

# MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LIBER AMICORUM

TOMO I

David ARIAS  
*Coordinador*

efectos del art. 32 del  
a la Ley de Propiedad  
a cualquier utilización  
incluye especialmente  
bución, comunicación,  
otra utilización total o

transformación de esta  
excepción prevista por  
v.cedro.org) si necesita

ueda derivarse frente a  
r modo y en cualquier  
ro, copia, explotación,  
ación, etc.) que no haya

secuencias ocasionadas  
no resultado de alguna

ertidas por los autores  
entas de participación.  
eraciones de derechos

ilidad por los daños y  
xactitud, exhaustividad  
puestos a disposición o  
CTOS. Ni tampoco por

quellos contenidos que  
las buenas costumbres.  
en las publicaciones y  
tro de Documentación  
que puntualmente nos  
los órganos judiciales  
recopilación de dichas  
en dichas resoluciones  
on sus propios criterios  
r tanto de su exclusiva

tesis...

tuality» o equipa-  
doctrina of uncon-  
ción de defensa de  
sividad que dicha  
arse cuando haya

isulas asimétricas  
negociados con  
én referidos argu-  
icas deba primar  
idad de las partes:

ho de opción en-  
reglas de la buena  
que es perfecta-  
una vez que una  
le permite, el de-  
o alternativo. Más  
as de la buena fe  
ado «tesis fuerte»  
a cual se podrían  
recho de opción  
cedimiento ante

## EL EXPERTO: LA VOZ DE UNA CIENCIA EN UN PROCESO

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO

*Árbitro internacional.  
Mediador y miembro Dispute Boards  
Socio, González de Cossío Abogados, SC*

*Everyone is entitled to his own opinion, but not his own facts  
Daniel Patrick Moynihan*

### SUMARIO:

- I. ESTADO DE LA CUESTIÓN
  1. Conceptualización
  2. Implementación
  3. Evaluación
- II. CONSECUENCIAS
- III. INCENTIVANDO ÉTICA
  1. Advertencia en interrogatorio
  2. Motivación franca
  3. Costas

**RESUMEN:** Los expertos son importantes en un proceso. La falta de régimen deontológico sobre su actuar en procesos arbitrales ha tenido por resultado actuación que este ensayo comenta críticamente, proponiendo un estándar ético de evaluación y mecanismos para incentivar actuación debida.

**Palabras clave:** Arbitraje, peritaje, expertos, ética.

**ABSTRACT:** Experts are important in legal proceedings. The absence of a deontological regime involving their conduct in arbitration proceedings has resulted in performance criticized by this essay. An ethical standard is therefore proposed along with suggested steps to take to incentivize appropriate behavior.

Miguel Ángel Fernández Ballesteros era un hombre sabio. De ello me percaté, y corroboré en más de una ocasión, al tener la agradable experiencia de compartir tribunales arbitrales con él. Sus respuestas a los dilemas procesales, sus reflexiones sobre las cuestiones jurídicas, sus apreciaciones sobre la correcta aplicación del Derecho imbuyeron en mi esta percepción. Es por ello que me uno con entusiasmo a homenajearlo en este *Liber Amicorum* procurando hacer una contribución que haga honor a esta característica de su personalidad. Para ello, he escogido el papel que juega el experto en los procesos.

Esta cuestión lleva un tiempo inquietándome.<sup>(1)</sup> Dicha inquietud no solo no se ha disipado, ha aumentado. Desde hace tiempo he observado y denunciado mala *praxis*.<sup>(2)</sup> Observo que la actuación de ciertos expertos en los procesos (incluyendo arbitrales) no es deontológicamente aceptable. Conforme el tiempo pasa, lejos de observar una mejora en la práctica o

---

(1) Ver por ejemplo *Arbitraje*, 5.ª ed., México, 2018, p. 664 *et seq.*

(2) Ver *El Prurito del Perito* ([www.gdca.com.mx/publicaciones](http://www.gdca.com.mx/publicaciones)).

una convergencia en la ética que deben observar los expertos en procesos, observo agravamiento del comportamiento. Exacerbación de la mala *praxis*.

En este *festschrift* deseo denunciar la conducta. Describiré porqué es indebida y se justifica tomar acción. Haré propuestas para atenderla. Espero que el lector me crea que no es mi deseo ser cáustico, sino nutrir el mercado de las ideas con reflexiones que permitan mejorar el *statu quo* que percibo deplorable. Adelanto la idea que defenderé: *el experto es la voz de una ciencia en un proceso*. Es la forma en que cercioramos que las decisiones jurídicas con un componente técnico son acertadas. Son consistentes con la ciencia que tocan. Dialogan con la misma. Se nutren de la misma. Como resultado, el deber de un experto que se desempeña profesionalmente en un proceso es cerciorar que su ciencia es correctamente comprendida, seguida y observada en el proceso de toma de decisión que culmina en la resolución jurídica del caso. Ello puede ser decisivo en casos cuyo *quid* es técnico.

Para sustentar este postulado, a continuación comenzaré por exponer el estado de la cuestión (SI), para luego abordar las consecuencias de no aceptar tal postulado (SII), finalizando con la deontología de la cuestión (SIII).

## I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La *praxis* visible es inaceptable. La aseveración se extiende tanto a la conceptualización como implementación de la ética del experto — que bien podría cuestionarse si siquiera existe.

### 1. Conceptualización

Salvo una excepción, el panorama conceptual de la materia es un vacío jurídico y deontológico. Casi nadie ha abordado la cuestión. La excepción es el Código de Buenas Prácticas («CBP») del (entonces) Club Español del Arbitraje (ahora Club Español e Iberoamericano del Arbitraje). El CBP tiene el mérito no solo de abordar la cuestión, sino proponer un régimen que, dependiendo de cómo se conciba, puede erigirse en el estándar de oro mundial de la cuestión. Sus cánones 133 a 136 dicen:

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 ver-

dad y rec  
llos que  
objetiva  
en el arb

135.  
ningún ir

136.  
puesta d  
bitral.

Dicho rég  
y el Código  
comento sob  
inobservanci

### 2. Imple

Es raro ob  
regla, los exp  
ge. Hacen un  
desea postul

En princi  
suceder que  
el tema toc  
tión. Y dent  
opinión que  
podría con  
que haya he  
a un expert  
que la part  
que lo que  
las ideas es  
mejora, de  
se corrigió

(3) Gonz  
del Cl  
Arbitr  
2020,

dad 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.

Dicho régimen es entendible de formas diversas. En *El Prurito del Perito y el Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje* expando y comento sobre dichos conceptos.<sup>(3)</sup> En este contexto sólo deseo hacer su inobservancia como regla.

## 2. Implementación

Es raro observar que un experto difiera con la parte que lo propone. Como regla, los expertos elegidos coinciden con la postura de la parte que los elige. Hacen un eco total, a veces vergonzoso, de lo que la parte que los ofrece desea postular en el caso.

En principio, la cuestión podría no merecer crítica. Podría por ejemplo suceder que la parte que los ofrece tiene razón. Podría también suceder que el tema toca un área de ambigüedad o indefinición de la ciencia en cuestión. Y dentro de la misma podría ocurrir que la experto elegida tiene una opinión que caza con la cuestión debatida en el proceso. Dicha posibilidad podría convertirse en probabilidad ante el hecho que un buen equipo legal que haya hecho atinadamente su tarea podría haber encontrado justamente a un experto que tiene una opinión legítimamente consistente con la tesis que la parte en el proceso desea defender. Luego entonces, podría suceder que lo que ocurre no solo no es reprochable, es deseable: el mercado de las ideas está lleno de instancias en que una persona descubrió un área de mejora, defendió la idea, y lo que era un tema ya sea descuidado o errado, se corrigió justamente porque la visión minoritaria «hizo su caso» ante los

(3) González de Cossío, Francisco, *El Prurito del Perito y el Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje*, Spain Arbitration Review, Revista del Club Español del Arbitraje, Número especial, Krystle Baptista Serna y Pilar Perales Viscasillas (eds.), 2020, p. 465.

líderes de opinión de una materia y el postulado se aceptó como parte del paradigma.<sup>(4)</sup> Ello ocurre puesto que el mercado de las ideas es justamente eso: un «mercado». Un *locus* donde concurren oferentes y adquirentes. En este caso, quienes ofrecen ideas y quienes las toman pues las necesitan. Y el mercado es poroso. No solo eso: es competitivo. Como resultado, al enfrentar ideas nuevas con ideas preestablecidas, después de confrontación y consideración ocurre una decantación, y el paradigma se nutre, refina o corrige. El fenómeno es precioso.

Pero esta situación <sup>3</sup>/<sub>4</sub> que es fascinante<sup>3</sup>/<sub>4</sub> es excepcional en cuanto a las pericias en procesos se refiere, por lo menos en mi experiencia. Con más frecuencia, lo que ocurre es que el experto dice lo que la parte que lo paga le pide que diga. A veces ello resulta en aseveraciones sorprendentes; que muestran la ausencia de pundonor alguno. Y el experto, estando dispuesto a hacerlo, usa su ciencia para «vestir» el postulado, barnizándolo de una capa de cientificidad para procurar su aceptabilidad. A veces ello se torna en ingeniería inversa —comenzar por el resultado y seleccionar cuidadosa e inteligentemente las premisas que le convienen para convencer (¿engañar?) al lego— a veces faltas a la verdad desnudas.

Ello es reprobable. Ello es la regla. Observo tolerancia.

Para quien crea que exagero, comentaré algunos casos recientes que he vivido y que ilustran el punto. Al hacerlo, deseo manifestar que los casos son reales. No los he adornado ni exagerado de forma alguna. Lo único que he hecho es resumirlos y eliminar referencias del caso y las personas por motivos de confidencialidad. Es decir, lo que el lector está a punto de leer en verdad pasó.

### Caso 1: el caso del mercado monopolizado con competencia

En un caso en el que se discutía si un régimen regulatorio formaba parte de los requisitos contractuales para lograr un hito contractual en una obra de infraestructura en el ramo de petrolíferos, se presentó una opinión de un economista que imparte clases de microeconomía en una escuela destacada, y que —según él— ha sido calificado como uno de los mejores economistas de su país.

(4) Explico el fenómeno y porqué es aceptable en *El Prurito del Perito y el Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje*, Spain Arbitration Review, Revista del Club Español del arbitraje, Número especial, Krystle Baptista Serna y Pilar Perales Viscasillas (eds.), 2020, p. 465.

Durante el c

... hay

La aseveraci  
la idea que la e  
natural. Al hace  
res, el economi

«en un

La aseveraci  
no resiste la pr  
microeconóm  
do, el monopo  
uno desdice al  
auténtica conti

### Caso 2: el c

Un caso ec  
presa de ener  
fectos en las t  
la demandant  
en que las asp  
demandada n  
ta obligada (¿  
ciales, incluye  
defendió ante  
dores se cayer  
conozca <sup>3</sup>/<sub>4</sub>yo  
raro de alta d  
velocidad der  
downburst o  
producidos p  
Se caracteriz  
forma de arco

(5) KARNER,  
torm stuc

Durante el contrainterrogatorio aseveró lo siguiente:

... hay monopolios compitiendo ...

La aseveración formaba parte de su postulado que consistía en defender la idea que la estructura de mercado reunía los requisitos de un *monopolio natural*. Al hacerle ver que en el mercado en cuestión existían 83 proveedores, el economista reculó indicando que:

«en un mercado [que es] monopolio ... no importa el número [de oferentes]»

La aseveración, para cualquiera con nociones *elementales* de economía, no resiste la prueba de la risa. Cualquiera que haya cursado la materia de microeconomía 101 sabe que, dentro del espectro de estructuras de mercado, el monopolio y la competencia son polos opuestos. No pueden coexistir: uno desdice al otro. Decir que uno muestra síntomas de otro es defender una auténtica contradicción en términos.

### Caso 2: el caso del evento climatológico raro: un *downburst*

Un caso eólico involucró una demanda por indemnización a una empresa de energía que diseñó, construyó y operó un parque eólico por defectos en las turbinas y aerogeneradores que tuvieron por efecto, a según la demandante, el que los aerogeneradores se cayeran. El defecto consistía en que las aspas no reunían las especificaciones contractuales pactadas. La demandada negó la existencia de defecto alguno. Para contestar la pregunta obligada (¿entonces por qué se cayeron?) presentó varios informes periciales, incluyendo uno de un ingeniero. Dicha ingeniero elaboró, firmó y defendió ante un tribunal arbitral el siguiente postulado: que los aerogeneradores se cayeron por que había ocurrido un «*downburst*». Para quien lo desconozca <sup>3</sup>/<sub>4</sub>yo lo desconocía<sup>3</sup>/<sub>4</sub> un «*downburst*» es un fenómeno climático raro de alta densidad que se caracteriza por vientos descendentes con alta velocidad dentro de una tormenta sobre un área relativamente pequeña.<sup>(5)</sup> El *downburst* o *reventón* genera vientos fuertes, frecuentemente destructivos, producidos por corrientes descendentes en el seno de una célula convectiva. Se caracterizan por la presencia de una corriente descendente de viento en forma de arco («*bow echo*»). Se ve así:

(5) KARNER, C., et al., *Effects from downbursts on overhead lines; Meteorological thunderstorm study – climatological, meteorological and CFD analysis*, CIGRE, 2012.

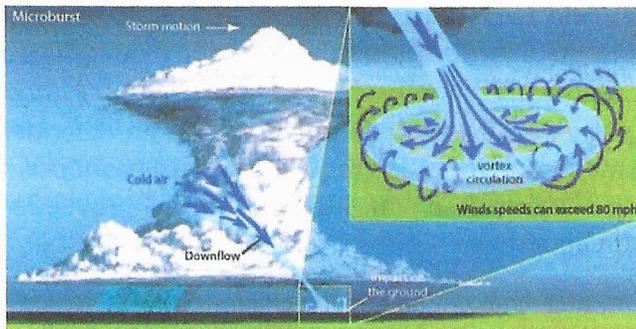


Imagen 1<sup>(6)</sup>

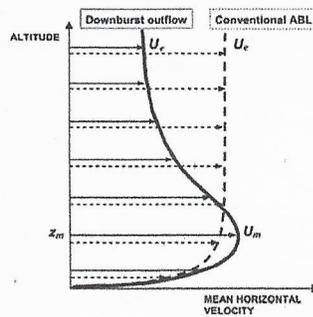


Imagen 2<sup>(7)</sup>

Es ello, según la demandada, lo que explicaba la dramática caída de aerogeneradores, uno tras otro, como piezas de dominó. Aseveraba enérgicamente que sus productos reunían los requisitos aplicables. Argumentaba que dicho evento era la causa raíz del problema, lo cual actualizaba la definición de «fuerza mayor» conforme al contrato aplicable, por lo que estaba libre de responsabilidad. Por ende, no era responsable por defectos. Los aerogeneradores sí cumplían los lineamientos técnicos contractualmente pactados.

La demandante contrató un experto que era profesor de la facultad de ciencias climatológicas en la universidad más importante del país involucrado. Al leer el reporte, la respuesta del experto <sup>3</sup>/<sub>4</sub> quien había sido galardonado con el premio Nobel por su contribución como parte del equipo sobre cambio climático de la *United Nations Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)* <sup>3</sup>/<sub>4</sub> no pudo esconder su sorpresa. ¿Cómo es posible que se diga semejante cosa? Las premisas en las que se basaba la «experto» para aseverar lo que se aseveraba eran no solo improcedentes, *eran ridículas*-para cualquiera con conocimientos elementales de la ciencia. El único mérito que tenían era la forma tan visualmente-atractiva con la que se vestían: dibujos, colores y vídeos llamativos. Tal, que sería natural que un lego cometa el error de creerlas. Pero a los ojos de un técnico, las aseveraciones no solo eran erradas, eran absurdas. No resistían la prueba de la risa.

En forma interesante, el experto climático me transmitió su incredulidad de que dicho tipo de *junk science, falsedad*, fuera posible en un proceso legal.

(6) Imagen obtenida de National Weather Service, *Microbursts*, [https://www.weather.gov/bmx/outreach\\_microbursts](https://www.weather.gov/bmx/outreach_microbursts).

(7) Imagen obtenida de Techno-Press, *Large-scale quasi-steady modelling of a downburst outflow using a slot jet*.

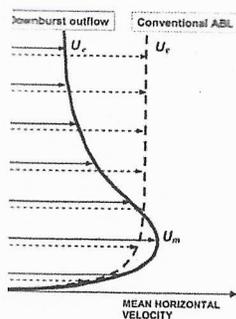
¿Acaso no es preguntaba. ¿E Sencillamente,

Dos aspectos este ensayo. Pero no en una Era una ingeniería finanzas. No se

Segundo, y cierto en clima matológicas, e tretejido en su ver con eventos años antes! Me cías de *downb* redactado era caer en la trampa estaba ocurriendo en su info equipo legal. La labor de entrela lo natural fuera la conclusión: términos técnico acepte. Fue gran go intenso y con expulgar la v gatorio: al hacer incluyendo los

En este ensa es ético. No es

Existen otros to, pero que, es cen sensibles, p creo que el punt les técnicas que distinto al prurit

Imagen 2<sup>(7)</sup>

mática caída de aerodinámica se verificaba enérgicamente. Argumentaba que se violaba la definición de lo que estaba libre de efectos. Los aerodinámicos pactados.

Por de la facultad de la del país involucrada había sido galardonada por el equipo sobre el Panel on Climate Change es posible que se a la «experto» para que, eran ridículas para ella. El único mérito que se vestían: decir que un lego cometa exageraciones no solo a risa.

ó su incredulidad de en un proceso legal.

<https://www.weather.gov/>

telling of a downburst out-

¿Acaso no es necesario ser un verdadero experto para ostentarse como tal?, preguntaba. ¿Es que no estamos obligados a hablar con la verdad?, fustigaba. Sencillamente, no podría creer la falta de seriedad.

Dos aspectos son dignos de hacer saber como parte de los objetivos de este ensayo. Primero, la experto que realizó y firmó el informe era ingeniero, pero no en una ciencia que tuviera algo que ver con ciencias climatológicas. Era una ingeniero *industrial*. Sus estudios eran sobre negocios, con énfasis en finanzas. No sabía por ende *nada* sobre clima que la distinguiera del vulgo.

Segundo, y especialmente conmovedor para este autor, quien no es experto en clima pero leyó el reporte, dialogó con el maestro de ciencias climatológicas, e interrogó a la «experto», es que su reporte pericial tenía entretreído en su explicación de lo ocurrido, acontecimientos que tenían que ver con eventos de *downburst* que habían ocurrido en otros lugares, ¡50 años antes! Mezclaba la explicación sobre lo ocurrido *in casu* con experiencias de *downburst* en otras partes del mundo. La forma en que ello estaba redactado era tal que, un lector de buena fe o no cauto podía fácilmente caer en la trampa de considerar que lo explicado sobre *otro evento* es lo que estaba ocurriendo *en este evento*. Ello pues así estaba diseñada la explicación en su informe: para confundir. Y así ocurrió con varios miembros del equipo legal. Los términos eran técnicos y existía una cuidadosa (y mañosa) labor de entrelazar unos con otros de una manera ambigua invitaba el que lo natural fuera que un lector no cuidadoso o que leyera rápido aceptara la conclusión: después de todo, siendo el documento denso y saturado en términos técnicos, podría ocurrir que el lector brinque a la conclusión, y la acepte. Fue gracias a una lectura cuidadosa, oración por oración, y un diálogo intenso y constante con el profesor de ciencias climatológicas, que podía expulgar la verdad de la mentira. Y así salió a relucir en el contrainterrogatorio: al hacer ver que esto había ocurrido, la cara de sorpresa de varios, incluyendo los árbitros, fue notoria.

En este ensayo propongo que ello no es *opinar*; ello es *engañar*. Ello no es ético. No es parte de la labor de un experto<sup>3/4</sup>correctamente entendida.

Existen otros casos que he vivido y me gustaría compartir en este contexto, pero que, estando *sub iudice*, aunado a otras características que los hacen sensibles, prefiero no citar. Prefiero errar del lado conservador. Además, creo que el punto está transmitido: existe una veta de personas con credenciales técnicas que está dispuesta a decir *lo que sea* para quien lo contrata-algo distinto al prurito del perito.

### 3. Evaluación

Deseo denunciar la *praxis* como algo que debe ser repudiado. Que merezca ser conocido por el gremio de practicantes de arbitraje, y que puede ser serio. Merece por ende atención deontológica, a lo cual paso.

Propongo que la *praxis* —que es rampante— tiene no solo problemas deontológicos, sino *ontológicos*. La «opinión experta» es indigna de ser considerada por lo que se presenta. Lejos de ser una labor de ilustración o de persuasión, es una labor de confusión. No se convence de la verdad, sino se confunde con una no-verdad.

Un aspecto que detecto que está ocurriendo, y que dado el crecimiento de la industria y la cantidad de nuevos entrantes con la consecuente natural competencia que ello genera, es que existe un giro en la forma en que se autoconciben algunos expertos. Algunos peritos se promocionan como *el* experto de la parte. Como alguien que está aliado a su caso. Algo así como un «abogado-técnico». Alguien que se pondrá de tu lado, tomará el expediente, y hará (y dirá) *todo* por hacerte ganar. Y sus cotizaciones siguen una suerte semejante.

Propondría que ello no es la labor del experto, es la del abogado. Al experto no le corresponde *defender*, le corresponde *opinar*. Para abogar están los abogados. Al hacerlo, le aplica un deber de lealtad *con su ciencia*: no puede falsearla. Tiene que respetarla. Un verdadero experto quiere —o debe querer— a su ciencia tanto que no la demeritaría haciendo lo que aquí se denuncia.

No es que me moleste que los expertos hagan algo que nos corresponde a los abogados, sino que en el diseño de la arquitectura procesal les confiere otro papel. Y tiene que haber un espacio para recibir insumos técnicos que sean adecuados, aceptables, para resolver el aspecto técnico del caso. Ese es el del perito. Si se acepta que el perito es un «abogado técnico», habremos perdido el espacio procesal para contar con elementos técnicos limpios. Carentes de sesgo.

## II. CONSECUENCIAS

Cuando el hecho que actualiza (o no) la hipótesis normativa discutida en un caso es *técnica*,<sup>(8)</sup> los árbitros están en manos de los expertos. Cuando

(8) Es decir, versa sobre alguna rama del conocimiento que escapa tanto el conocimiento común y corriente de la clase educada como la ciencia jurídica.

estos actúan con *información crítica* todo el fallo.

Es ello lo que

Invito a que :  
tros tenemos co  
lo que quiere un  
e inteligenteme  
<sup>3/4</sup>es decir, es n  
con periciales €  
dice el CBP, la  
posibilidad de  
cierto: cuando  
ambos lados, el  
que se equivoq

Una solución  
el tribunal elija  
Y si bien los pr  
ficados, no deb  
existencia de un  
blema raíz, que  
raíz-que neces

Pero no per  
técnicos correc  
el laudo sea ile  
prima defectuc  
ideal aquí expu

Ello es lo qu  
que me recuer

There is  
valuable li  
the moral

(9) Robert Noz  
Cambridge,

estos actúan como se denuncia, el resultado es que *se priva al evaluador de información crítica para tomar la decisión correcta*. Ello puede deslegitimar todo el fallo.

Es ello lo que motiva actuar.

Invito a que se medite sobre lo expresado. Quienes actuamos como árbitros tenemos como fin de todo nuestro esmero *resolver correctamente*. Eso es lo que quiere un árbitro: que el dilema que le es puesto enfrente sea atinada e inteligentemente resuelto. Cuando la disputa tiene un componente técnico <sup>3/4</sup>es decir, es necesario entender una materia que desconocemos <sup>3/4</sup> contar con periciales es necesario. Si las periciales son veraces, «objetivas» como dice el CBP, la tarea del árbitro no solo se hace más fácil, se incrementa la posibilidad de que la solución sea la correcta. Y lo inverso es igualmente cierto: cuando un árbitro tiene en su expediente periciales no «objetivas» de ambos lados, el resultado será que su tarea es más difícil. Y es más probable que se equivoque.

Una solución que el lector atento seguramente estará considerando es que el tribunal elija un tercer perito. Ello sin embargo genera problemas y costos. Y si bien los problemas pueden ser superados y los costos pueden ser justificados, no debemos perder de vista que todo esto estará ocurriendo por la existencia de un problema de fondo que lo motiva todo. Mejor taclear el problema raíz, que los problemas generados por las consecuencias del problema raíz—que necesariamente se repetirán por no atacar la *causa*, sino el *efecto*.

Pero no perdamos de vista el punto medular: en ausencia de insumos técnicos correctos, «objetivos» (en palabras del CBP), corremos el riesgo que el laudo sea ilegítimo. Que esté totalmente errado por descansar en materia prima defectuosa. Este riesgo es *eo ipso* motivo suficiente para defender el ideal aquí expuesto.

Ello es lo que se pierde con el actuar denunciado. Y ello genera un costo, que me recuerda el concepto de Nozick del *costo de valores (value cost)*.<sup>(9)</sup>

There is a cost to immoral behavior. It is a value cost. The immoral life is a less valuable life than the moral one, the immoral person is a less valuable being than the moral one.

(9) Robert Nozick, *Philosophical Explanations*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1981, USA, p. 409.

[existe un costo de la conducta inmoral. Es un costo de valores. Una vida inmoral es menos valiosa que una vida moral. La persona inmoral es menos valiosa que la de una persona con moral].

El actuar de un experto desapegado de una ética inflinge un *value cost*. Y dicho costo tiene una triple incidencia: en las partes, en el árbitro y en la experta misma.

Primero, *las partes* en que el esfuerzo pericial —cuyo costo no es insignificante, a veces es importante— se torna en desperdicio. El objetivo de ofrecer testimonio experto en un proceso es dar elementos para que el juzgador pueda decidir adecuadamente, tomando en cuenta lo que la ciencia en cuestión enseña. Cuando un árbitro se percata que los insumos periciales en el proceso particular no reflejan en verdad lo que la ciencia enseña, sino parte —hacen un recuento parcial, acomodado, a veces desinformado— el árbitro simplemente descarta dicho insumo. Lo trata como lo que es: basura. Elementos indignos de ser considerados por no ser útiles. Resultado: partes que sufragaron recursos para permitir que el juzgador juzgue, que son no-utilizados. Ello es desperdicio.

El segundo costo es causado en los *árbitros*. Como abordé previamente, lo que un árbitro quiere no es favorecer a nadie, sino resolver bien. Dar una respuesta inteligente al dilema que se le puso enfrente. El actuar desapegado a la ética defendida les complica la labor; invita errores. Ello va en sentido contrario a lo deseado. Debemos preferir teorías que hacen la solución correcta de problemas más probable por encima de teorías (o vacíos) que lo hacen más complicado. La observación, de corte utilitario, es *en sí* suficiente para justificar el postulado de este ensayo.

Tercero, en *los peritos*. Todo interactuar humano genera reputación. Las personas tienen un historial; una trayectoria. Y dicha trayectoria abona (o resta) a su *ethos*, que es un elemento que utilizan (consciente o inconscientemente) los evaluadores. Si la persona parada frente al árbitro tiene una trayectoria de ser cuidadoso respecto de su actuar ante un evaluador, ante la duda, el evaluador dará más peso —inclusive el beneficio de la duda— a quien sabe honesto. En cambio, si el árbitro tiene frente a sí a una persona de conocida trayectoria negativa, ocurrirá lo inverso.

Luego entonces, los peritos que actúan desapegados de la ética propuesta se hacen de una reputación que los hace menos útiles *qua* peritos. Y este *value cost* es real. Entre árbitros, sabemos de la calidad y confia-

bilidad tanto de  
bilidad.<sup>(10)</sup>

Es por lo anterior  
del perito. Y que  
ceso. De lo con

### III. INCENT

Como advie  
digna de ser vi  
perito en un pr  
sea valioso. Ell  
Añadiría que la  
valiosa: logre c  
*inter alia* por fi  
por logrado.

Ello, de sí ci  
actuar (i) afect  
cia o resta esta  
cio depende m  
*suficiente* para  
axiológicos.

En *El Prurito*  
ra ahora es cen  
medidas a con  
son logrados: (1  
gatorio (2) mot  
que el desempe  
momento de de

(10) - En una delit  
inteligencia  
mente expu  
intelecto es  
en vez de p  
intelectual b  
a dichos per  
(11) www.gdca.c

bilidad tanto de letrados como de expertos. Y ello incide en su persuasividad.<sup>(10)</sup>

Es por lo anterior que propongo que debemos propugnar por una ética del perito. Y que esta sea que **el experto es la voz de una ciencia en un proceso**. De lo contrario, todos perdemos. Todos.

### III. INCENTIVANDO ÉTICA

Como advierte Nozick, la ética hace que la vida sea más valiosa. Más digna de ser vivida. Existe —debe existir— una ética del actuar del experto en un proceso para hacer que el actuar del experto en el proceso sea valioso. Ello hace también que el resultado del proceso sea valioso. Añadiría que la ética en una actividad hace que dicha actividad sea más valiosa: logre de mejor manera su cometido. Es decir, necesitamos ética *inter alia* por fines utilitarios: gracias a la misma, lo que hacemos es mejor logrado.

Ello, de sí cierto, es especialmente cierto en una materia en que nuestro actuar (i) afecta derechos; (ii) propicia o resta confiabilidad; y (iii) propicia o resta estabilidad. Es decir, de la correcta aplicación de nuestro oficio depende mucho. Cada uno de los tres motivos es *independientemente suficiente* para cerciorar que el actuar del perito sea apegado a cánones axiológicos.

En *El Prurito del Perito*<sup>(11)</sup> expando sobre dichos conceptos. Lo que quisiera ahora es centrarme en cómo monitorearlo e incentivarlo. Propondría tres medidas a considerar seguir para cerciorar que los ideales de esta materia son logrados: (1) realizar una advertencia enérgica al comenzar el interrogatorio (2) motivar el laudo con franqueza en cuanto al tema pericial (3) que el desempeño ético del insumo pericial sirva de variable a considerar al momento de decidir sobre la distribución de costos en el arbitraje.

(10) En una deliberación reciente un árbitro calificó un informe pericial como un «insulto a la inteligencia de los árbitros». Era tal la cantidad de faltas a la verdad creativa y atractivamente expuestas que el mensaje que dicho árbitro registró es insulto: «piensan que nuestro intelecto es tan bajo, que nos dejaremos llevar por dibujos bonitos y gráficas coloridas, en vez de ponderar la sustancia» razonó. «Ello comunica que nos consideran de un nivel intelectual bajo», recalcó. El asunto se decidió totalmente en contra de la parte que ofreció a dichos peritos.

(11) [www.gdca.com.mx/publicaciones](http://www.gdca.com.mx/publicaciones).

### 1. Advertencia en interrogatorio

Es usual observar que, previo a comenzar el interrogatorio, la presidente del tribunal arbitral explica al experto cómo debe actuar. Ello a veces incluye el que se le advierte al perito que debe actuar con veracidad, objetividad, entendida como la defiende en *El Prurito del Perito*. En los casos en que tengo el honor de actuar como presidente del tribunal, hago la siguiente advertencia a los expertos:

«Usted, señora experta, está en este proceso en su calidad de experto. Ello quiere decir que usted tiene la obligación de conducirse con honestidad, incluyendo contestar con la verdad. "Honestidad" y "verdad" significan en su papel que, lo que aquí comparte, es fiel a la ciencia en la cual usted está especializada. Usted es la voz de su ciencia en este proceso».

Someto dicho actuar al mercado de las ideas. Me interesará conocer la perspectiva de mis distinguidos colegas expertos en arbitraje.

### 2. Motivación franca

Recomiendo que los laudos sean francos en motivar. Que tomemos en serio el deber de expresar los motivos en base a los cuales decidimos, y que ello incluya por qué cierta pericial persuadió o no. Y cuando exista actuar desapegado a los estándares éticos aquí defendidos, que se diga.

Por ejemplo, en el Caso 2 citado *supra*, el laudo sencillamente concluyó que no se demostró la existencia del *downburst*. Desconozco qué piensen los árbitros, pero en la medida en que hubieran detectado que las periciales no solo eran mendaces, sino adolecían de los ideales aquí defendidos <sup>3/4</sup>lo cual sospecho que ocurrió dado lo ocurrido durante el interrogatorio y el sentido del laudo <sup>3/4</sup> sería conveniente que la motivación indicara que el desempeño de los expertos fue desapegado de lo que se espera de un perito.

### 3. Costas

Que la distribución de costas considere la existencia de periciales y peritos que no siguen los cánones de lo que se espera de ellos. Que sea uno de los componentes de «conducta procesal» que es aceptado que es una variable en base a la cual se distribuyen costas. Y que cuando ello ocurra, parte de los costos de las periciales que sí observan los cánones éticos defendidos sean distribuidos a la parte que haya presentado *junk science*.

Ejemplifica laudo consider pierde paga». I visión 50/50. E la pericial de l a que se rehus se consideró q Propondría qu

De seguirse una norma soc cemos el dese en los que exi reputación es c te, quienes act tación, lo cual informe pericia viceversa. Lo q eficiente (en té

Estoy segur acuerdo. QEPI

orio, la presidente  
Ello a veces inclu-  
cidad, objetividad,  
los casos en que  
hago la siguiente

idad de experto. Ello  
on honestidad, inclu-  
significan en su papel  
ed está especializada.

teresará conocer la  
raje.

: Que tomemos en  
es decidimos, y que  
uando exista actuar  
se diga.

illamente concluyó  
nozco qué piensen  
ado que las pericia-  
les aquí defendidos  
e el interrogatorio y  
ción indicara que el  
espera de un perito.

de periciales y peri-  
los. Que sea uno de  
do que es una varia-  
do ello ocurra, parte  
es éticos defendidos  
cience.

Ejemplifica la propuesta lo vivido en un caso reciente de energía. Un laudo consideró dividir los costos arbitrales siguiendo el principio «el que pierde paga». En la recta final de deliberación, el tribunal optó por una división 50/50. Ello no fue por descuido, mucho menos pereza, fue porque la pericial de la parte que prevaleció era tan poco fiel a la verdad (aunado a que se rehusaban a entregar la metadata, lo cual fue comunicativo), que se consideró que debía tomarse en cuenta al momento de distribuir costas. Propondría que el paso es digno de aplauso. De un ejemplo a seguir.

De seguirse los tres pasos propuestos, veremos que empezará a tejerse una norma social con dientes. Quienes estamos activos en arbitraje conocemos el desempeño de muchos peritos. Y como suele suceder en núcleos en los que existe participación repetida, se genera una reputación. Y esta reputación es conocida y transmitida con bastante franqueza. Por consiguiente, quienes actúan acatando los ideales defendidos se harán de buena reputación, lo cual redundará en su mayor eficacia en el peso probatorio de un informe pericial, lo cual redundará en mayor demanda por sus servicios. Y viceversa. Lo que es más, se harán parte de una forma más apropiada —más eficiente (en términos utilitarios)— de lograr los fines del arbitraje.

Estoy seguro que Don Miguel Ángel Fernández Ballesteros estaría de acuerdo. QEPD.