una *justicia paralela*. Es decir, desacreditar en tal forma a los juicios ordinarios —por considerárseles lentos, injustos, corruptos, o razones similares—, que harían perder validez y autoridad moral al Poder Judicial. Se debe meditar con todo cuidado esta alternativa. Hay numerosos precedentes en otros países.¹⁸

Tal vez lo que verdaderamente necesita el sistema actual de administración de justicia, para salir del estancamiento y de los problemas que se dice dieron pie a su reforma, sea una mayor especialización en los asuntos que

¹⁶ Castro, Juventino V., *La mutación estructural del derecho en México*, México, Editorial Porrúa, 1998, p. 163.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 184-186.

¹⁸ *Ibidem*, p. 185.

debe resolver. La reforma judicial, sin proponérselo, podría generar un sistema de justicia especializado, no por gremios ni por jurisdicciones especiales, como en la época novohispana, sino por diferentes razones jurídicas, económicas, sociales o culturales.

Por eso, con ayuda del árbitro, como titulamos esta colaboración, sin afán de aludir a populares frases deportivas, porque no se trata de una partida, ni mucho menos de un juego, pensamos que la reforma judicial podrá mejorar. Lo que proponemos no debe tomarse como temor al cambio, sino un ajuste para que la innovación tan radical que implica cambiar por completo la conformación de uno de los poderes federales, sea menos problemática. Como expresó la poetisa y activista pro-derechos civiles, Maya Angelou, “si no te gusta algo, cámbialo. Si no puedes cambiarlo, cambia tu actitud”. Desde luego, es más probable que una actitud positiva conduzca a resultados positivos.

