

# EL PRURITO DEL PERITO Y EL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS DEL CLUB ESPAÑOL DEL ARBITRAJE

Francisco González de Cossío\*

**Resumen:** El Código de Buenas Prácticas del CEA propone obligaciones respecto de los expertos en arbitraje. Este ensayo los comenta plausiblemente, identificando los dilemas que colman. La idea subyacente defendida es que el perito juega un papel importante en la solución correcta de las disputas técnicas. Dicho papel no se logra si no existe una ética en el comportamiento de los expertos—misma que es lograda atinadamente por el régimen propuesto por el Código de Buenas Prácticas.

**Summary:** The CEA Code of Good Arbitral Practices proposes obligations upon experts acting in arbitration proceedings. This essay comments and commends them identifying the dilemmas they tackle. The underlying idea is that experts play an important role in the proper solution of technical disputes. Absent ethics on the matter however, the said goal is not adequately achieved. And the said purpose is appositely advanced by the deontological regimen of the Code of Good Arbitral Practices.

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCIÓN: EL PROBLEMA Y LA PROPUESTA PARA ATENDERLO .....</b>	<b>2</b>
A.	PROBLEMA .....	2
B.	PROPUESTA.....	3
C.	EL RÉGIMEN PROPUESTO POR EL CBP-CEA .....	3
<b>II.</b>	<b>COMENTARIO.....</b>	<b>4</b>
A.	SIGNIFICADO.....	4
B.	OPINIÓN MINORITARIA.....	6
C.	ALCANCE.....	12
	1. <i>Verdad</i> .....	12
	2. <i>Debilidades</i> .....	13
	3. <i>Distancia</i> .....	14
	4. <i>Ausencia de interés económico</i> .....	14
	5. <i>Temporalidad</i> .....	15
<b>III.</b>	<b>CONCLUSIÓN .....</b>	<b>15</b>

Hace algunos años escribí un ensayo en el cual desarrollé una idea que nació de experiencias que viví y que consideraba no sólo deontológicamente, sino *ontológicamente*,

---

\* GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, SC (www.gdca.com.mx). Árbitro, mediador y representante legal en arbitrajes nacionales e internacionales.

cuestionables: *El Prurito del Perito*.<sup>1</sup> En esencia, observaba mala praxis en la concepción, utilización y regulación del régimen del perito en la adjudicación. Como consecuencia, proponía una forma de comprender, usar y regular la institución jurídica del “perito”.

Siete años después observo que, con una excepción, las cosas siguen igual. La mala praxis continúa—posiblemente se acentúa. La excepción es la valiosa aportación que ha hecho el Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje (“*CBP-CEA*”). A continuación comento dicho desarrollo.

## **I. INTRODUCCIÓN: EL PROBLEMA Y LA PROPUESTA PARA ATENDERLO**

### **A. PROBLEMA**

En las disputas complejas los expertos juegan un papel clave. Los casos particulares son muchos: construcción, energía, dopaje, por citar algunas. En dichas materias, he vivido experiencias diversas que me han convencido que el ‘espacio’ procesal que colma el experto es importante; a veces clave. Puede ser la piedra angular de una decisión. La premisa dominante de un silogismo. En dichos casos, en ausencia de insumo adecuado, la decisión que constituye la materia de la resolución vertida en el laudo puede ser totalmente cuestionable—a veces totalmente incorrecto.

El contenido y alcance *preciso* del mismo es sin embargo malentendido en lo conceptual y mal-implementado en la praxis. Como resultado, con frecuencia, la participación de expertos dista de ser lo que podría—y *debería*—ser. En los casos en los que la pericia es un insumo necesario, la consecuencia de lo descrito oscila entre desperdicio y oportunidades perdidas hasta desastre. Decisiones divorciadas—y con frecuencia erróneas—de la ciencia técnica sobre las que versan.

---

<sup>1</sup> Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC), 2013. En *ARBITRAJE* (Porrúa, México, 5ª ed., 2018, p. 670) retomo, explico y actualizo dicha idea.

## B. PROPUESTA

En *El Prurito del Perito* proponía que:

El perito cumple una función importante cuando expone de una manera objetiva un tema técnico al árbitro, incluyendo su opinión sincera. En ésta oración, el adjetivo es clave: “sincera”. El perito debe ser franco con lo que piensa, y porqué lo piensa. Y si hay un eslabón débil en su cadena expositiva, debe admitirlo si se le pregunta. Al hacerlo, no está mal que defienda, siempre que se ciña a su tema y lo haga en el plano de la honestidad intelectual—no como aun otro abogado del equipo legal de quien lo ofrece.

Este es y debe ser el prurito de todo perito.

Sigo pensando que ello es cierto. Y revelo que cuando he actuado como perito, esta es mi estrella polar deontológica. Sin embargo, observo que estoy en la minoría. Ello ha motivado que haga un llamado en algunos foros a que adoptemos un régimen ético aplicable a los peritos. Es por lo anterior que celebro el que el CLUB ESPAÑOL DEL ARBITRAJE haya abordado esta cuestión.

## C. EL RÉGIMEN PROPUESTO POR EL CBP-CEA

El capítulo 6 del CBP-CEA regula los deberes de los peritos. Al respecto comienza con una introducción digna de énfasis:

Las controversias resueltas a través de arbitrajes muestran una creciente complejidad jurídica, técnica y financiera. La participación de peritos designados por las partes (y en mucha menor medida por los árbitros) es habitual.

Tomando en cuenta dicha circunstancia, el CBP-CEA propone cinco obligaciones:

- (1) Deber de objetividad e independencia;
- (2) Deber de revelación;
- (3) Deber de respeto y lealtad;
- (4) Cánones de remuneración (Honorarios); y
- (5) Confidencialidad.

Las obligaciones que el CBP-CEA sugiere son atinadas. En este ensayo deseo enfocarme en una—la más importante—por considerar que suscita complejidades que merecen comentario: el deber de “objetividad” e “independencia”.

## II. COMENTARIO

El CBP-CEA establece:

133. El perito deberá ser objetivo e independiente.

134. Las cualidades de objetividad e independencia exigen que el perito tenga voluntad y capacidad para desempeñar su función ajustándose a la verdad y recogiendo en su informe tanto los aspectos que favorecen como aquéllos que perjudican a la parte que lo designó, y que mantenga una distancia objetiva frente a la parte que lo designa, la disputa y otras personas implicadas en el arbitraje.

135. El deber de objetividad e independencia exige que el perito no tenga ningún interés económico en el resultado del arbitraje.

136. El deber de objetividad e independencia es continuado desde la propuesta de nombramiento como perito hasta la conclusión del procedimiento arbitral.

Sobre dicho régimen y la aportación que hace el CBP-CEA, deseo hacer un triple comentario. Sobre el significado (§A), sobre lo que ello implica respecto de opiniones minoritarias (§B), y sobre el alcance de la labor del perito en acato de sus deberes deontológicos (§C).

### A. SIGNIFICADO

Los términos “objetividad” e “independencia” son tales que su significado puede aterrizar en mentes distintas en forma distinta. Comencemos con su acepción conforme al lenguaje común y corriente.

“**Objetividad**” significa, según la Real Academia Española (RAE), la “Cualidad de ser objetivo”. Y “**objetivo**” como adjetivo significa “Pertenciente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir.” También “Desinteresado, desapasionado”.

La voz “**Independencia**” significa, según la RAE, “Cualidad o condición independiente. Libertad. Entereza, firmeza de carácter”.

Los términos indicados son los que el lenguaje común y corriente arroja. Sin embargo, en arbitraje existe un término de arte que puede dar lugar a confusión: *independencia* del árbitro. La independencia del árbitro es distinta a la ‘independencia’ como es concebida respecto del perito—incluyendo como la alude el CBP-CEA y el lenguaje común. *Qua* requisito y expectativa del árbitro, se trata de la ausencia de vínculos entre el árbitro potencial y las partes, sus abogados y recientemente la materia en disputa.<sup>2</sup> Ello no puede ser la concepción del término respecto del perito: el perito siempre o casi siempre<sup>3</sup> es contratado, instruido y remunerado por *una* de las partes. No sólo eso, es elegido con frecuencia precisamente por que su opinión asiste a la parte. Y su opinión es utilizada para defender el interés del cliente que lo contrata—lo cual incide en la exposición y a veces contenido de la opinión. Por ende, conforme a la acepción tradicional del término como se concibe respecto del árbitro, el perito nunca sería “independiente”. Tiene un vínculo con la parte que lo contrata, ofrece y remunera.

Respecto de expertos y sus opiniones la “independencia” debe ser entendida en forma más cercana a la acepción común y corriente de la voz. Retomando la definición de la RAE (“*Cualidad o condición independiente. Libertad. Entereza, firmeza de carácter*”) añadiría que debe entenderse como **el portavoz de una ciencia para el caso particular**.<sup>4</sup> De allí el tino de incluir “*Objetividad*”: la cualidad de ser objetivo debe entenderse, cuando hablando del experto, como alguien que no resta fidelidad en el eco

---

<sup>2</sup> De aquí surge la noción de “issue conflict”. Y es entendida como un vínculo entre el árbitro y la materia jurídica que hace que carezca de *liberté d’ esprit*. (Para abundar, véase González de Cossío, *ISSUE CONFLICTS: A NET CAST TOO THIN?*, Bahrain Chamber of Dispute Resolution, 2020.)

<sup>3</sup> El tribunal arbitral tiene la facultad de designar a peritos terceros en discordia. No es frecuentemente utilizada sin embargo.

<sup>4</sup> Ello contrasta con la visión que he escuchado a algunos defender: que el perito debe ser entendido como parte del equipo legal. Si la pericial es jurídica, debe recibir tratamiento de alegato de parte. Difiero de dicha visión.

de los cánones de la ciencia en cuestión por el hecho que una parte lo presenta. Es decir, es “Desinteresado, desapasionado”. No sujeta o matiza su opinión por la presión que le imparte la parte que lo contrata, o el abogado que la representa.

Esta, propongo a la comunidad del CLUB ESPAÑOL DEL ARBITRAJE, debe ser la acepción de ambos adjetivos cuando usados respecto del perito.

## B. OPINIÓN MINORITARIA

¿Qué sucede si el experto alberga una opinión distinta a la comúnmente aceptada en un círculo intelectual? Esto evoca una cuestión profunda, de difícil manejo, que puede hacer las veces de una grieta a través de la cual se cuele actividad incorrecta.

Como expliqué en *El Prurito del Perito*:

Como es sabido, mucho del crecimiento y mejoría del conocimiento se le debe a los pensadores que cuestionaron un paradigma y tuvieron el valor de sostener una postura minoritaria hasta que, pasado el tiempo y después de sujetarlo a la dialéctica, se hizo *mainstream*. Es decir, es mediante el debate que la minoría *a veces* se torna en mayoría. Esto no sólo es un proceso interesante, sino bello. Y el progreso depende de ello.<sup>5</sup> Es decir, existe un “mercado de las ideas”:<sup>6</sup> nuevas ideas son presentadas al consumidor de las ideas (los pensadores, incluyendo los expertos en una ciencia) quienes, después de consumirlas, las aceptan o rechazan dependiendo de si la idea constituye una aportación a la ciencia en cuestión. Visto así, para que dicho ‘mercado’ sea ‘eficiente’ se requiere de tolerancia. Apertura intelectual. Deshacernos de dogmatismo. Entender que el acervo actual de conocimiento es poroso; admite nuevas ideas. Y que ello es sano.

El proceso descrito genera una tensión que guarda relevancia con nuestro tema. Siendo aceptado que se vale tener opiniones distintas a *mainstream*, por un lado, pero aceptado también que bajo el argumento ‘mi opinión’ no puede decirse lo que sea, ¿cómo distinguir? ¿Cómo discernir entre opiniones frescas que merecen ser toleradas mientras son escudriñadas, pero son contrarias a lo más aceptado dentro de la ciencia en cuestión, de la paja—incluyendo *ipse dixit* de pistoleros a sueldo que se dicen ‘expertos’?

Planteado el dilema así, proponía la siguiente solución:

... una apreciación —aunque minoritaria— debe ser ofrecida por un experto si sigue y satisface los métodos aceptados por la ciencia en la cual es perito. Cualquier otra cosa

---

<sup>5</sup> Para abundar, véase Thomas S. Kuhn, *THE STRUCTURE OF SCIENTIFIC REVOLUTIONS*, The University of Chicago Press, Chicago, Third Edition, 1996.

<sup>6</sup> Como lo denomina Milton Friedman.

sería inservible por inaceptable. Por ser producto intelectual que no pasa escrutinio de método científico. Paja. “Junk science”, como aluden los estadounidenses.

Cuando el perito hace lo anterior, algo interesante —inclusive bello<sup>7</sup>— sucede. El juzgador es puesto en sintonía con el dilema que suscita la cuestión a resolver. Y ya que está en sintonía, puede exponerse porqué cierta vertiente de las *posibles* merece preferencia. ¿Cuál? La que el perito considera preferible. Y cuando preguntado sobre las alternativas, debe<sup>8</sup> indicar todas las (válidamente<sup>9</sup>) disponibles y de entre ellas porqué una merece preferencia.

Un experto puede tener una opinión distinta a *mainstream*. Ello no es novedad.<sup>10</sup> Y ello no tiene que significar que sea idiosincrática; o enteramente subjetiva; o terca. Y mucho menos falseada. Puede ser que el pensador arribe a una conclusión diversa pero permisible de las premisas técnicas existentes. Una que no ha sido alertada: puede ocurrir que otros no se han percatado de dicha conclusión. O puede ser que esté adelantado a su época; que sea vocero de lo que es una mejor visión de las cosas; de refinamiento de un paradigma. Así funciona el mercado de las ideas:<sup>11</sup> no solo no es inusual que, lo que empezó por una visión *minoritaria*, acabe transformando la visión *mayoritaria*. Y el agente de cambio suele ser una persona que tuvo el valor, energía y honestidad intelectual para exponer y defender. ¿Qué?: lo correcto. La mejor visión de las cosas.

Pero existe otro lado de la moneda: que dicha *posibilidad* se torne en *excusa* para filtrar actuar indebido. Que bajo el manto “es mi opinión” se defiendan postulados claramente inaceptables. Que ningún conocedor de una ciencia aceptaría. Pero que el experto presenta y cobija bajo el margen de maniobra implícito a “mi opinión”—

---

<sup>7</sup> Para quienes encuentran estímulo en pensar y entender.

<sup>8</sup> El lector cuidadoso deseará saber porqué aludo a “deber”. ¿Cuál es el fundamento? El cuestionamiento sería tan apropiado como exigente. Contestaría que el fundamento de la aseveración es honestidad intelectual. Lo que considero la forma correcta de discutir y buscar persuadir.

<sup>9</sup> La validez de una postura dentro del margen de apreciación la dictarán las reglas de la ciencia en cuestión.

<sup>10</sup> Como contestaba Keynes, con su habitual agudo sentido del humor, “Cuando ante *dos* expertos, ¡*tres* opiniones!”

<sup>11</sup> Ver al respecto Thomas S. Kuhn, *THE STRUCTURE OF SCIENTIFIC REVOLUTIONS*, The University of Chicago Press, Chicago, Third Edition, 1996.

posiblemente aprovechando la ignorancia de su audiencia—como una opinión que él tiene el valor de defender no obstante la opresión de la mayoría.<sup>12</sup>

¿Cómo distinguir?

Respuesta: dialogando. Confrontando. Debatiendo. Aplicando las herramientas del derecho procesal a la idea postulada, con miras a discernir si merece respeto intelectual, o se trata de “*junk-science*” que la experiencia enseña que hay quienes están dispuestos a utilizar—dependiendo del monto del cheque.

En Estados Unidos, el caso seminal del tema es *Daubert*<sup>13</sup> donde se discutía justamente el estándar que debe prevalecer para admitir pruebas científicas como testimonio ante un tribunal federal. En juego estaba el estándar de *Frye v. United States*,<sup>14</sup> que exigía, como condición de admisibilidad, el que la opinión experta se base en técnica científica que sea “generalmente aceptada” en la disciplina en cuestión. Por otro lado, estaba el estándar contenido en la regla 402 de las *Federal Rules of Evidence*, que propone: “toda prueba relevante es admisible” (“*All relevant evidence is admissible*”). Y define “*Relevant evidence*” así:<sup>15</sup>

any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence.

[cualquier tendencia a hacer más probable un hecho cuya determinación de existencia hace más o menos probable la acción, a si se careciera de dicha prueba]

---

<sup>12</sup> Esto dicho sea de paso no es teórico. En ejercicio de dicha ‘libertad de pensamiento’ he leído opiniones que aducen cosas sorprendentes.

<sup>13</sup> *Daubert et ux., individually and as guardians ad litem for Daubert, et al. v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.* (509 U. S. 579 (1993)).

<sup>14</sup> *Frye v. United States*, (54 App. D. C. 46, 47, 293 F. 1013, 1014 (1923)).

<sup>15</sup> Regla 401 de las *Federal Rules of Evidence*.



La discusión no solo versaba sobre cuál prevalecía *temporalmente* (la Regla 402 era posterior), sino cuál estándar *es mejor*. Y sobre el tema que nos interesa, existió un párrafo interesante:<sup>16</sup>

Just when a scientific principle or discovery crosses the line between the experimental and demonstrable stages is difficult to define. Somewhere in this twilight zone the evidential force of the principle must be recognized, and while courts will go a long way in admitting expert testimony deduced from a well-recognized scientific principle or discovery, the thing from which the deduction is made must be sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs.

[en qué momento un principio científico o un descubrimiento cruza la línea entre lo experimental y las fases de lo que es demostrable, es difícil de definir. En alguna parte de esta zona de penumbra la fuerza de la prueba del principio debe de ser reconocida, y aunque los tribunales continúen admitiendo testimonios de expertos deducidos de un principio o descubrimiento científico, aquello de donde surge la deducción debe ser lo suficientemente establecida como para poder haber sido generalmente aceptado, particularmente en el área de donde proviene.]

La preocupación subyacente era justamente la experiencia observable de la existencia de opiniones cuestionables, barnizadas de una capa de (pseudo) ciencia. La preocupación estaba perfilada respecto de jurados, pero aplica a nuestra materia. Después de todo, el arbitraje está plagado de disputas con un componente técnico importante.

La respuesta fue que prevalece la Regla 402.<sup>17</sup> No hacerlo así sería innecesariamente estrecho. Además, sobre-expone la preocupación de influencia negativa de material cuestionable pues la existencia de interrogatorio permite dilucidar lo que merece aceptación, de la paja. Dicha preocupación había sido interesantemente expuesta, así:<sup>18</sup>

that abandonment of “general acceptance” as the exclusive requirement for admission will result in a “free-for-all” in which befuddled juries are confounded by absurd and irrational pseudoscientific assertions.

---

<sup>16</sup> 54 App. D. C., at 47, 293 F., p. 1014.

<sup>17</sup> En palabras de la Corte: “the *Frye* rule did not survive the enactment of the Federal Rules of Evidence”. (*Daubert*, p. 598.)

<sup>18</sup> Id. p. 595-596.

[el abandono de “aceptación general” como un requisito exclusivo para su admisión va a generar una “ley de la selva” en la cual los jurados se encontrarán confundidos por afirmaciones pseudocientíficas, absurdas e irracionales]

La Corte rechazó la preocupación razonando que descontaba la utilidad del interrogatorio para dilucidar. Para discernir. Para educar.<sup>19</sup> De ahora en adelante, no es necesario que una opinión descansa en premisas “generalmente aceptadas” para ser admisible. Como resumió la Corte su propio *holding*:<sup>20</sup>

To summarize: “General acceptance” is not a necessary precondition to the admissibility of scientific evidence under the Federal Rules of Evidence, but the Rules of Evidence—especially Rule 702—do assign to the trial judge the task of ensuring that an expert’s testimony both rests on a reliable foundation and is relevant to the task at hand. Pertinent evidence based on scientifically valid principles will satisfy those demands.

[Para resumir: la “aceptación general” no es una condición necesaria para la admisibilidad de evidencia científica conforme a las *Federal Rules of Evidence* pues dichas reglas—especialmente la regla 702—asignan al juez la labor de asegurar que el testimonio del experto se base tanto en información fehaciente y su relevancia para el mismo. La evidencia pertinente basada en principios científicamente válidos satisfacerán dichas exigencias]

La conclusión es correcta, en mi opinión. Y debe ser la estrella polar que guíe la praxis arbitral. Las opiniones minoritarias son bienvenidas *qua* prueba no obstante ser divergentes del sentir generalizado – inclusive cuando iconoclastas. Pero su *admisibilidad* no dice nada de su *peso* probatorio—mismo que resultará de su confrontación y debate intenso durante el proceso.

Lo anterior no quiere decir que el peligro alertado por la demandada en *Daubert* no existe; *está presente en muchos casos*. Más de lo que algunos preferimos admitir. Sin embargo, ello no debe resultar en exclusión *tabula rasa*: el fenómeno del nacimiento,

---

<sup>19</sup> En palabras de la Corte “In this regard respondent seems to us to be overly pessimistic about the capabilities of the jury and of the adversary system generally. Vigorous cross-examination, presentation of contrary evidence, and careful instruction on the burden of proof are the traditional and appropriate means of attacking shaky but admissible evidence.” (Id. p. 596).

<sup>20</sup> Id. p. 597.

crecimiento y reproducción del conocimiento es complejo; debe ser poroso. Después de todo:<sup>21</sup>

Knowledge is a very imprecise term covering a number of different things and a number of stages from certainty to slight probability

[El conocimiento es un término muy impreciso que cubre un número de cosas diferentes y de etapas, desde certeza hasta probabilidad tenue]

La forma de hacer crecer dicho conocimiento es partiendo del existente siguiendo pasos analíticos aceptables, como advierte Popper:<sup>22</sup>

The growth of knowledge proceeds from old problems to new problems, by means of conjectures and refutations

[El crecimiento del conocimiento proviene de problemas viejos a problemas nuevos, mediante conjeturas y refutaciones]

Es en dicho contexto que embona la regla deontológica que propone el CBP-CEA: el perito debe ser *objetivo*. Su pericial debe reflejar su *verdadera* opinión, aunque sea divergente de la opinión de otros—la mayoría inclusive. Pero para lograr el cometido, *debe estar anclada en las premisas de la ciencia en la que es experto*. No hacerlo implicará que su opinión no es más que *suya*; es decir, el fundamento de la conclusión no tiene como premisa las reglas aceptadas de su ciencia, sino su opinión exclusiva. Ello no es ciencia. Ello es flema. Para calificar como ciencia, debe ser *confiable*, lo cual quiere decir que es *replicable*. “*Probable*” (como sinónimo de ‘demostrable’). “Falsificable” en la acepción popperiana. No contar con dicha cualidad significará que el postulado no merece el adjetivo “científico”. Invitaría el mismo (jolgorioso)

---

<sup>21</sup> Bertrand Russell, *THEORY OF KNOWLEDGE*, en *THE BASIC WRITINGS OF BERTRAND RUSSELL*, Routledge, London New York, 2009, p. 203.

<sup>22</sup> Karl Popper, *OBJECTIVE KNOWLEDGE, An Evolutionary Approach*, Revised Edition, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 258.

reproche que Bertrand Russell hacía al tratamiento de Hume<sup>23</sup> de la inferencia en la lógica:<sup>24</sup>

The lunatic who believes that he is a poached egg is to be condemned solely on the ground that he is in a minority

[El loco que se cree huevo tibio puede ser condenado únicamente en base a que se encuentra en la minoría]

El experto debe entender el significado de la palabra “objetivo” conforme al CBP-CEA, y disciplinar su actividad intelectual en consecuencia—claro, si no desea hacerse acreedor del reproche de Russell.

### C. ALCANCE

El CBP-CEA cuelga obligaciones adicionales sobre los hombros del mediador. No sólo le pide ser “objetivo” e “independiente”, sino que debe ajustarse a la verdad, que reconozca debilidades, mantenga una distancia objetiva frente a la parte que lo designa y no tener interés económico. Tomemos cada una por separado.

#### 1. Verdad

El canon 134 dice:

Las cualidades de objetividad e independencia exigen que el perito tenga voluntad y capacidad para desempeñar su función *ajustándose a la verdad* y recogiendo en su informe tanto los aspectos que favorecen como aquéllos que perjudican a la parte que lo designó, y que mantenga una distancia objetiva frente a la parte que lo designa, la disputa y otras personas implicadas en el arbitraje.

(énfasis añadido)

---

<sup>23</sup> David Hume concluye que de la experiencia y observación nada puede aprenderse. Ello decepciona a Russell, no sólo por que considera su conclusión desastrosa, sino también por que lo consideraba más capaz que Locke (de cuya teoría parte la de Hume). Como resultado, tilda el trabajo de Hume como “the bankruptcy of eighteenth-century reasonableness” (Bertrand Russell, *A HISTORY OF WESTERN PHILOSOPHY*, Simon & Schuster, Inc. New York, 1972, p. 672).

<sup>24</sup> La cita completa de Russell es “It is important to discover whether there is any answer to Hume within a philosophy that is wholly or mainly *empirical*. If not, *there is no intellectual difference between sanity and insanity*. ...” (Bertrand Russell, *A HISTORY OF WESTERN PHILOSOPHY*, *ob cit*, 672. Popper, *loc cit*, p. 5.)

El ideal es bienvenido—no sólo deontológica sino ontológicamente. Pero la verdad suele variar dependiendo de la perspectiva de quien la observa. Y siendo que el perito recibe tanto instrucciones como la versión de los hechos de la parte que lo contrata, la duda que genera el canon es sobre su (*verdadero*) alcance. ¿Será una obligación útil? ¿O se tornará en poesía?

## 2. Debilidades

El lineamiento 134 indica:

Las cualidades de objetividad e independencia exigen que el perito tenga voluntad y capacidad para desempeñar su función ajustándose a la verdad y ***recogiendo en su informe tanto los aspectos que favorecen como aquéllos que perjudican a la parte que lo designó***, y que mantenga una distancia objetiva frente a la parte que lo designa, la disputa y otras personas implicadas en el arbitraje.

(énfasis añadido)

Exigir que el experto recoja debilidades será algo que con seguridad generará diferencias. Y posiblemente se torne en letra muerta. ¿Quién litiga en su contra? Además, en el diseño del proceso, identificar y exponer debilidades es responsabilidad de la parte. De su abogado. Exigirlo de la otra parte (la que ostenta la debilidad) bien puede ser pedir demasiado. Y aunque el experto incluyera en su informe una debilidad, lo más probable es que no pase el filtro de revisión del abogado de parte—quien suele no estar obligado a ello.

¿Quiere decir que su inclusión por el CBP-CEA es un error? No necesariamente. Servirá de asidero para anclar la determinación de que, cuando preguntado, el experto debe—ahora sí, pues no puede mentir—reconocer una debilidad. Así lo defendí en *El Prurito del Perito*:<sup>25</sup>

... El perito debe ser franco con lo que piensa, y porqué lo piensa. Y si hay un eslabón débil en su cadena expositiva, debe admitirlo si se le pregunta. ...

---

<sup>25</sup> Francisco González de Cossío, *ARBITRAJE*, Editorial Porrúa, 5ª Edición, México, 2018, p. 670.

### 3. Distancia

El canon 134 establece:

Las cualidades de objetividad e independencia exigen que el perito tenga voluntad y capacidad para desempeñar su función ajustándose a la verdad y recogiendo en su informe tanto los aspectos que favorecen como aquéllos que perjudican a la parte que lo designó, y que mantenga una ***distancia objetiva frente a la parte que lo designa, la disputa y otras personas implicadas en el arbitraje.***

(énfasis añadido)

Exigir “distancia objetiva” es una buena idea. Tiene un sabor más de precaución y orientación sobre el actuar debido, pero es bienvenido como norma deontológica pues permite al experto citarlo cuando enfrentado con la presión de la parte o su abogado para que empuje, estire o matice sus conclusiones. Es por ende utilitariamente útil.

### 4. Ausencia de interés económico

El canon 135 exige que el perito no tenga interés económico en el resultado del arbitraje.

En principio, la exigencia es atinada: su ausencia resta objetividad. Y existen regímenes procesales que expresamente solicitan que ello se indique en las periciales. Cuando este principio se pone en duda es ante impecuniosidad: ha sucedido que la parte que requiere de un servicio profesional para habilitar su defensa no tiene recursos suficientes. Ante ello, ha ocurrido que se pacta honorario por éxito. No como aliciente, sino como remedio a la ausencia de recursos, mismo que puede derivar del acto mismo que se tilda de ilícito en el arbitraje (como la experiencia enseña que ocurre no infrecuentemente). Es ante ello que cortapisas como esta tienen como resultado cerrar opciones.

Se podría contestar que para eso está el financiamiento del caso. Y en principio tienen razón. Sin embargo, el mercado de financiadores está en ciernes y se observa

que las tasas de retorno son elevadas. Es ante ello que la opción de arreglos con los peritos podría puentear un espacio.

Que no se me mal-entienda: no dejo de entender el motivo de la prohibición. Descansa en observar verdaderos ‘pistoleros a sueldo’ periciales disponibles a decir lo que sea si el cheque es lo suficientemente grande. Lo que sin embargo quiero hacer ver es que existe una herramienta procesal que sirve de antídoto para ello: el interrogatorio. Es ante ello que debe medirse la utilidad y conveniencia de toda prohibición.

## 5. Temporalidad

El lineamiento 136 del CBP-CEA propone que:

El deber de objetividad e independencia es continuado desde la propuesta de nombramiento como perito hasta la conclusión del procedimiento arbitral.

Este canon es progresivo. Exige del perito que, si algo cambia durante el proceso que pueda incidir en su opinión, que lo informe. Ello es loable en que conforme avanza la discusión suelen refinarse las posturas y aclararse los hechos, lo cual a veces arroja información nueva que puede ser relevante. Ante la misma, un perito que observe que su opinión merece matiz está obligado a hacerlo. No hacerlo podría ser semejante a faltar a la verdad—si se acepta que una verdad a medias no *es* verdad.

Un matiz sin embargo es si la información nueva hace las veces de una debilidad del caso. En dicha situación, la advertencia indicada sobre reconocer debilidades (en §II.C.2, *supra*) es aplicable.

## III. CONCLUSIÓN

Cuando ante una disputa con un componente técnico, el perito cumple una función importante. Para lograrla, debe exponer la cuestión de una manera *objetiva*, incluyendo su opinión *sincera*. Debe ser franco con lo que piensa, y porqué lo piensa. Ante un eslabón débil en su cadena expositiva, debe reconocerlo si se le pregunta. Al hacerlo,

no está mal que defienda, siempre que se ciña a su tema y lo haga en el plano de la honestidad intelectual—no como si fuera otro abogado del equipo legal de quien lo ofrece.

Este es y debe ser el prurito de todo perito. Dicho cometido es inteligentemente procurado por el Código de Buenas Prácticas del CLUB ESPAÑOL DEL ARBITRAJE.