

APROXIMACIÓN COMPARATÍSTICA AL LITIGIO TRANSNACIONAL

Hernany VEYTIA

Todos tienen como mejores sus
propias costumbres.

HERODOTO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Valores preformativos del litigio transnacional*. III. *Experiencias recientes en materia de litigio transnacional*. IV. *El arbitraje como alternativa al litigio judicial transnacional*. V. *Consideraciones finales*.

* Herodoto lo decía en sus libros de la historia respecto a un pueblo que criticaba a su vecino porque incineraban a sus muertos sin piedad filial. Ellos en cambio se comían los cadáveres de sus parientes cercanos como muestra de que algo de su ser perdurase en ellos. Las fábulas y cuentos de siglos siguientes ilustran lo antes dicho: Cada uno considera mejor lo propio carente de la más elemental humildad para aprender de los demás. Citemos el ejemplo de aquella historieta del gato que asustaba a gallinas y pollos para que cayeran al agua, hasta que en cierto momento asustó a quien consideró un pollo pero era un pato y no solo no le molestó el zambullirse sino que lo disfrutó. De ahí que no se puede tratar igual a los desiguales. La libertad implica desigualdad.

En el mismo sentido aquel cuento de establo: Érase una vez, una fiesta en un fastuoso palacio. Acudían gentes ricas y famosas a bordo de sus estupendos carruajes tirados por hermosos ejemplares equinos. Los caballos, mulos y burros quedaban relegados a las cuerdas, mientras sus dueños subían las escalinatas de palacio y se introducían en los maravillosos salones poblados de variadísimos bufetes de montaditos de lomos, tintorro gran reserva, pata negra, anguilillas de verdad, pastelitos y bombones, que iban degustando entre baile y baile, de salón en salón y escuchando grandes orquestas. Pues bien. Escuchando estaban la algarabía, las mulas y jacas de la caballería, encerradas y sin poder moverse de sus pesebres, mientras comían alfalfa, cuando una de ellas dice a las otras, a tenor de la música referida: ¡Hay que ver lo bien que se lo deben estar pasando nuestros amos! ¡Cómo de alfalfa deben ponerse! ¡En qué estupendos pesebres deben recostarse este día!

I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda que tan importante es tener buenas leyes como contar con procedimientos adecuados para hacerlas valer. De hecho, se dice que una norma sin sanción es una norma imperfecta.¹ Reza el dicho que nadie sabe lo que tiene hasta que lo ve perdido. La enfermedad nos hace añorar la salud. En tal sentido, el litigio podría definirse como la patología del derecho. Si el derecho se viviera como lo pactado o dispuesto en leyes, no sería necesario acudir a un tercero para “hacer justicia”.

De hecho ante cada litigio cabría formularse la pregunta ¿no fue posible solucionar la controversia de alguna otra manera? Parafraseando a León Felipe —el poeta— podría decir que cualquiera es bueno para enterrar un muerto, menos un sepulturero que cavaba fosas silbando la última canción de moda. Cualquiera puede ser sensible ante la enfermedad de un agonizante, menos una enfermera de urgencias, cualquiera puede ser cortés al volante menos un taxista... El cirujano vive de las operaciones que practica y el litigante de las controversias en que participa. La visión que pueda tener un litigante del comercio internacional es muy limitada porque corre el grave riesgo de perder de vista la sana realidad. La actividad comercial, por su misma dimensión y dinamismo, implica confianza entre las partes contratantes que no puede confundirse con una ingenua inexperiencia y previsión en las transacciones internacionales.

Es un hecho que en la última década se ha incrementado notablemente el comercio internacional. Todos gozamos de bienes y servicios que han sido proporcionados por empresas extranjeras. Para la producción de muchos bienes y servicios nacionales también se cuenta con insumos extranjeros.²

Obviamente con la multiplicidad de contratos que se celebran también ha aumentado el número de controversias. Sin embargo, si alguien estuviera habituado a ir a los tribunales locales podría pasarle desapercibido el gran cambio de época que estamos viviendo.³ Al leer el *Semanario Judicial de la Federación* se ve que las controversias son entre sociedades

1 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*.

2 En los Estados Unidos se está siguiendo cierto proteccionismo a su industria de servicios local al evitar que se subcontrate en contratos de obra pública con servicios en el extranjero. El mismo tema de que los servicios se presten en el extranjero está causando gran debate. Véase *The Economist*, febrero 21-27 de 2004, *The New Jobs Migration*.

3 No se trata de una época de cambios sino de un cambio de época.

mexicanas, ante juez mexicano y aplicando el derecho mexicano. Esto no podría ser de otra forma porque en muchas ocasiones con el fin de facilitar las transacciones comerciales o mejorar la base gravable desde el punto de vista fiscal se aconseja constituir una sociedad mexicana. Así las sociedades extranjeras suelen realizar sus operaciones en México como lo haría cualquier sociedad mexicana.

Los abogados y jueces que se ven en los tribunales mexicanos, ya sean federales o locales, conocen y aplican el derecho mexicano. No se les puede pedir actuar de diferente manera, ya que siempre lo han hecho así. Los jueces han realizado una carrera judicial que consiste en entrar a trabajar al Poder Judicial desde muy jóvenes, poco a poco van logrando ascender por el escalafón.⁴ Afortunadamente esta costumbre encuentra su excepción en la Suprema Corte de Justicia donde han llegado a ella notarios, profesores universitarios, abogados litigantes y también se ha colado uno que otro político o amigo de político.

Los abogados en la universidad estudiaron derecho mexicano, frecuentemente en manuales que se repiten desde tiempos de sus padres o abuelos y en códigos que fueron redactados atendiendo a una realidad económica de tiempos de Porfirio Díaz, Pascual Ortíz Rubio y Abelardo L. Rodríguez.⁵ Hoy esos códigos no son otra cosa más que el símbolo perfecto de vetustez e incapacidad de los juristas por ir a la par con los requerimientos de una economía globalizada.

En la última década la legislación sustantiva ha experimentado grandes cambios, particularmente después de la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte: se ha legislado en materia de competencia económica, se ha modificado la ley de inversiones extranjeras, se han actualizado las normas que regulan las comunicaciones, ha habido algunas reformas en materia procesal, sin embargo, nada que pueda considerarse sustancial.

Renovar de raíz al Poder Judicial mexicano sería tanto como ambicionar una total remodelación de las instituciones procesales y de todos y cada uno de sus integrantes y de los abogados del foro. Por lo tanto, para lograrlo no basta con el talento de un buen legislador, se requiere de la habilidad y sagacidad del juzgador que sepa resolver con pericia y senti-

4 Merryman, John Henry, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal System of Western Europe and Latin American*, 2a. ed., 1985.

5 Promulgadores de los Códigos de Comercio, Civil y de La Ley General de Sociedades Mercantiles respectivamente.

do común lo más pertinente en cada caso, consciente de las grandes transformaciones que están sucediendo a su alrededor.

El juzgador, como cualquier otra persona, tiene un bagaje de conocimientos, de vivencias, de influencias de la sociedad donde se desenvuelve que difícilmente pueden ser dejadas a un lado en el momento de emitir una sentencia. Se confirma una vez más en la historia, que los intentos de desproveer al derecho de su marco cultural de referencia conduce a lo que en palabras de Paolo Grossi es un absolutismo jurídico.⁶

El legislador mexicano, como el de muchos otros países del *civil law*, ha querido regular a gran detalle la actividad del juzgador, sin embargo, esta falta de flexibilidad y discrecionalidad que por una parte les facilita la labor para alcanzar las metas estadísticas que se les imponen, es una camisa de fuerza para que pudieran dedicar el tiempo y atención al asunto que se les plantea. Para ello se habla de la posibilidad de una apelación y de contar con órganos colegiados que resuelvan la controversia. Sin embargo, esto no basta cuando lo que se tiene entre manos es un asunto internacional.

En los Estados Unidos o en otros países sucede exactamente lo mismo. En muchas ocasiones en las que extranjeros acuden a tribunales norteamericanos los jueces suelen invocar la doctrina del llamado *forum non conveniens* (el foro no conveniente) ¿No conviene?, ¿a quien no le conviene?

La doctrina del *Forum non conveniens* ha llegado al grado que la *US Court of Appeals for the 2nd Circuit* la ha aplicado para evitar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral. La Convención de Nueva York no establece esta excepción. El caso era una controversia donde se involucraba Gazprom, una empresa rusa de energía y una de sus empresas relacionadas en Ucrania, Ukgazprom. El contrato versaba sobre la entrega de gas natural mediante un gasoconducto que iría desde el territorio de Ucrania hacia el Mar Negro. Donde sería distribuido a Europa del Este. El cumplimiento de contrato estaba asegurado por la compañía de seguros de Monaco Monde Re. Gazprom reclamaba el pago del seguro porque buena parte del gas nunca llegó a su destino final porque alguien lo “ordeñó” ilícitamente durante el trayecto. La compañía de seguros Monde Re, inició un arbitraje en Moscú contra Ukgazprom, empresa relacionada de Gazprom argumentando que había incumplido con el con-

6 Grossi, Paolo, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, 1998.

trato al no haber custodiado el producto durante su trayecto. El laudo arbitral fue a favor de Monde Re y le otorgaba 88 millones de dólares.

El tribunal americano donde se quiso ejecutar el laudo citó el criterio de la Suprema Corte de *Dredging v. Millar* que en otro contexto consideró que el *forum non conveniens* es de naturaleza procesal “*nothing more or less than a supervening venue provision*”.

En vista de que el artículo 3o. de la Convención de Nueva York requiere a los Estados signatarios el reconocer el laudo dictado en el extranjero, el tribunal concluyó que en el asunto de Monde Re la Convención no se podría interpretar en el sentido de que afectara la discreción judicial para negarse⁷ a conocer de un asunto donde por economía procesal, comodidad y justicia fuera lo más pertinente.⁸

El caso de Monde Re ha sido arduamente criticado como una decisión “contra el arbitraje” al otorgarle a la parte que pierde en el procedimiento arbitral una nueva oportunidad de evitar que le ejecuten la decisión, otro punto sería que no se consideraría cosa juzgada y por lo tanto se podría ir a solicitar la ejecución a otro foro y que a fin de cuenta se podría limitar a una enorme pérdida de tiempo y el consecuente pago de honorarios por servicios legales.

En cambio en México, nada impidió que se ejecutara un laudo que afectaba a una parte en Indonesia a pesar de que el laudo, las partes u objeto de la controversia tuviera un punto de contacto con México. Si en el momento de celebrar un contrato se tuviera que prever el riesgo de atender un procedimiento de ejecución en un país tan distante esto posiblemente mermaría la facilidad con que se está desarrollando el comercio internacional.⁹

II. VALORES PREFORMATIVOS DEL LITIGIO TRANSNACIONAL

Me gustaría precisar dos conceptos, respecto a transnacional y litigio. Transnacional queda claro, debemos dejar fuera los procedimientos internacionales llevados ante tribunales internacionales como la Corte Pe-

7 *Cannot be read as affecting the discretion of federal courts to decline jurisdiction where judicial economy, convenience and justice so compel.*

8 311 F. 3d 488 (2d Cir. 2002) affirming 158 F. Supp. 2d 377 (S.D.N.Y.2001).

9 311 F. ed at 496-97 (Citando la decisión del Juez de Distrito Americano en *Monde Re*, 158 F. Supp. 2d at 383).

nal Internacional, la Corte Internacional de Justicia, y otros tribunales internacionales especializados como los de derecho del mar o el deporte.

Como se ha mencionado anteriormente, el derecho al ser un fenómeno cultural no puede quedar al margen de su entorno. Por ello es importante referirnos a los valores preformativos. Aspectos políticos, psicológicos, filosóficos, económicos y éticos del litigio.

En una primera aproximación tal pareciera que al menos respecto a la definición de litigio todos están de acuerdo que consiste en someter a un tercero la decisión con que se ponga fin a una controversia.¹⁰ Sin embargo, es diferente el entorno social y cultural en el que el litigio se presenta.

Es de todos sabido que existen diversas aproximaciones al litigio, los Estados Unidos lo ven realmente como un juego. Donde existen dos contrincantes, reglas y un *umpire*. Desde niños ven programas de televisión donde existen simulacros de juicios, películas donde aparecen abogados, es frecuente oír chistes de abogados, en la vida diaria se ve que el hombre de negocios no firma nada si antes no lo ha visto su abogado, se vuelven en cierta forma y siguiendo con las analogías médicas en auténticos “hipocondríacos jurídicos”. Antes de casarse firman un convenio en caso de divorcio con decisiones sobre los hijos y bienes patrimoniales. En las empresas existen departamentos jurídicos muy numerosos y el director jurídico se considera uno de los más altos puestos en la organización.

México es una sociedad, sin llegar al extremo de la cultura japonesa, en que se acude al abogado como “último recurso”. A los clientes morosos se les suele decir que “su asunto ya pasó al jurídico” como si fuera un tema de gran gravedad. Generalmente se acude a los tribunales cuando no se ha podido llegar a un acuerdo por ninguna otra forma. Se piensa que los abogados se llevan gran parte de la suerte de lo principal y muchas veces prefieren perder la relación de negocios que iniciar un juicio. Obviamente existen excepciones y hay clientes que se convierten en entusiastas estudiantes de derecho procesal, gozan de saber al detalle cómo

10 Por ejemplo en México Cipriano Gómez Lara en su libro de texto, ¡En su 10a. edición! Best Seller que se ha convertido ya en un clásico de la materia de Teoría General del Proceso cita al italiano Carnelutti llamando “litigio al «conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro... Alcalá-Zamora y Castilla lo define como: el conflicto jurídicamente trascendente que constituye el punto de partida o causa determinante de un proceso, de una autocomposición o de una autodefensa». Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 10a. ed., 2004, p. 2.

va su juicio. No deja de llamar la atención el comentario de algunos litigantes que aseguran que sus peores contrincantes en juicio han sido sus propios clientes.

A cualquier abogado mexicano le llama la atención que existan figuras en los Estados Unidos tales como el *contingency fee*, *Pro Bono Public Interest Representation*, *Jury Trial*, *Punitive Damages*, *Discovery*,¹¹ *Pre-trial*, *Class Action*, etcétera.

A cualquier abogado americano le llama la atención que no exista jurisprudencia local y que en caso de contradicción de tesis sea la corte “federal” quien decida quien tiene la razón. Que para que un criterio sea considerado jurisprudencia se requieran cinco ejecutorias, que exista en algunas materias “Suplencia de la Queja”¹² y que un honorable abogado mexicano diga: “Voy a ir a hablar con el juez”¹³ sin presencia de la otra parte. Y que además considere que el no hacerlo incluso podría considerarse negligencia profesional. Como se dice entre litigantes: “En Tribunales la justicia se da, ¡pero hay que cuidarla!”

Es muy recomendable adoptar un criterio finalista y causalista: ¿qué busca el Tribunal¹⁴ con las pruebas?, ¿qué pretende cada una de las partes con la prueba? Al Tribunal le interesa saber realmente qué hechos sucedieron y todas las circunstancias que resultaren relevantes para poder decidir a quien asiste la razón. Las partes, por lo general, pretenden convencer al Tribunal que sus afirmaciones tienen un sustento real.

11 Sobre el Discovery en Japón resulta interesante el artículo del abogado americano Craig en <http://www.hawaii.edu/aplpj/pdfs/v3-01-Wagnild.pdf> última ocasión consultado el 17 de febrero de 2004.

12 Institución procesal dentro del juicio de garantías, de carácter proteccionista, anti-formalista y de aplicación obligatoria que, generalmente, opera a favor del quejoso cuando surte efecto alguno de los previstos en el artículo 26 bis de la Ley de Amparo a fin de subsanar las omisiones totales o agravios formulados, pero excepcionalmente en materia agraria, opera a favor del tercero perjudicado cuando se trata de entidades agrarias ejidatarios o comuneros y aspirantes a serlo, ampliándose no sólo a las imperfecciones de la demanda, sino también a falta de pruebas y a toda clase de escritos, comparecencias y obligaciones conforme a lo dispuesto por los numerales 225, 226 y 227 de ese mismo ordenamiento legal. Allier Campuzano, Jaime, *Naturaleza y alcances de la suplencia de la deficiencia de la queja en amparo laboral*, México, Porrúa, 2003.

13 Alegato de oreja.

14 Tribunal, siguiendo los Principios sobre los Contratos Comerciales del Unidroit, debe entenderse como aplicable tanto a un tribunal judicial como arbitral o árbitro único.

Cuando en cierta ocasión a mis alumnos de licenciatura les intenté explicar en qué consistía el *Discovery*¹⁵ o el *Disclosure* les pareció que sería un suicidio procesal, porque ¿qué garantizaría a la parte que solicita copias de documentos —como podría ser un contrato o correspondencia en posesión de la otra parte— que dicha información no sería reelaborado, seleccionada o falsificada con el propósito de ganar un asunto? Sobra decir que en aquella ocasión se me presentó la oportunidad de hablar de la ética del abogado, las penas en que se incurriría y sobretodo de que un buen abogado no se jugaría su prestigio por un asunto, sin embargo debo admitir que mis argumentos fueron considerados como “muy ingenuos”.

Con el paso de los años, me he dado cuenta que el tribunal logra, durante todo el procedimiento, percibir si los litigantes se conducen con propiedad. Además no basta una sola prueba, por lo general el tribunal dedica tanto tiempo a los asuntos que se le someten que logra hacerse una idea bastante clara de qué sucedió y por lo tanto a quien asiste la razón.

III. EXPERIENCIAS RECIENTES EN MATERIA DE LITIGIO TRANSNACIONAL

Los litigantes mexicanos de mayor reconocimiento se muestran no solo satisfechos sino entusiastas de que en nuestro país realmente ofrece un marco jurídico adecuado. México ha firmado las principales convenciones en la materia¹⁶ y cada vez es más frecuente que clientes extranjeros acudan a abogados mexicanos para lograr en México el cumplimiento de sus contratos, o llevar a cabo un procedimiento de concurso mercantil de una entidad donde son acreedores, o para reconocer y ejecutar sentencias extranjeras.

En materia de litigio transnacional los puntos más importantes son:

15 Strictly speaking, there is no discovery stage in civil law systems. Rather, after the pleadings have been filed the court begins its inquiry into the facts through hearings arranged according to principles of efficiency and logic. The principle of efficiency dictates that attention should first be directed to issues whose early resolution could terminate the litigation, for example a defense of statute of limitations (prescription) or immunity. The principle of logic dictates that attention should be addressed to issues in their causal sequence, for example, first the questions concerning obligations and then questions concerning damages or other remedy, in concept, there can be as many hearings as there are separate issues. Geoffrey, C. y Hazard, Jr., “Fundamentals of Civil Procedure”, *Rev Dr. Unif*, 2001-4 p. 759.

16 <http://tratados.sre.gob.mx>.

- a) Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.
- b) *Forum shopping*.¹⁷
- c) Litigios paralelos.
- d) Jurisdicción extraterritorial.¹⁸

1. *Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras*¹⁹

Todo procedimiento concluye con una sentencia que cuando adquiere el carácter de cosa juzgada se puede ejecutar. Sin embargo, si por alguna razón no se puede hacer en el lugar donde se llevó a cabo el litigio, puede solicitarse que en el extranjero se reconozca —el llamado procedimiento de homologación—²⁰ y con el *imperium* que tiene el juez local haga que se ejecute la sentencia.²¹

El juez local no puede decidir sobre las cuestiones de fondo de la sentencia extranjera, debe limitarse exclusivamente a examinar su autenticidad y si no viola el orden público ejecutarla. Esto ya se encuentra confirmado por la tesis siguiente:

Sentencias Extranjeras. Ejecución de las: Los tribunales sólo deben resolver sobre las circunstancias que las leyes exigen para cumplir una sentencia extranjera, sin tocar para nada la cuestión de fondo, que debe tenerse como de-

17 Soltero, Carlos, “The Common Law of Mexican Law in Texas Courts”, *Houston Journal of International Law*, 26 Hous. J. Int’l L 119, otoño de 2003.

18 *Gonzalez vs. Chrysler Corp.*, 301 F.3d 377, 382-83 (5th Cir. 2002).

19 Particularmente interesante sobre este punto es el discurso de ingreso como miembro de la Academia de Derecho Internacional Privado de Roberto Rendón: “Orden público en ejecución de sentencias extranjeras derivadas del juego”. En este discurso el Roberto Rendón expone sus experiencias sobre como es posible ejecutar una sentencia de un juez de Nevada por deudas contraídas en juegos de apuesta en Las Vegas por un mexicano con domicilio en el Distrito Federal. ¡A pesar que en México en el Código Civil para el Distrito Federal se dispone, en el artículo 2764, que no se le conceda acción al que sea acreedor de una prestación derivada de un juego prohibido y por lo tanto, si no procede la acción, por consiguiente tampoco su ejecución.

20 Es el procedimiento que se inicia por una autoridad extranjera, mediante un exhorto, solicitando a la autoridad competente de un determinado país, la ejecución de una sentencia que sólo puede darse en ese lugar, y consiste en el reconocimiento de dicha sentencia como nacional de ese país.

21 Véase libro cuarto del Código Federal de Procedimientos Civiles, sobre la cooperación procesal internacional.

finitivamente fallada.²² Los requisitos para la homologación son tres: exhorto²³, competencia indirecta²⁴ y que exista reciprocidad.²⁵

Roberto Rendón señala que tratándose de una sentencia extranjera de carácter civil, se aplica el Código Civil local, en cuyo territorio tenga su domicilio el demandado, o si no lo tuviere, en donde la cosa que pueda ser objeto de ejecución se encuentre.²⁶ El procedimiento de homologación, según lo señala nuestra legislación, deberá tramitarse vía incidental, la cual se inicia citando al ejecutado y al ejecutante, quienes tienen un plazo de nueve días hábiles para que expongan sus defensas y ejerciten los derechos que correspondan.²⁷ Si las partes ofrecen pruebas, se fija una fecha para recibir las que fueron admitidas, cuya preparación corresponderá al oferente a menos que exista una razón fundada. En todos los casos se le dará intervención al Ministerio Público con el fin de que ejer-

22 Instancia: Pleno, Fuente: *Seminario Judicial de la Federación*, Parte: IV, Página 309. Precedentes. Amparo Civil en Revisión. Díaz Manuel, 28 de enero de 1919. Mayoría de seis votos. La publicación no menciona el ponente. Citado por Rendón, Roberto, "Orden público en ejecución de sentencias extranjeras derivadas del juego", *cit.*, nota 19, p. 6.

23 Girado por el Estado sentenciador en el que soliste al poder judicial mexicano la homologación de la resolución extranjera y su subsiguiente ejecución. Es indispensable que el exhorto implique la ejecución coactiva sobre las personas, bienes o derechos pues de lo contrario sólo se seguiría el procedimiento de homologación, pero no se buscaría el *exequatur* (así lo exige el artículo 554 del Código Federal de Procedimientos Civiles que data del 24 de febrero de 1943 y el artículo 604 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que data del 32 de diciembre de 1931). *Idem*.

24 La aptitud internacionalmente aceptada del juez sentenciador, que debe ser reconocida por el juez de homologación, para que él pueda reconocer la regularidad de la sentencia extranjera. *Idem*.

25 Corresponde probarla al demandado. *Idem*.

26 Artículo 608, fracción I, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. No puede pasar desapercibido que existen tesis que ratifican lo dicho con argumentos contradictorios como la siguiente: *Ejecución de sentencias extranjeras*. Pertenece al derecho internacional y consiguientemente, como asunto federal, debe regirse por los preceptos relativos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y los territorios federales (Instancia: Pleno, Fuente: *Seminario Judicial de la Federación*, Parte: I, Página 554) Precedentes Tomo I, Pág 554.- "P. Pastenne y Compañía Inc.", 29 de octubre de 2917, 7 votos. Dicha tesis es contradictoria intrínsecamente, puesto que por un lado establece que la ejecución de una sentencia extranjera es un asunto federal y por otro lado afirma que se aplica el Código Adjetivo Local. Rendón, Roberto, "Orden público en ejecución de sentencias extranjeras derivadas del juego", *cit.*, nota 19, p. 8.

27 Artículos 574, CFPC y 608, fracción II, CPCDF.

cite los derechos que le correspondan. La sentencia que resuelva el incidente de homologación será apelable, en ambos efectos si se negara la ejecución de la sentencia dictada en el extranjero, y en efecto devolutivo si es que concediera la ejecución.

Una vez reconocida u homologada la sentencia extranjera por el juez exhortado, siempre que ésta sea condenatoria, se debe proceder a la ejecución a cargo del juez que la reconoció, haciendo uso de los medios de apremio y de la coacción para lograrlo.²⁸ En ocasiones se suelen interponer excepciones para la ejecución, en opinión de varios litigantes cada vez es más difícil que sean aceptadas.²⁹

2. Forum shopping

Cuando existen varios puntos de contacto, al demandante pudiera preferir presentar la demanda en la jurisdicción que mejor obedezca a sus intereses, puede ser por el monto de los daños, por el tiempo que llevaría obtener una sentencia, por la facilidad de tener cerca a los jueces, testigos y peritos, etcétera. Nadie está obligado a actuar en su propio perjuicio y resulta lógico que se busque la jurisdicción más apta. Sin embargo, debe cuidarse de no elegir una jurisdicción por el simple hecho de contravenir una norma imperativa aplicable en otro foro

3. *Litigios paralelos*

En ocasiones puede presentarse el caso que el demandante (o el demandado) inicien procedimientos en otra jurisdicción. En algunas ocasiones simplemente se hace para evitar los efectos del primero donde se este ventilando el juicio, porque pudiera ser que el primero que lograra una sentencia de cosa juzgada pudiera anteponerla como excepción en el otro país. También esto puede causar problemas porque hay foros en donde se puede presentar como excepción que en otro país ya se inició la causa. Por ejemplo en caso de que un exportador mexicano considere que corre el riesgo de ser demandado por responsabilidad por el produc-

²⁸ Los requisitos para la ejecución se encuentran descritos en los artículos 571 del CFPC y 606 del CPCDF.

²⁹ Entre ellas: *a)* desconocimiento en el foro de la institución extranjera aplicable, *b)* inexistencia de punto de Conexión; *c)* reciprocidad; *d)* fraude a la ley, *e)* interés nacional, *f)* reenvío, *g)* error en el emplazamiento, *h)* acción pendiente de resolverse ante los tribunales mexicanos, *i)* orden público o cláusula de reserva.

to en los Estados Unidos, podría adelantarse a ser demandante en México, con el simple propósito de no tener que someterse a la jurisdicción del juez americano en caso de que lo demanden. Además las compensaciones por daños y perjuicios suelen ser menores en México.³⁰

4. *Jurisdicción más allá de las fronteras*

No solo los productos y capitales se están globalizando, en ocasiones los jueces adoptan posturas que exceden su ámbito espacial de jurisdicción. Por ejemplo piénsese en la prohibición que existe en los Estados Unidos en la conocida *Anticorruption Act*, donde se imponen serias multas a quien otorgue beneficios económicos por favores de servidores públicos, incluso si éstos se encuentran en el extranjero. Otro ejemplo es la ley que impone la prohibición de llevar a cabo negocios en Cuba.³¹ En casos menos extremos, pero no por ello menos relevantes encontramos las facultades de autoridades en materia de competencia económica que requieren le sean notificadas actos realizados en el extranjero, como pudiera ser una adquisición o fusión, que tenga o pudiera llegar a tener efectos jurídicos en su territorio. Finalmente, dado el desarrollo del comercio electrónico cada vez es mayor la posibilidad de que las normas de protección al consumidor pudieran hacer incurrir al proveedor de bienes o servicios en jurisdicciones muy distantes a la de la sede de su establecimiento.³²

IV. EL ARBITRAJE COMO ALTERNATIVA AL LITIGIO JUDICIAL TRANSNACIONAL

El arbitraje ha probado ser un instrumento adecuado para poder traspasar las barreras que pudieran presentarse por la diferencia en los “estilos” de procedimiento.

Si bien es cierto que el tribunal arbitral no cuenta con el *imperium* para obligar a terceros, en la práctica ha resultado útil contar con un documento —que si bien no tiene carácter de ley si brinda orientación al

30 Por ejemplo en un arbitraje de Capítulo XI del TLCAN se presentó el caso. Véase http://www.worldbank.org/icsid/cases/waste_disidente.pdf

31 Helms Burton.

32 Por Ejemplo véase El Protocolo de Santa Maria Sobre Jurisdiccion Internacional en Materia de Relaciones De Consumo. Mercosur/Cmc/Dec Numero 10/96.

tribunal arbitral y a las partes— en materia de pruebas. Nos referimos al publicado en junio de 1999³³ por la *International Bar Association*.³⁴ En las llamadas *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration* se ejemplifica como es posible tender un puente entre los dos “estilos” de procedimiento más comunes.

Las Reglas IBA, como era de esperarse, brindan al tribunal arbitral una gran discreción respecto a la admisión, relevancia, materialidad y valor probatorio de cada prueba.³⁵

Las Reglas IBA tratan, por ejemplo, de cómo se deben presentar los documentos. Resulta muy práctico en los procedimientos, particularmente en aquellos en que se presentan demasiados documentos que sean adecuadamente ordenados, clasificados y citados. Con esto será más fácil acudir a ver el párrafo exacto que se requiere para apoyar determinado argumento. En las Reglas IBA se permite cierto tipo de *discovery* al referirse en los artículos 3.3.C y 3.4 que una parte debe señalar qué documentos no obran en su poder sino en el de su contraria y por tanto se puede solicitar al tribunal que emita una orden procesal para presentar dichos documentos.

El artículo 3.7 abre la posibilidad al tribunal arbitral de que ante la negativa de una de las partes de suministrar documentos o información se nombre a un tercero, llamado “experto independiente” para que le diga al tribunal arbitral si los documentos solicitados resultan relevantes al caso. Un problema que se presenta frecuentemente en la práctica y que también aborda las Reglas IBA es que el o los documentos se encuentren en poder de un tercero.

Respecto a la prueba testimonial en el artículo 4.3 se señala que no será considerado impropio para una parte, sus representantes legales o funcionarios el entrevistarse previamente con sus testigos. Un sistema que ha probado su eficacia en procedimientos internacionales ha sido el que los testigos puedan entregar por escrito su declaración. A esto las Reglas IBA recomiendan puntos sencillos pero elementales a seguir para

33 No es la primera ocasión en que IBA se dedicaba a la materia, en 1983 ya había publicado un documento sobre la presentación y desahogo de pruebas.

34 Sobre los trabajos de esta institución y su sección de negocios visítase: www.iba-net.org.

35 Artículo 9.1.

tal declaración,³⁶ por supuesto los testigos, a menos que las partes acuerden lo contrario, deberán³⁷ asistir a la audiencia que para el efecto se celebre. Pero el hecho de contar con una previa declaración por escrito ayuda no solamente a ahorrar tiempo, sino también a tener una estructurada y por lo general una ordenada idea de lo que el testigo tenía que decir. A diferencia de los interrogatorios estilo catecismo o de que se le permita hablar por tiempo determinado al testigo, lo que en ocasiones implica que divague demasiado.

Por lo que toca a los peritos, en ciertos sistemas jurídicos se acostumbra que cada parte nombre a uno y si entre los dos no se ponen de acuerdo, entonces el juez puede nombrar el llamado “tercero en discordia”, pero este sistema no siempre es lo más adecuado, porque pueden existir peritajes muy costosos o que lleven mucho tiempo. Para ello las reglas de IBA no limitan el derecho a que cada parte nombre su perito, pero después se menciona la posibilidad de llevar a cabo una reunión de peritos, donde si llegan a un acuerdo se firma el acuerdo al que llegaron los peritos. Si el Tribunal después de escuchados ambos sacará sus propias conclusiones.³⁸

Las Reglas IBA ofrecen también muy buenas sugerencias a seguir en el caso de que se decida solamente nombrar un testigo y que éste sea nombrado por el tribunal.³⁹ Uno de los valores que se pueden vislumbrar en las Reglas IBA es no sólo la seguridad y certeza jurídica en el ofrecimiento, aceptación y desahogo de pruebas, sino también un gran énfasis en la transparencia, independencia y trato igual a las partes. Por ejemplo al parecer no sería recomendable nombrar un perito para que asista al tribunal arbitral sin que se enteren las partes quien es ni que tengan la oportu-

36 Artículo 4.5 Each Witness Statement shall contain:

- a) the full name and address of the witness, his or her present and past relationship (if any) with any of the Parties, and a description of his or her background, qualifications, training and experience, if such a description may be relevant and material to the dispute or to the contents of the statement;
- b) a full and detailed description of the facts, and the source of the witness’s information as to those facts, sufficient to serve as that witness’s evidence in the matter in dispute;
- c) an affirmation of the truth of the statement; and
- d) the signature of the witness and its date and place.

37 Si no se presenta el testigo a la audiencia entonces se desestimará su declaración escrita. Artículo 4.8.

38 Véase artículo 5o.

39 Véase artículo 6o.

tunidad de interrogarles.⁴⁰ También se prevé que las partes puedan tener acceso a la correspondencia entre el perito y el tribunal, y a que las partes puedan comentar el dictamen rendido.

Las Reglas IBA en varias ocasiones hacen referencia a su artículo 9.2 que señala:

The Arbitral Tribunal shall, at the request of a Party or on its own motion, exclude from evidence or production any document, statement, oral testimony or inspection for any of the following reasons:

- (a) lack of sufficient relevance or materiality;
- (b) legal impediment or privilege under the legal or ethical rules determined by the Arbitral Tribunal to be applicable;
- (c) unreasonable burden to produce the requested evidence;
- (d) loss or destruction of the document that has been reasonably shown to have occurred;
- (e) grounds of commercial or technical confidentiality that the Arbitral Tribunal determines to be compelling;
- (f) grounds of special political or institutional sensitivity (including evidence that has been classified as secret by a government or a public international institution) that the Arbitral Tribunal determines to be compelling; or
- (g) considerations of fairness or equality of the Parties that the Arbitral Tribunal determines to be compelling.

Como puede verse el objetivo de las Reglas IBA es que mediante las pruebas el tribunal arbitral se pueda no dar una idea, sino conocer a fondo qué pasó. Mucho se ha hablado de las ventajas del arbitraje⁴¹ pero sin

40 También se recomienda ver el documento de ICC sobre peritos.

41 Véase www.camex.com.mx. El Centro de Arbitraje de México (CAM) señala que: Rapidez es el procedimiento arbitral es más expedito que el judicial y el laudo arbitral no está sujeto al recurso de apelación.

Certidumbre: el laudo arbitral tiene la misma fuerza legal que una sentencia judicial y, conforme a la Convención de Nueva York de 1958, es susceptible de ejecución en el extranjero.

Especialización: los árbitros designados por el CAM son especialistas en el tipo de controversia sometida a su consideración.

Independencia e imparcialidad: tanto el CAM como los árbitros que designa actúan de manera independiente e imparcial.

Confidencialidad: todos los procedimientos arbitrales administrados por el CAM son totalmente confidenciales.

Costo: la rapidez y certidumbre hacen del arbitraje un procedimiento más económico que el judicial.

duda alguna una de las mayores es que se espera que el tribunal arbitral le dedique el tiempo necesario (pero no ilimitado)⁴² a conocer del asunto. El contar con árbitros especialistas en la materia, con tiempo y altos valores éticos brinda una herramienta para poder solucionar los conflictos de la mejor manera.

Si a un abogado o árbitro formado en la tradición jurídica de la *civil law* se pusiera en sus manos las *Federal Rules of Evidence* de los Estados le llamaría la atención que no se establezcan plazos, estaría petrificado de la importancia que se le da al *Hearsay* (versión muy corregida y aumentada de los testigos de oídas). Es notorio y en numerosas ocasiones mencionado que se está presentando una “litigiosidad” en los procedimientos de arbitraje. Cada vez son más los despachos multinacionales de abogados que tratan de americanizar el arbitraje. Un buen árbitro sabe identificar y frenar a tiempo cualquier imposición cultural que pueda afectar el trato igual a las partes para que puedan presentar adecuadamente su caso.

Ante la evidente diferencia en los procedimientos que se siguen en los litigios en las diferentes tradiciones jurídicas es indispensable contar con profesionales que tengan una mentalidad tan versátil y adaptable a demandas de un senegalés o de un australiano. El contar con árbitros —verdaderos pretores peregrinos— que puedan entender y atender la controversia en el lugar en que se lleve a cabo el procedimiento. No basta la nacionalidad, el idioma, la residencia, para poder estar en aptitud de comprender el entorno en el que se desarrolla la controversia. En muchas ocasiones las partes requieren acudir al arbitraje porque la interpretación de determinada cláusula del contrato es entendida de forma diversa, o porque en un contrato de larga duración no se previó el problema que se ha suscitado. Un árbitro debe llegar a conocer los factores que afectan la relación comercial entre las partes más allá que la simple apreciación que pudiera tener de los hechos un turista. Tiempo, experiencia, conocimientos, talento y virtud eran exigidos a los “druidas” de la antigüedad, hoy en este nuevo siglo de globalización con mayor razón se buscan esas características en el árbitro. Al ser difícil encontrar en una sola persona tales características, las instituciones arbitrales, los Estados, las asociacio-

Eficacia: la eficacia del procedimiento arbitral conduce frecuentemente a las partes a resolver su controversia por la vía amigable, antes de que se dicte un laudo.

42 No faltan litigantes, que por cobrar por hora, exigen audiencias de meses completos o presentan una lista innumerable de testigos que simplemente repiten lo que pudo haber sido dicho por otros.

nes profesionales, y organismos internacionales se han visto obligados a dictar reglas, normas, guías, códigos de conducta, etcétera, que restan flexibilidad al arbitraje pero otorgan una cierta seguridad y previsibilidad jurídica.

El mejor ejemplo de lo anterior son los Principios y Reglas de Procedimiento Civil Transnacional del American Law Institute (ALI) y del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit)⁴³ ciertas disposiciones relativas al “Discovery” o “Revelación” (*Disclosure*) y otras reglas relativas al ofrecimiento, admisibilidad, desahogo y valoración de pruebas. En este trabajo nos avocaremos a los artículos 20 a 30 de las ILA/Unidroit.

Si existe un área donde existen notorias diferencias entre la tradición jurídica del *civil law* y la del *common law* es sin lugar a dudas la relativa a normas procesales.

Most commonly cited differences that influence the expectations are:

- a) Whether the proceedings are oral or in writing;
- b) Discovery and pre-hearing procedure;
- c) Treatment of other witnesses, specifically parties and cross-examination; and
- d) Record keeping.

Sin embargo, aunque es muy difícil que un abogado formado en una tradición jurídica se familiarice con normas procedimentales de otra tradición, el dinamismo de los negocios internacionales que permite un intercambio de bienes y servicios con gran facilidad ha propiciado que en el arbitraje comercial internacional se desarrolle cierto “estilo” de procedimiento que se funda por una parte en el prestigio personal, y autoridad que tienen los árbitros y por otra en la flexibilidad que les otorgan las reglas de procedimiento de las instituciones que administran dichos arbitrajes internacionales.

El dinero busca sus propias rutas —como maleza que llega a ocultar las más bellas joyas arqueológicas convirtiéndola en absoluta selva— como decía Erasmo en el *Elogio a la locura*, no va en busca del lugar más seguro donde se reproduzca en el tiempo razonable, busca tomar

43 En lo sucesivo y con el único propósito de facilitar la lectura nos referiremos como ALI/Unidroit P&R.

riesgos medidos y sabe que las grandes ganancias están donde hace sentido de negocios, rara vez el sistema legal es un obstáculo, de hecho los grandes despachos de abogados viven muy bien de proporcionarles a los inversionistas medios para vencer los obstáculos legales que se presentan.

Lo anterior también es apreciable en las decisiones de los paneles del capítulo XIX del TLCAN donde un tribunal de cinco panelistas aplican conceptos que suelen ser interpretados en forma diferente en los diversos sistemas jurídicos, por ejemplo el concepto de “derecho natural” en derecho canadiense y en derecho mexicano. El debido proceso legal (*due process*) que significa algo muy concreto para los americanos, en México se le ha asimilado a las garantías constitucionales y por ende incluye un excesivo formalismo para llevar a cabo las visitas domiciliarias, para realizar una investigación de Dumping, en cambio, en los Estados Unidos no es necesario satisfacer todos los requisitos que la legislación y jurisprudencia fiscal mexicana ha establecido en la materia.

Ante este escenario, viendo que los jueces aplican el derecho como lo conocen, lleva a muchos inversionistas a preferir no litigar el asunto, muchas veces se consuelan con el argumento que más “vale un mal arreglo que un buen pleito”.

En un caso en que Calmark, una sociedad americana pagó una cantidad muy baja por un gran terrero en Cabo San Lucas, los vendedores al parecer se arrepintieron y constituyeron un fideicomiso, la empresa americana, en virtud de que parte del precio ya había sido pagado, contratan a un despacho de abogados para tramitar la nulidad del fideicomiso. La empresa americana, si no desaparece por lo menos se encuentra en suspensión de actividades. Los abogados del despacho que representaba a Calmark se separan. Se llevan el expediente, donde ya aparecía que el juez de Tijuana había declarado la nulidad, y el asunto se había apelado. Los abogados ceden los derechos litigiosos a un tercero a cambio de una suma considerablemente mayor a la pagada, para entonces Cabo San Lucas ya se había convertido en todo un desarrollo turístico. Los abogados se quedan con los fondos. El socio del despacho antes de la separación, con el fin de llegar a cobrar sus honorarios se entera que sus antiguos socios habían hecho una fortuna para fines personales. Lo pone de conocimiento de Calmark y se inician procedimientos civiles y penales en contra de los abogados. Los jueces locales al parecer no continuaron el procedimiento penal por abuso de confianza y el socio del despacho presenta ante la Secretaría de Economía un aviso de intención de acudir al

arbitraje, con fundamento en el capítulo XI del TLCAN. El arbitraje no continuó porque el cliente Calmark ya no quiso pagar más honorarios legales.⁴⁴

V. CONSIDERACIONES FINALES

El litigio transnacional en muchas ocasiones se reduce a otorgar el trato de nacional a quien no lo es, pero el juzgador, las reglas de procedimiento y su contraparte juegan con mayor familiaridad. Para que exista justicia, por lo menos es de esperarse que las partes tengan la misma posibilidad de argumentar su caso, sin lugar a duda el arbitraje responde mejor a las exigencias del comercio internacional.

El litigio es una guerra, el arbitraje es un estilo de guerra pero en todos los tiempos siempre ha habido caballeros. El buen arbitraje solo funciona entre verdaderos caballeros. Frente al creciente número de triquiñuelas procesales y ante la necesidad de contar con un medio de solucionar las controversias internacionales, se hace imprescindible cobrar conciencia de la importancia de reducir los recursos financieros y de tiempo en obtener justicia más allá de los confines de un país. La complejidad de los negocios internacionales paradójicamente reclama una mayor flexibilidad en el juzgador.

El orden público y las obligaciones irrenunciables del derecho aplicable hacen que sea necesario volver a revalorar los alcances del término “soberanía” que a finales del siglo XX fue tan criticado y acusado de mito y freno al desarrollo económico que la apertura comercial a mercados globales exigía. Hoy en día vivimos —aun— dentro de un verdadero espíritu maniqueo entre la “revalorización del concepto de soberanía” y “la continuación de los modelos liberalizadores de mercados”. Este espíritu es el que está impregnando a la política cada vez más. Así, encontramos fuerzas centrífugas y fuerzas centrípetas dentro de las mismas unidades políticas y bloques comerciales. Por una parte se quiere una plena libertad de mercado y después se añora la soberanía e independencia. Pareciera que más que por sed de certeza jurídica por una nostálgica remembranza de ideales nacionalistas.

Para terminar me gustaría citar las reflexiones iniciales del Fausto:

44 http://www.economia-Snci.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_contro/consulta/Casos_Mexico/Calmark/documentos_basicos/aviso_de_intencion.pdf.

He aquí por qué me he dado a la magia, a ver si por virtud de la fuerza de *Espiritus y Palabras* me son revelados ciertos misterios, me veo libre de tener que seguir enseñando a costa de muy amargos sudores, lo que no sé, y yo mismo llego a conocer lo que encierra el mundo en sus entrañas, a poder contemplar el espectáculo de las fuerzas activas y germinadoras y *a no andar más traficando con palabras vacías*.

Resulta inútil recomendar una metodología única y verdadera para el litigio transnacional pues la esencia para la solución de las controversias internacionales requiere acción, hechos, trabajo arduo y esfuerzo constante. Elementos que distinguen al buen abogado del que se refugia en sus pueblerinas leyes de procedimientos civiles. El arbitraje internacional no es para quien se esconde de la verdad de los hechos. El arbitraje requiere valentía y apertura de espíritu. Apertura que no radica en un instante de voluntad sino en la constante búsqueda por superar las barreras construidas por la natural diversidad entre los hombres de distintas latitudes. Para solucionar una controversia se requiere impartir justicia, distinguiendo lo que es distinto, por eso el *buen* árbitro sabe dar a cada uno lo suyo.