

Bofetéenme por favor:

CARTA ABIERTA DE UN PRACTICANTE DE ARBITRAJE AL NUEVO JUZGADOR A LA LUZ DE LA REFORMA JUDICIAL

*Francisco González de Cossío**

Our critics are our friends,
they tell us how to improve

Benjamin Franklin

I.	EL PAPEL DEL JUEZ EN EL ARBITRAJE.....	2
A.	EL PRINCIPIO NODAL: NO INTERVENCIÓN EN EL PROCESO ARBITRAL.....	2
B.	EXCEPCIÓN: LAS INTERVENCIONES AUTORIZADAS	4
C.	COROLARIO.....	4
D.	ESTADO DE RESULTADOS: 30 AÑOS DE ÉXITO.....	5
II.	EL RESULTADO JUDICIAL DE TRES DÉCADAS DE PRAXIS ARBITRAL.....	6
A.	EJECUCIÓN DE ACUERDOS ARBITRALES.....	6
1.	<i>Remisión al arbitraje.....</i>	<i>6</i>
2.	<i>Respeto de Compétence de la Compétence.....</i>	<i>7</i>
3.	<i>Corolarios.....</i>	<i>9</i>
B.	EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES.....	10
C.	MEDIDAS PRECAUTORIAS	11
1.	<i>Jurisdicción concurrente.....</i>	<i>12</i>
2.	<i>Alcance</i>	<i>12</i>
3.	<i>Prohibición de suspensión de procesos arbitrales.....</i>	<i>13</i>
D.	TEMAS ACCESORIOS.....	13
III.	RETOS	14
A.	EL ARBITRAJE Y EL ESTADO DE DERECHO.....	14
B.	EL TEMOR DE LA TOMA JUDICIAL.....	14
C.	LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO Y EL PODER JUDICIAL	14
IV.	COMENTARIO FINAL.....	16

* González de Cossío Abogados, SC. www.gdca.com.mx. Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx.

Esta carta es una invitación a que nos den una cachetada con guante blanco.

Para cuando se publique esta carta, tendremos un Poder Judicial nuevo. Uno electo. Uno que toma el lugar de un Poder Judicial que durante 31 años desempeñó un papel y arrojó un resultado. La y el juez nuevo toman las riendas de una carroza andante. De un proyecto dinámico.

Existe un manto enorme de duda sobre los nuevos personajes que ocuparán el cargo de jueces.¹ Ello es injusto para ellos—no fueron *ellos* los que conllevaron la Reforma Judicial. Pero la idea, el proceso y pasos diversos que tuvieron lugar son tales, que es imposible que la ciudadanía preparada descuide u olvide lo ocurrido. Pero ello no significa que la persona elegida tenga que actualizar las preocupaciones existentes. No es obligado concluir que quien ocupe el cargo sea un mal juez. Ello lo definirá su desempeño. Y al respecto, muchos seremos observadores cautos e incisivos.

Esta carta tiene por objeto comunicar qué puede hacerse para que el juez nuevo nos dé una cachetada con guante blanco. Qué hacer y qué evitar para que el papel confiado sea debidamente desempeñado. Incluye inquietudes que tenemos quienes nos dedicamos al arbitraje, y que inciden en la procuración de justicia. Su objetivo es dialogar respetuosa y constructivamente con el nuevo juez para conocernos más. Para que pueda saberse sin recato alguno qué se espera. Cómo se ha cumplido el papel del juzgador en esta importante materia.

Dividiré esta carta en tres secciones: el papel del juez en el arbitraje (§I); El resultado judicial de tres décadas de praxis arbitral (§II); y los retos que se observan (§III).

I. EL PAPEL DEL JUEZ EN EL ARBITRAJE

El juzgador tiene un papel clave en el arbitraje. Uno cuidadosamente pensado y calibrado. Uno sin el cual no pueden lograrse los fines del arbitraje—pero uno que, si no se comprende y observa con cuidado, puede no solo no lograr su objetivo, sino frustrarlo.

A. EL PRINCIPIO NODAL: NO INTERVENCIÓN EN EL PROCESO ARBITRAL

Existe una ironía en la relación Derecho arbitral-Poder Judicial: busca apoyo de quien busca distanciarse.² Como lo dice con tino un practicante activo (Carlos Alvarado³) citando un a un pensador prominente (Lord Mustill), entonces miembro del House of Lords inglés:⁴

¹ Vid. González de Cossío, *El Arbitraje ante la Reforma Judicial*, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, Numero 48, México 2024, p. 187.

² Como lo hace ver con agudeza Jan Paulsson en *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, 2013.

³ Carlos Alvarado, *Judicial Aid to International Arbitration in Mexico* en *Arbitration in Mexico*, Gloria M. Alvarez y Carlos Alvarado (eds.), Wolters Kluwer, The Netherlands, 2024, p. 141.

⁴ Coppée Levalin S.A./NV v. Ken-Ren Chemicals and Fertilizers LTD, 1994.

Existe aquí una tensión evidente. Por un lado, la concepción del arbitraje como un procedimiento voluntario reforzado por ideas del transnacionalismo se opone a la intervención por mecanismos estatales a través de un juez local. Por otro lado, está el hecho evidente, sea que nos guste o no, de que solamente una corte local con facultades coercitivas puede salvar un arbitraje en peligro de fracasar.

[there is a plainly tension here. On the one hand the concept of arbitration as a consensual process reinforced by the ideas of transnationalism leans against the involvement of mechanism of state through the medium of a municipal court. On the other side there is the plain fact, palatable or not, that it is only a Court possessing coercive powers which could rescue the arbitration if it in danger of foundering.]

Dichas tres oraciones están preñadas de contenido. El arbitraje es justamente producto de la libertad. El Derecho abraza y da efectos a la posibilidad de que las partes se extraigan de los mecanismos de solución de disputas de un orden jurídico local para someterse a un mecanismo internacionalmente regulado, nutrido y hecho valer: el arbitraje. Por otro está el hecho práctico que puede ser necesario recurrir a un juez para cerciorar que los problemas que surjan en un arbitraje se resuelvan. Esta tensión explica tanto la *existencia* como la *importancia* del principio contenido en el artículo 1421 del Código de Comercio, que establece:

Salvo disposición en contrario, en los asuntos que se rijan por el presente título, no se requerirá intervención judicial.

La norma *existe* pues deja en claro que sí hay un papel del poder judicial competente en el arbitraje. Su importancia reside en que deja en claro cuál es el rol del poder judicial. Como resultado, el principio significa muchas cosas. La más importante es qué se puede hacer, y qué no.

Comencemos por el principio, dicho precepto se encuentra en la sección de “Disposiciones Generales” del Título IV, Libro V, del Código de Comercio: la *lex arbitri* mexicana. Es decir, es uno de los principios generales de derecho arbitral. Uno que corta transversalmente a todo derecho arbitral. *Conclusión:* dicho principio debe tenerse en mente siempre por el juzgador mexicano. Debe ser el punto de partida de todo el análisis y la actuación del juez mexicano.

Pasemos ahora a su contenido. Existen tres implicaciones que deben tenerse en mente cuando se contemple actuación por parte del juez: Primero, es un régimen *numerus clausus*. Segundo, es de *interpretación estricta*. Tercero, su *efecto útil*: su interpretación debe ser teleológicamente orientada a lograr el resultado para el cual fue conferida la facultad.

El juez enfrentará todo tipo de peticiones de los practicantes. La experiencia enseña que los practicantes buscarán en el derecho arbitral formas de lograr *sus* objetivos—servir los intereses de sus clientes—inclusive si ello significa cargar los dados. Poner el pulgar sobre la báscula. A ello se suma que existen una veta de practicantes cuyo *modus operandi* es precisamente la ilegalidad. Obtener y ofrecer —a un precio muy alto— a sus clientes formas de lograr lo que quieren, al margen de que sea lícito.

El juez debe estar alerta a ello. Debe recordarse que la experiencia enseña que cuando un juez se presta a actos indebidos, ello se nota. Ello se transforma muy rápido en reputación, y eventualmente puede traducirse en consecuencias palpables: como investigaciones, sanciones y juicios. Ante ello, el beneficio inmediato no debe pesar más que la reputación y desempeño a largo plazo. Tarde o temprano, las consecuencias alcanzan a todos.

B. EXCEPCIÓN: LAS INTERVENCIONES AUTORIZADAS

Establecido que, atento al artículo 1421 del Código de Comercio, los tribunales nacionales no pueden intervenir en los procedimientos arbitrales más que en los casos excepcionales, expresa y exhaustivamente contemplados, es necesario dejar claro cuáles son los casos de intervención autorizada. Son: (1) ejecución del acuerdo arbitral y remisión al arbitraje;⁵ (2) la constitución del tribunal arbitral;⁶ (3) medidas precautorias;⁷ (4) revisión de la decisión del tribunal arbitral sobre su competencia;⁸ (5) desahogo de pruebas;⁹ y (6) nulidad, y reconocimiento/ejecución del laudo arbitral.¹⁰ En lo sucesivo aludiré a estas como las “Intervenciones Autorizadas”. Cualquier acto de un juez mexicano que sea diverso a las Intervenciones Autorizadas incumple su régimen.

Solicitar la asistencia de un juez no tiene *per se* nada de malo, siempre y cuando se trate de una de las Intervenciones Autorizadas. Éstas están pensadas justamente para cerciorar que la intención común de las partes al someterse al arbitraje se cumple. Que la voluntad de las partes se respeta. Que el proceso es eficiente. Siendo el derecho arbitral de naturaleza contractual, existen límites a lo que las partes pueden hacer. Un común denominador a estos es hacer cumplir coactivamente lo prometido. Es en esta coyuntura que tiene un papel importante el Poder Judicial relevante: presta el imperio necesario para que lo pactado no quede en teoría.

C. COROLARIO

El régimen planteado arroja tres corolarios: es *numerus clausus*, de interpretación estricta y tiene una orientación teleológica, dirigida a cooperar, a colmar lagunas prácticas en la consecución

⁵ Artículo 1424 del Código de Comercio.

⁶ Artículos 1427, 1429 y 1430 del Código de Comercio.

⁷ Artículo 1425 del Código de Comercio.

⁸ Tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio.

⁹ Artículo 1444 del Código de Comercio.

¹⁰ Artículo 1457 y 1462 del Código de Comercio.

de un proceso arbitral, de tal manera que la voluntad de las partes de resolver sus problemas mediante arbitraje se logre.

Aceptado que existe una regla (no intervención salvo norma expresa) y seis excepciones (las Intervenciones Autorizadas), surge una conclusión, no solo jurídica sino lógica—apodíctica inclusive: las Intervenciones Autorizadas son las únicas posibles. No puede haber otras.

Como toda norma, aquella que contempla una facultad puede tener que ser interpretada, ello no es noticia. Pero dentro de los cánones de interpretación, existen algunos que tienen más peso que otros, y algunos que están excluidos. Tienen más peso aquellos que prefieren una interpretación estricta, por ejemplo. Están excluidos la interpretación *ad simile* o *ad fortiori*. El motivo: serían expansionistas. Y siendo el papel del juez uno de excepción, expandir implicaría reducir la regla. Por ende, deben ser evitados.

Las facultades de los jueces deben además ser interpretadas teleológicamente: *estar orientadas a lograr el resultado para el cual fueron conferidas*. Este requisito cerciora que una facultad es utilizada de manera correcta. Una que evita lo que el derecho administrativo llama “desvío de poder”.

D. ESTADO DE RESULTADOS: 30 AÑOS DE ÉXITO

A poco más de 30 años de derecho arbitral en México, el estado de resultados de la observancia de la disciplina por el Poder Judicial mexicano ha sido extraordinario. Como concluye una obra:¹¹

‘Derecho Arbitral Mexicano’ es una noción que no termina con el análisis del *texto* jurídico. El *contexto* es importante. El resultado de confrontar la materia con otras materias especializadas, y su aplicación por el juzgador competente. Después de todo, el derecho es el que aplican los jueces.

Pasados veinte años del fenómeno ... El Derecho Arbitral Mexicano generado es como regla inteligente y eficiente. Buen Derecho.

Adrián Magallanes y Montserrat Manzano coinciden. Aseveran que:¹²

¹¹ González de Cossío, *Arbitraje*, Porrúa, México, 5ª ed., 2018, p. 1498.

¹² Montserrat Manzano y Adrián Magallanes, *Recognition and Enforcement of Arbitration Awards in Mexico* en *Arbitration in Mexico*, Gloria M. Alvarez y Carlos Alvarado, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2024, p. 191.

México se posicionó como una opción sólida y confiable para llevar acabo procedimientos arbitrales ... mucho del crédito de ello deriva de los criterios obligatorios y no obligatorios emitidos por el poder judicial...

[Mexico ... positioned as a trustworthy and solid choice for carrying arbitration proceedings ...a lot of credit ... has come from both binding and non-binding precedents issued by the judiciary...]

Ahora que existirá un pase de estafeta a un nuevo Poder Judicial, ¿cuál será la respuesta a la misma interrogante? Ello lo definirán los jueces nuevos. Lo mejor que pueden hacer es continuar la senda atinada y prestigiada que existió durante más de 30 años.

II. EL RESULTADO JUDICIAL DE TRES DÉCADAS DE PRAXIS ARBITRAL

Comentaré los resultados de 30+ años de experiencia judicial en arbitraje siguiendo como eje los siguientes temas: acuerdo arbitral (§A), el laudo arbitral (§B), medidas precautorias (§C) y temas conexos (§D).

A. EJECUCIÓN DE ACUERDOS ARBITRALES

1. Remisión al arbitraje

La remisión al arbitraje¹³ es la forma en que se hace coactivamente cumplir la obligación de arbitrar. Si por ejemplo *A* presenta una demanda ante tribunales judiciales respecto de una disputa amparada por un acuerdo arbitral, *B* tiene derecho a pedir que el asunto se ‘remita al arbitraje’, lo cual en la práctica forense procesal significa que el juez emite un auto en el que deja de conocer el asunto. Punto. No es necesario indicar a las partes que deben ‘remitirse al arbitraje’; o enviar físicamente el expediente a lugar alguno. Ello se cumple en la práctica mediante el impulso procesal: siendo que el juez deja de conocer del asunto, la parte que desea que el caso sea conocido, debe recuperar sus documentos, darles forma arbitral, y presentarlos ante la institución arbitral correspondiente.

Lo anterior ha sido cumplido con pulcritud por los juzgadores mexicanos. A 30+ años de derecho arbitral, lo que se observa es que esta obligación ha sido respetada. Como resultado, quien haya pactado arbitraje ha podido contar con que las desviaciones de ello son raras. Y aquellas en que ha ocurrido merecen una de las siguientes dos explicaciones: ocurrieron al principio del régimen, lo cual significa que se trata de un paso natural en el conocimiento de una materia nueva; o versaron sobre un tema sutil, que ahora abordo: la ironía de *competenz*.

¹³ Artículo 1424 del Código de Comercio.

Existe una ironía¹⁴ que se detona de la no-comprensión de una sutileza de derecho arbitral que se detona cuando uno lee el texto legal sin tener claros ciertos cimientos conceptuales de la materia. Pero que conocidos estos, lo que a principio parece contra-intuitivo, se torna en imperativo: la posibilidad de que exista una *petitio principii*.

El artículo 1424 del Código de Comercio dice:

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.

Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo anterior, se podrá no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el juez. (...)

Quien albergue una objeción sobre la validez —o inclusive existencia— del acuerdo arbitral y por ende desee poner en entredicho la jurisdicción de un tribunal arbitral constituido conforme al mismo, sentirá que el caso no puede llevarse al arbitraje, o por lo menos no hasta en tanto se disipe la duda: se resuelva sobre su argumento. Y podría querer ver en la norma citada una oportunidad para lograr su objetivo. La interpretación correcta del mismo es que, por respeto al principio *compétence de la compétence*, ello debe ser primero decidido por el árbitro.

2. Respeto de *Compétence de la Compétence*

Compétence de la Compétence significa que el árbitro es el juez de su jurisdicción. Que cualquier cuestionamiento jurisdiccional debe ser enderezado primero al árbitro. El derecho arbitral mexicano no puede ser más claro al respecto. El primer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio establece:

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. A ese efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria.

(énfasis añadido)

No obstante la claridad de la norma, hay quien ha querido relativizar el principio. Se observan dos vertientes de perfiles de quienes evocan el cuestionamiento: quienes lo hacen por ignorancia; quienes lo hacen por conveniencia.

Los primeros son quienes no les queda claro el motivo y la historia del principio. Como defendí en un ensayo, el principio de *compétence* recuerda el (agudo) *dictum* de Holmes: *la vida del*

¹⁴ Vid. González de Cossío, *Ironía de Compétence-Compétence, en Homenaje a Bernardo Cremades*, Club Español del Arbitraje, Madrid, 2009.

Derecho no es la lógica, es la experiencia (“*the life of the law is not logic, it is experience*”¹⁵). Por *lógica*, podría defenderse que debe existir una determinación inicial sobre la validez del acuerdo arbitral, previo a ser obligado a arbitrar. Dicha lógica cede—debe ceder—ante la *experiencia*: la mejor visión es que todo cuestionamiento vaya primero al árbitro, y luego ante el juez. El motivo: no hacerlo es inherentemente contradictorio con el pacto de arbitrar. Implicaría que, para arbitrar, —es necesario litigar— una contradicción en términos.

Los segundos son quienes quieren evitar un arbitraje. Sea porque no quieren ser hechos responsables; sea por oportunismo. Y la experiencia enseña que usan todo tipo de recursos (a veces argucias) para lograrlo —inclusive ilegales—. Los pasillos de la práctica cuentan anécdotas diversas de ciertas personas, conocidas por su *modus operandi* ilícito, y cómo consiguen “convencer”¹⁶ a ciertos jueces para que les emitan órdenes anti-arbitraje.¹⁷

El que *cualquier* cuestionamiento jurisdiccional *deba* ir primero al árbitro significa necesariamente que *todo* cuestionamiento va al árbitro *primero*. No existe distinción a realizar al respecto. Hay quien ha dicho que depende del caso: si por ejemplo el cuestionamiento deriva de una *invalidéz*, el principio es cierto; pero ello no puede ser cierto de una *inexistencia*: si no existe el acto, forzar acudir al árbitro se tornaría en una contradicción: uno tendría que acudir al juez cuya jurisdicción cuestiona para ventilar el cuestionamiento—ello significaría que el caso se pierde *in limine*. La distinción carece de asidero legal. Y es contraria al correcto entendimiento del dilema que resuelve *compétenz*, explicado dos párrafos arriba.

El derecho escrito no puede ser más claro. El primer párrafo del artículo 1424 del Código de Comercio 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*. A ese efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria.

(énfasis añadido)

Como puede observarse, la norma no deja espacio alguno de duda: tanto las excepciones sobre *validez* como las de *existencia* deben ser decididas por el árbitro.

El dilema que resuelve la visión madura de *compétenz* es que, si bien es cierto que puede existir un cuestionamiento válido, de adoptarse una norma genérica que exija acudir primero al juez, el resultado sería que la obligación de acudir al arbitraje desaparecería. El demandado podría —y la experiencia enseña que por ende siempre intentaría— decir que alberga una duda

¹⁵ Wendell Holmes, *The Common Law*, New York, Dover, 1991, p. 1.

¹⁶ El eufemismo no debe pasar desapercibido. Y para quien no lea entre líneas, seré más claro: me refiero a corrupción. Y la corrupción en el poder judicial se ha acentuado dramáticamente en los últimos años.

¹⁷ Ver al respecto *Prohibido Prohibir: Las Órdenes de Suspensión de Procesos Arbitrales por Órganos Estatales*, ICC México Pauta No. 88, 2017.

sobre la validez (o existencia) del acuerdo arbitral. ¡*Voilà*! ¡Todo se detiene! El asunto se manda al juez. Y habrá que esperar a que éste decida. Resultado: No habría en la práctica un deber de arbitrar. En cambio, si se adopta la norma que ante un cuestionamiento jurisdiccional primero se acude al árbitro y su decisión podrá ser revisada por el juez, el resultado es que *compétence* tiene significado en la práctica. Y el riesgo que un demandado sea indebidamente arrastrado a un arbitraje se contrapesa con (i) el que el demandado puede válidamente no pagar la provisión de gastos, y (ii) una condena en costas por el árbitro.

3. Corolarios

La remisión al arbitraje debe ocurrir en forma asertiva, so pena de frustrar el principio en su aplicación. Ante un acuerdo arbitral, si una parte lo pide, el juez debe remitir *de inmediato*.¹⁸ Si una parte cuestiona la existencia o la validez del acuerdo arbitral, debe remitirse al arbitraje si, de un análisis *prima facie*,¹⁹ se observa un acuerdo arbitral.

La mejor forma de entender *compétence* es como una regla de tiempos: el árbitro no es *el* juez de su jurisdicción, sino el *primer* juez de la misma. El juez definitivo será el juez que, en el juicio de nulidad o ejecución del acuerdo arbitral analice la decisión jurisdiccional del árbitro. Y para ello, el análisis de razonabilidad que propone el amparo directo 71/2014 es atinado:²⁰

El tribunal arbitral, como la autoridad judicial deben acudir al texto del acuerdo arbitral. Cuando el lenguaje sea claro y, por tanto la respuesta normativa sea de fácil determinación, el juez debe aplicarla, a pesar de lo resuelto por el tribunal arbitral. Sin embargo, cuando el lenguaje del acuerdo arbitral sea ambiguo, deficientemente precisado por las partes, o vago, debe concluirse que ese lenguaje supone el poder de los árbitros de determinar su sentido. En este segundo caso, los jueces no deben imponer la interpretación que mejor les parezca, sino simplemente verificar si la interpretación del tribunal arbitral es *razonable* y declarar inválido el laudo si la determinación en que se basa la afirmación de su competencia es *caprichosa o arbitraria*.

Así, cuando un tribunal arbitral interpreta los términos de un acuerdo arbitral debe hacerlo sobre la base de un método interpretativo razonable; sin embargo, no debe sentirse compelido a seguir la metodología de interpretación escogida por el poder judicial, ni debe buscar anticipar cuál de las opciones interpretativas será la preferida por la autoridad judicial encargada eventualmente de reconocer su validez y ordenar su ejecución o de someter a evaluación su invalidez.

Un mero desacuerdo interpretativo entre métodos igualmente razonables no es fundamento para que un juez determine la invalidez de un laudo arbitral.

Los párrafos citados muestran una erudita comprensión de derecho arbitral. Necesitan ser emulados en esta nueva época.

¹⁸ Artículos 1464 y 1465 del Código de Comercio.

¹⁹ Es decir, de un análisis superficial. Ello quiere decir que *cualquier* elemento de existencia de un acuerdo arbitral sirve de premisa suficiente para justificar remitir al arbitraje. No tiene que ser definitivo. No tiene que llegarse a una conclusión. Cualquier duda debe resolverse a favor de la remisión, pues corresponde al tribunal arbitral decidir sobre el tema.

²⁰ Sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la nación de 18 de mayo de 2016, ¶¶325-327.

B. EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES

Los laudos arbitrales son habitualmente ejecutados en México. Es en verdad difícil encontrar casos en que un laudo emitido conforme a derecho arbitral mexicano haya sido anulado o no ejecutado.²¹ Ello es plausible. Ello debe emularse. Continuar con dicha tendencia sería un gran acierto, pues robustecería la confianza del mecanismo.

La mácula ha sido el tiempo, sin embargo. Existe una crítica generalizada que el Poder Judicial tomaba demasiado tiempo en ejecutar laudos. Y toleraba chicanas. Existen casos en que partes renuentes a cumplir lo pactado hacen todo lo posible por evitar las consecuencias de sus ilícitos. Y el Poder Judicial se prestó. Por ende, en el contexto de la toma de las riendas por los nuevos miembros del Poder Judicial, hago las siguientes sugerencias:

- (1) **Actitud:** Percibir (concebir) el juicio de nulidad como algo verdaderamente excepcional. No debe entenderse como una segunda instancia, o algo normal. Está reservado para casos extraordinarios en que existió algo grave. El juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje²² debe verse como un último recurso, una suerte de “bomba atómica”; y tramitarse con velocidad. El régimen está pensado para ser el más veloz del sistema jurídico mexicano. La praxis debe seguir dicho objetivo.
- (2) **Método:** Hacer un análisis *prima facie* que permita disponer rápidamente de un laudo (un *quick look* como dicen algunas jurisdicciones). Si no existe algo que le ‘lastime los ojos’ al juez, debe ordenarse la ejecución sumaria del laudo.
- (3) **Interpretación:** Interpretar en forma estrecha las causales de nulidad y no ejecución de los laudos. Nunca pueden versar sobre fondo.
- (4) **Incentivos:** hacer condenas en costas, y de mercado (no cacahuates). Quien recurra al Poder Judicial para casos que no se justifican, o para retrasar, debe sufragar los costos. El mensaje a transmitir debe ser que el tiempo del Poder Judicial es valioso. Debe ser respetado. Estará muy ocupado con cosas delicadas (como amparos *habeas corpus*, demandas por alimentos, adopciones y semejantes) como para que abogados y partes lo desperdicien mediante abuso de proceso dirigido a entumecer la aplicación del Derecho. Utilizarlo para evitar cumplir obligaciones debe tener consecuencias. Y ello de paso hará que existan menos tácticas dilatorias: el resultado será un ganar-ganar: las partes obtienen respeto por los fallos, los jueces se deshacen de casos que no tenían porqué distraerlos.

²¹ En 31 años de arbitraje, fueron un puñado de casos los que se anularon. No llegan a 10. Ello es comunicativo: ante la cantidad enorme (y creciente) de casos que existieron, es comunicativo el que un número tan reducido haya arrojado un resultado negativo.

²² Artículos 1461, 1471 y 1472 del Código de Comercio.

- (5) **Ejecución inicial:** endurecer el criterio (actualmente *in statu nascendi*) que en conjunción con la demanda de ejecución pueda trabarse un embargo preliminar.²³ Ello puede sustentarse en el régimen general de medidas precautorias judiciales,²⁴ régimen especial arbitral,²⁵ y cómo han sido interpretados. Por ejemplo, la jurisprudencia P./J. 21/98,²⁶ y la tesis CCXLII/2018 (10a.),²⁷ atado con la forma en que ha sido interpretado el régimen arbitral de tutela cautelar.²⁸

De hacer lo anterior, el nuevo Poder Judicial podría aprender de la experiencia ganada (emulando lo bueno en la experiencia de los últimos 30 años) y corregir lo errado: el tiempo y la tolerancia de tácticas dilatorias.

C. MEDIDAS PRECAUTORIAS

Las medidas precautorias son instrumentos de efectividad de un proceso. La tutela cautelar busca cerciorar que la promesa de impartición de justicia²⁹ no se frustre por el tiempo que toma un proceso. En materia de arbitraje existe un régimen de jurisdicción concurrente (§1),

²³ Registro 2029809. Tesis: I.16°.C.4 C (11a.) con rubro “**MEDIDAS CAUTELARES PROVISIONALES. PUEDEN OTORGARSE EN EL JUICIO ESPECIAL SOBRE TRANSACCIONES COMERCIALES Y ARBITRAJE PARA EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL**” (“si a través de dicho procedimiento se busca la efectividad de un laudo arbitral vinculante para las partes, a petición de parte interesada, puede decretarse una providencia precautoria provisional, a fin de garantizar el pago de la condena contenida en el laudo por el tiempo que dure dicho procedimiento especial...”)

²⁴ Artículos 1168, 1175 y 1177 del Código de Comercio.

²⁵ Artículos 1425, 1470 fracción III, 1472, 1473, 1474, 1475, 1476, 1477, 1478, 1479 del Código de Comercio.

²⁶ Con rubro “**MEDIDAS CAUTELARES. NO CONSTITUYEN ACTOS PRIVATIVOS, POR LO QUE PARA SU IMPOSICIÓN NO RIGE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA**”.

²⁷ Registro 2018656, Tesis: 1a. CCXLII/2018 (10a.) con rubro “**EMBARGO EN MATERIA MERCANTIL. EN SU DICTADO, LEVANTAMIENTO O SUSTITUCIÓN NO RIGE EL DERECHO DE AUDIENCIA PREVIA**.” (“la obtención de una providencia precautoria debe entenderse como una expectativa de derecho cuya admisión o desechamiento constituye un acto de molestia. lo que es consistente con la doctrina jurisprudencial del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en torno a los orígenes y efectos de la distinción entre actos privativos y de molestia, conforme a la cual las medidas cautelares, tanto en lo general como en el caso específico del embargo, constituyen actos de molestia respecto de los cuales no rige el derecho de audiencia previa.”)

²⁸ Registro 2012480. Tesis: I.4o.C.34 C (10a.) con rubro “**PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN JUDICIAL DE MEDIDAS CAUTELARES VINCULADAS AL ARBITRAJE. ESTÁ SUJETO A DISCRECIÓN AMPLIA DEL JUZGADOR**.” (“...La interpretación sistemática y funcional de los artículos 1425, 1470 fracción III, 1472 a 1476 y 1478 del Código de Comercio, permite conocer que la discreción plena otorgada expresamente al juzgador, en el último precepto indicado, tiene por objeto propiciar la integración de un procedimiento revestido de la máxima flexibilidad, que posibilita sustanciar y resolver los procesos sobre adopción de medidas cautelares por la autoridad jurisdiccional, ante la diversidad impredecible de situaciones que se pueden presentar en cada caso concreto, de difícil previsión y solución con preceptos o reglas... a fin de dar satisfacción y la respuesta idónea, adecuada y proporcional, a cada particularidad que se presente, y evitar así que la rigidez procedimental pudiera conducir a la frustración de los fines sustanciales de las medidas cautelares, consistente en anticipar la posible ejecución de un eventual fallo favorable para el actor...”)

²⁹ Segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución.

con un alcance (§2). Merecen comentario independiente las medidas de suspensión de procesos arbitrales (§3).

1. Jurisdicción concurrente

El derecho arbitral procura tutela cautelar dando un papel conjunto al juez y al árbitro. En principio, si hay un tribunal arbitral constituido, le corresponde a éste, como juez natural de la causa, conocer de cualquier solicitud de medida precautoria. Pero puede suceder que se requiera tutela cautelar antes de constituir el tribunal arbitral, o durante el proceso (cuando por ejemplo las características de la materia exijan ejecución inmediata). Es por esto que el derecho arbitral establece el principio de jurisdicción concurrente: puede obtenerse tutela cautelar tanto del tribunal arbitral como del poder judicial, y hacerlo ante uno u otro no es renuncia de uno u otro.³⁰ Coexisten. Así, se brindan opciones a quien requiere de tutela cautelar para evitar daño *pendente lite* que pudo haber sido evitado.

2. Alcance

Para lograr su objetivo, la tutela cautelar puede cobrar formas distintas. Y el derecho arbitral trasnacional lleva tiempo adecuando tanto sus métodos como instituciones para lograrlo. Además de las medidas precautorias ordinarias, existen regímenes especializados: el arbitraje de emergencia, las medidas *ex parte*, y las determinaciones expeditas.³¹ Hay mucho que puede decirse sobre cada una. Dados los propósitos de este ensayo, lo que haré es solo dejar constancia que todas esas medidas son especies del género “providencias precautorias” o “medidas cautelares” para efectos de los artículos 1433 y 1479 del Código de Comercio. Y son por ende inmediatamente ejecutables *judicialmente* conforme al artículo 1479 del Código de Comercio.

Respecto de la tutela cautelar judicial, el derecho arbitral es permisivo respecto del alcance de la tutela que puede conferir: “plena discreción en la adopción” dice el artículo 1478 del Código de Comercio. El precepto ha sido objeto de ataque inclusive de constitucionalidad.³² El resultado ha sido sostener que se trata de una norma constitucionalmente válida. Lo que debe sin embargo tenerse en mente es que el precepto está *in natura* orientado a coadyuvar con la efectividad de procesos arbitrales, no obstruirlos. Por ende, un límite inherente a la facultad conferida al juez, pues el juez en arbitraje está concebido como un apoyo, no un *ad quem*.

³⁰ Artículo 1425 del Código de Comercio.

³¹ *Vid.* González de Cossío, *Determinaciones Expeditas en Arbitraje: Una Herramienta en Búsqueda de un Estándar*. Visible en www.gdca.com.mx/publicaciones.

³² *Vid.* *Arbitraje*, Ed. Porrúa, 5ª ed., 2018, p. 837.

Por último, lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1478 del Código de Comercio es letra muerta. Se trata de una norma que no guarda sentido alguno con la lógica, no solo de las medidas precautorias, sino del papel de un juzgador (juez o árbitro) en una causa.

3. Prohibición de suspensión de procesos arbitrales

Han existido instancias de órdenes judiciales que suspenden procesos arbitrales. Aunque excepcionales, algunas han dañado a las partes. Y sobre todo, han sembrado duda sobre la eficacia del arbitraje en la mente de algunos.

Las órdenes judiciales que suspenden arbitrajes son ilegales.³³ Son además sintomáticas de corrupción. Ello pues es incuestionable que nadie puede suspender un proceso arbitral más que el tribunal arbitral al que se le ha confiado la solución de una disputa. Y es sabido que ésta es un área en la cual juzgadores han obtenido beneficios indebidos por emitir medidas precautorias improcedentes.

Existe preocupación si esta práctica se acentuará. Siendo que la corrupción es parte de la narrativa que busca justificar la Reforma Judicial, el que se presente una orden de suspensión de un arbitraje en el nuevo Poder Judicial actualizará la preocupación. Será además prueba de que las preocupaciones esgrimidas son válidas.

Por ende, si el nuevo Poder Judicial quiere dar una cachetada con guante blanco a quienes albergan dudas sobre el mismo, una de las mejores cosas que puede hacer es erradicar esta práctica. Y el Tribunal de Disciplina Judicial hará bien en tomar la existencia de una de estas medidas como prueba conclusiva de corrupción y remover al juez correspondiente. De no hacerlo, ello será prueba también de que el Tribunal de Disciplina Judicial no cumple su función.

D. TEMAS ACCESORIOS

Existen temas accesorios en los que el poder judicial tiene un papel en el arbitraje: la obtención de pruebas,³⁴ la constitución del Tribunal Arbitral,³⁵ y la consulta sobre honorarios.³⁶ No abundaré sobre ellos.³⁷ Lo que vale la pena mencionar al respecto en el contexto de esta carta es doble. Primero, que las facultades están diseñadas para colmar lagunas y resolver dilemas que en la práctica de un proceso arbitral pueden darse. Segundo, a más de 30 años de

³³ Son contrarias a derecho arbitral pues son violatorias del principio *compétence-compétence* y el artículo 1421 del Código de Comercio.

³⁴ Artículo 1444 del Código de Comercio.

³⁵ Artículo 1427 del Código de Comercio.

³⁶ Artículo 1454 del Código de Comercio.

³⁷ Para hacerlo, *vid.* González de Cossío, *Arbitraje*, Ed. Porrúa, México, 5ª ed., 2018.

experiencia ganada, el resultado ha sido positivo. Y ello ha sido porque el papel se ha entendido como uno de *cooperación*, no *intrusión*.

III. RETOS

A. EL ARBITRAJE Y EL ESTADO DE DERECHO

El arbitraje es un aliado del Estado de Derecho. No *compite* con el Poder Judicial, *colabora* con el mismo en la consecución del logro de llevar el Estado de Derecho a todas las esquinas del orden jurídico mexicano.

Esta perspectiva no solo es cierta, sino que debe ser la aproximación que debe prevalecer en momentos de crisis. Cuando lleguen los casos importantes al Poder Judicial, y se sienta la tentación de obstruir o no llevar sus postulados a sus últimas consecuencias, no debe olvidarse que se trata de una institución jurídica que colabora con el Poder Judicial en sus objetivos últimos. Por consiguiente, debe apoyarse.

B. EL TEMOR DE LA TOMA JUDICIAL

Existe un temor de que el Poder Judicial haya sido capturado por el Poder Ejecutivo. Dicho temor se funda en muchas cosas que no detallo,³⁸ pero que se resumen en dos cosas: primero, la forma en que fueron elegidos los jueces actuales. Segundo, que el Tribunal de Disciplina Judicial se torne en una Santa Inquisición. En el órgano de control de los jueces.

El que el miedo descrito se actualice está en manos tanto de los jueces como de los miembros del Tribunal de Disciplina Judicial. Dado que la narrativa que al respecto se observa es que el Tribunal de Disciplina Judicial no tiene por objeto controlar sino cerciorar que no existan abusos, lo que los jueces pueden hacer al respecto es aplicar correctamente el Derecho Arbitral. Seguir el ejemplo de los 30+ años de aplicación de Derecho arbitral.

C. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO Y EL PODER JUDICIAL

Existe responsabilidad internacional del Estado por una incorrecta impartición de justicia. Un caso particular de esta apreciación lo constituye el incurrir en denegación de justicia. Aunque se trata de un concepto jurídico dúctil,³⁹ una manera de entenderlo es que se sigan los procesos que no acatan el mínimo que el Derecho internacional exige de un órgano judicial local. En materia de arbitraje han existido casos de responsabilidad internacional del Estado por anular o no ejecutar laudos arbitrales.

³⁸ Vid. González de Cossío, *Lo que la Ignorancia se Llevó. Crónica de una Democracia Desbancada*, en edición, visible en www.gdca.com.mx/publicaciones.

³⁹ Vid. Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005.

El nuevo Poder Judicial debe tomar nota de ello. Si no se acepta la petición de darnos una cachetada con guante blanco, el resultado bien puede ser que el actuar que debió haber existido se forcé desde arriba: que se detone responsabilidad internacional del Estado.

El ensayo que ganó el (prestigiado) galardón del Premio Guillermo Aguilar Álvarez aborda precisamente este tema. El experto en arbitraje Daniel García Barragán postuló en *El derecho internacional como bastión frente a la Reforma Judicial mexicana: una mirada desde la denegación de justicia y la expropiación judicial*⁴⁰ que:

... las obligaciones del Estado mexicano frente a justiciables extranjeros requieren a juzgadores competentes (más allá de los requisitos de establecidos por la Reforma Constitucional), cortes que permitan a las instancias de alzada corregir errores de sus inferiores, mecanismos que permitan asegurar que los casos no sufrirán demoras excesivas e injustificadas y, sobre todo, un poder judicial independiente, que no permita yerros procesales ni convalide decisiones carentes de sustento jurídico con el propósito de favorecer intereses particulares o políticos.

...

la actuación del Poder Judicial Federal será muy pronto puesta a prueba ...

Coincido con García Barragán. Y el llamado no es teórico. La advertencia es atinada. Los nuevos jueces heredarán un conjunto de circunstancias complejo. Y su actuación estará sujeta a escrutinio internacional. Lo mejor que pueden hacer es darnos la cachetada con guante blanco que ruega este ensayo. De lo contrario, la experiencia del fallo *Lion Mexico Consolidated L.P. c. Estados Unidos Mexicanos*⁴¹ podría repetirse.⁴²

⁴⁰ García Barragán, “*El derecho internacional como bastión frente a la Reforma Judicial mexicana: una mirada desde la denegación de justicia y la expropiación judicial*”, artículo ganador del Premio Guillermo Aguilar Álvarez 2025, Centro de Arbitraje de México (en proceso de publicación por Tirant lo Blanch).

⁴¹ *Lion Mexico Consolidated L.P. v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2, Laudo, 20 de septiembre de 2021, ¶¶366 y 367.

⁴² En dicho caso se responsabilizó internacionalmente a México por el actuar del poder judicial de Jalisco consistente en permitir un “fraude procesal complejo”, actualizando así el delito internacional de denegación de justicia. La condena a México fue de más de US\$47’000,000.00.

IV. COMENTARIO FINAL

México vive tiempos difíciles, política, económica y socialmente. El escenario es preocupante.

A la par de ello, ocurren dos circunstancias que magnifican la preocupación. Primero, el reto más grande de la historia de la humanidad: el cambio climático. Segundo, la necesidad ingente de progreso para reducir la pobreza. Ambos tienen un hilo conductor: la necesidad de contar con un Estado de Derecho.

El cambio climático exigirá acción colectiva. Nadie puede solo. Sin actuar colectivo, sencillamente fracasaremos—pasando a la historia como la generación que se quedó cruzada de brazos mientras el cataclismo se desarrollaba.⁴³ Para ello, se necesitan reglas claras enérgicamente hechas cumplir: un Estado de Derecho.

El progreso se logra *inter alia* mediante actividad económica que genere empleos, satisfaga necesidades sociales, dé valor. Ello requiere certidumbre. Un Estado de Derecho que brinde confianza. Existe una correlación positiva entre el Estado de Derecho y el desarrollo de un Estado.⁴⁴

Lo anterior se traduce en una disyuntiva al nuevo juez: entender su puesto como un botín y acatar los lineamientos que la clase política le exija, o desempeñarse profesionalmente: como lo exige la filosofía y teleología del puesto que encarna.

Si opta por lo primero, habrá actualizado todos los temores que muchos tienen (tenemos), desprestigiando la institución social que encarna. Si opta por la segunda, si toma en serio la labor confiada, asume el voto de confianza vertido en su persona, y hace su mejor esfuerzo por ser un juez trabajador, estudioso, diligente y sobre todo imparcial, pasará a la historia como un grupo social que enfrentó y venció con dignidad un reto enorme. Y de paso, nos dará a quienes albergamos dudas una cachetada con guante blanco.

⁴³ González de Cossío, *Arbitraje para Cambio Climático*, Iurgium, Spain Arbitration Review, 51, pp. 139-156.

⁴⁴ Daron Acemoglu y James A. Robinson, *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity, and Poverty*, Profile, UK, 2012.