

La influencia del *common law* y el derecho estadounidense en la práctica y reglas sobre evidencia testimonial en el arbitraje internacional

Katie L. Gonzalez* y Bruno Doig-Gonzales-Otoya**

Principia No. 9–2023 pp. 45–72

Resumen: El arbitraje internacional, por su propia naturaleza, brinda un foro alternativo para resolver disputas fuera del contexto del proceso en las cortes nacionales. El arbitraje no se ha desarrollado en el vacío, separado y alejado de las influencias de las diferentes tradiciones jurídicas alrededor del mundo. El énfasis del arbitraje en la autonomía de las partes y la flexibilidad procedimental permite a las partes seleccionar y dar forma a un proceso ajustado a las eficiencias y la administración justa de su caso. Sin perjuicio de ello, existe una innegable incorporación general de conceptos del *common law*—particularmente de la tradición jurídica y la práctica de los Estados Unidos— en el proceso del arbitraje internacional. Su influencia es quizás más significativa en la esfera de la evidencia testimonial. Desde la producción de documentos (conocida como *discovery*) en la fase inicial de un arbitraje hasta el interrogatorio cruzado de testigos en la audiencia final de méritos, el estilo y la práctica estadounidenses han permeado muchos aspectos del procedimiento arbitral internacional. Este artículo investiga dicha influencia y compara los principales principios y prácticas sobre evidencia testimonial para evaluar su real impacto.

Abstract: International arbitration, by its very nature, provides an alternative forum for resolving disputes outside of the context of any national court proceedings. Arbitration has not developed in a vacuum, separate and apart from the influences of the different legal traditions in jurisdictions around the world. Arbitration’s emphasis on party autonomy and procedural flexibility allows parties to select and shape a process that is tailored to the efficient and fair administration of their case. Notwithstanding this, there has been an undeniable incorporation of common law concepts – particularly from the U.S. legal tradition and practice – into the process of international arbitration as a whole. This influence is perhaps most significantly felt in the realm of witness evidence. From document disclosure (known as “discovery”) during the early stages of an arbitration to the cross-examination of witnesses at the final merits hearing, U.S. style and practice has permeated many aspects of the international arbitration procedure.

* Katie L. Gonzalez es Asociada es Abogado Internacional en el grupo de Litigación y Arbitraje de Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP en New York

** Bruno Doig-Gonzales-Otoya es Abogado Internacional en el grupo de Litigación y Arbitraje de Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP en New York

This article investigates those influences and compares the main principles and practices pertaining to witness evidence to assess its real impact.

Palabras Claves: Arbitraje | Evidencia | Derecho común | Derecho civil | Derecho comparado

Keywords: Arbitration | Evidence | Common law | Civil law | Comparative law

Sumario: I. Introducción, II. Confluencia de culturas y tradiciones jurídicas en el arbitraje internacional, A. Prácticas del *common law*, 1. Prueba testimonial, 2. Producción de documentos, B. Prácticas del *civil law*, 1. Presentaciones escritas extensas, 2. Producción limitada de documentos, C. *Soft law* como ejercicio de balance y compromiso, III. Adopciones y rechazos de reglas sobre evidencia testimonial del *common law* y el derecho estadounidense, A. Principios universales, B. Adopciones, 1. Adopción y sospecha sobre la preparación de testigos, 2. Adopción del interrogatorio, C. Rechazos y cuasi rechazos, 1. Cuasi rechazo de límites a la competencia para testificar, 2. Rechazo de las disposiciones, 3. Rechazo a la necesidad de autenticar evidencia, 4. Rechazo de límites a la *hearsay evidence*, 5. Rechazo de límites al *character evidence*, 6. Rechazo al perjuicio injusto, D. Incertidumbre sobre el privilegio, IV. Conclusiones

I. Introducción

“The American Influence of International Arbitration.”¹ “Is International Arbitration Becoming Too American?”² “Americanization of International Arbitration and Vice Versa.”³ Estos son titulares de publicaciones recientes, que demuestran el persistente interés de la comunidad arbitral por la influencia de otras tradiciones jurídicas y, en particular, por las leyes y la práctica de los Estados Unidos.

Pero la discusión sobre la influencia de las leyes y la práctica estadounidenses no es un mero ejercicio académico. La incorporación del procedimiento estadounidense tiene un impacto muy real y práctico en el procedimiento arbitral, especialmente en lo que se refiere a la evi-

dencia testimonial. Aunque el arbitraje internacional –que ocurre fuera de las cortes nacionales– nunca ha estado exento de la influencia y las preferencias de los abogados locales. La adopción de muchas prácticas estadounidenses relacionadas con la producción de documentos y el interrogatorio de testigos, por ejemplo, puede tener un impacto significativo en la conducta de las partes a lo largo del arbitraje, en los costes asociados a la resolución de un caso y en el laudo final del tribunal.

Este artículo compara los principales estándares sobre evidencia testimonial que se aplican en el arbitraje internacional actual frente a las reglas y la práctica estadounidenses para analizar de qué manera específica se manifiesta la influencia norteamericana en las reglas que se usan

¹ Roger P. Alford, “The American Influence on International Arbitration,” *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 19, no. 1 (2003), pp. 69-88.

² Von Mehren, George M., and Alana C. Jochum, “Is International Arbitration Becoming Too American.” *Global Bus. L. Rev.* 2 (2011): 47.

³ Fazzi, Cindy, “Americanization of International Arbitration and Vice Versa.” *Dispute Resolution Journal* 62, no. 2 (2007): 89.

en el arbitraje. Comprender esta influencia resulta de suma importancia en una disciplina que requiere a sus profesionales adaptación rápida a un entorno internacional y la aplicación de leyes de distintas jurisdicciones.

En el primer capítulo presentamos las líneas generales de la confluencia de culturas y tradiciones jurídicas en el arbitraje internacional, particularmente qué aspectos propios del *common law* y del *civil law* han sido adoptados y adaptados en el arbitraje. En el segundo capítulo nos referimos en particular a las adopciones y rechazos específicos de las reglas sobre evidencia testimonial del sistema norteamericano. Por último, concluimos con reflexiones sobre el impacto que el *common law* las leyes y prácticas de los Estados Unidos van a tener en el proceso del arbitraje internacional en el futuro.

II. Confluencia de culturas y tradiciones jurídicas en el arbitraje internacional

Con el creciente aumento del arbitraje internacional como mecanismo preferido de resolución de disputas tanto para casos comerciales y para disputas inversor-Estado, también existe el escrutinio de la influencia externa de otros sistemas jurídicos en el proceso de arbitraje⁴. En esta sección exploramos cómo es que

tanto el derecho anglosajón como el derecho europeo continental interactúan transversalmente en todas las fases de un caso. Para ello, *primero*, identificamos cuáles son los espacios en los que se ha impuesto la práctica del *common law*. *Segundo*, identificamos cuáles son los espacios en los que se ha impuesto la práctica del *civil law* o derecho europeo continental. *Finalmente*, cerramos el capítulo con referencia a estándares desarrollados por instituciones internacionales con la finalidad de brindar un balance frente al conflicto de tradiciones.

Como prolegómeno, es necesario precisar que la distinción entre la tradición de *common law* y la tradición del derecho europeo continental es una abstracción. Hoy en día no hay propiamente una jurisdicción que posea de forma pura todas las características que normalmente se atribuyen a una u otra tradición⁵. Sin embargo, la clasificación aún resulta pertinente para identificar la lógica y el origen de las reglas o grupo de prácticas.

Por un lado, al *common law* se atribuye la naturaleza adversarial del proceso, en el que las partes son las que tienen primordialmente la iniciativa del proceso. La contraposición de las posturas será la que permitirá al juzgador de los hechos descubrir la verdad. El juez tiene un rol

⁴ Ver Roger P. Alford, "The American Influence on International Arbitration," *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 19, no. 1 (2003): 69-88; Pieter Sanders et al., "Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration," in *ICCA Congress Series*, Volume 3, ed. Pieter Sanders (New York: Kluwer Law International, 1987), 171.

⁵ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration (Third Edition)*, (Kluwer Law International, 2021), § 15; Richard A. Posner, "An Economic Approach to the Law of Evidence," *Stan. L. Rev.* 51 (1999): 1477.

pasivo. Asimismo, es un proceso en que prima la oralidad. Por otro lado, al *civil law* se le atribuye una naturaleza inquisitiva. El juez es el que dirige el proceso y el que busca activamente la verdad. Finalmente, es un proceso en el que priman los documentos escritos⁶.

A. Prácticas del *common law*

En este acápite, nos referiremos a las prácticas que tradicionalmente se identifican como del derecho inglés y norteamericano como el uso de la prueba testimonial, la preparación de testigos, la práctica del interrogatorio, y la producción de documentos.

1. Prueba testimonial

La oralidad del proceso y la preeminencia de la prueba testimonial es una de las diferencias tradicionales entre el proceso del *common law* y el proceso del *civil law*⁷. En el paradigma norteamericano, los hechos son establecidos a partir del testimonio de las personas que los presenciaron. Los testigos incluso declaran sobre la autenticidad de los documentos que son aportados ante la corte.

En la tradición norteamericana, el uso de la prueba testimonial se sostiene en, hasta, cuatro pilares: la percepción, la

memoria, la narración, y la sinceridad del testigo⁸. Las reglas de evidencia testimonial se amoldan para preservar dichos pilares. Precisamente, el proceso norteamericano está diseñado para ello.

El testigo debe prestar juramento frente al juez y prometer que dirá la verdad. Luego, declarará en la presencia del juzgador de los hechos, sea el jurado o el juez, quien podrá evaluar la veracidad y el peso de lo declarado. Por otro lado, el testigo estará sujeto en el estrado al contrainterrogatorio de los abogados, quienes contrastarán la consistencia interna y externa del testimonio.

En el proceso civil estadounidense, la prueba testimonial puede aparecer a lo largo del proceso. Las partes pueden presentar una declaración escrita denominada *affidavit* o *declaration* que contiene un testimonio bajo juramento⁹.

Durante la fase denominada *discovery* las partes se solicitan mutuamente pruebas para determinar los hechos¹⁰. Esto incluye no solo la producción de documentos, sino las deposiciones en las que se plantean preguntas que deberán ser contestadas por un testigo antes del juicio¹¹. Si la controversia llega a una etapa de juicio, los abogados podrán interro-

⁶ Posner, "An Economic Approach," 1477; Alford, "The American Influence," 69-88.

⁷ Posner, "An Economic Approach," 1477; Sanders et al., "Comparative Arbitration," 171.

⁸ Notes of Advisory Committee on Proposed Rules ("The factors to be considered in evaluating the testimony of a witness are perception, memory, and narration... Sometimes a fourth is added, sincerity, but in fact it seems merely to be an aspect of the three already mentioned.") (citas internas omitidas).

⁹ Black's Law Dictionary. 11th ed. 2019, s.v. "affidavit," "declaration."

¹⁰ Fed. R. Civ. P. 26-37.

¹¹ Fed. R. Civ. P. 26(a)(3); Black's Law Dictionary. 11th ed. 2019, s.v. "deposition."

gar a los testigos frente al juzgador de los hechos, que podrá ser el juez o el jurado¹².

El arbitraje internacional ha adoptado en gran medida esta práctica de la prueba testimonial¹³. En un proceso usual, el arbitraje inicia con la solicitud de arbitraje, que se trata de un escrito muy simple, a veces acompañado de pruebas documentales generales.

Una vez conformado el tribunal arbitral, se procederá a la fase de escritos, en la que las partes, usualmente, presentarán declaraciones escritas de testigos. Si hay nuevas rondas escritas, usualmente se acompañarán nuevas declaraciones, a veces de réplica a lo declarado por otros testigos.

Finalmente, las partes llamarán a los testigos que desean contrainterrogar en la audiencia de actuación de pruebas. En ella, los testigos serán sometidos a las preguntas de los abogados y, ocasionalmente, del tribunal. En algunos casos, la valoración del testimonio puede definir el resultado final del caso.

2. Producción de documentos

Como indicamos, una de las técnicas de *discovery* habituales en los Estados Unidos es la solicitud de producción de documentos, conjuntamente con las deposiciones de testigos, los interrogatorios escritos, entre otros¹⁴. En los juicios norteamericanos se pueden producir millones de documentos bajo un estándar de relevancia bastante permisivo o liberal.

Los abogados y las partes están forzados a colaborar por las reglas de práctica profesional, así como por las sanciones de faltar a una orden judicial de producir documentos.

En el arbitraje, se ha impuesto la práctica de la producción de documentos¹⁵. Para ello, se suele usar tablas –la más conocida es la tabla de Redfern¹⁶– que ordenen los múltiples pedidos, las objeciones planteadas por la contraparte y la decisión del tribunal.

En caso que existan documentos privilegiados, así como en el *common law*, se proporciona la información no-privilegiada que permita identificar los documentos en una tabla de privilegio o *privi-*

¹² Fed. R. Civ. P. 38-53.

¹³ Ver, generalmente, Born, *International Commercial*, § 15; Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration (Seventh Edition)* (Oxford; New York: Oxford University Press, 2023), § 6; Tobias Zuberbühler et al., *IBA Rules of Evidence: Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (Second Edition)* (Zurich: Schulthess Juristische Medien AG, 2022), 108-11; Ragnar Harbst, “Chapter 10: Witnesses,” in *Handbook of Evidence in International Commercial Arbitration: Key Concepts and Issues*, ed. Franco Ferrari and Friedrich Jakob Rosenfeld (Kluwer Law International, 2022), 229-46.

¹⁴ Ver Fed. R. Civ. P. 26-37.

¹⁵ Reglas IBA, artículo 3.

¹⁶ Born, *International Commercial*, § ([16][3][a][ii][1]).

lege log: El tribunal decidirá si la información es realmente privilegiada.

El incumplimiento de la producción de documentos mandada por el tribunal puede conllevar a criterio del tribunal a inferencias negativas con respecto a los hechos que los documentos no presentados buscaban probar.

Si bien la producción de documentos ya forma parte del estándar del arbitraje internacional, existe insatisfacción en el mercado¹⁷. Las razones principales son los altos costos que involucra la producción de documentos debido a las horas invertidas por los abogados que revisan los documentos; así como las pocas probabilidades de obtener documentos que sean realmente materiales para decidir el caso.

B. Prácticas del *civil law*

En este acápite nos referiremos a las características y prácticas del arbitraje internacional que generalmente se atribuyen al *civil law*. Estas son, particularmente, las presentaciones escritas extensas, la limitación a la producción de documentos y la limitación del rol de la prueba testimonial.

1. Presentaciones escritas extensas

En el *civil law* predomina el ideal de que el derecho puede determinarse puramente bajo la lógica y la razón y en base al método científico. En ese sentido, no resulta necesario presentaciones orales extensas que redundarían en lo que ya se encuentra en el expediente. El juez decidirá sobre la base de los escritos de las partes y la documentación del caso¹⁸.

En el arbitraje internacional, si bien hay un énfasis importante en la oralidad, con el interrogatorio de testigos y alegatos orales de apertura y a veces de cierre, las presentaciones escritas son muy importantes¹⁹.

Las partes presentan extensos memoriales en sucesivas rondas de escritos. Generalmente, el arbitraje comienza con una petición de arbitraje y una respuesta escrita, aunque ello varía según las reglas pactadas.

Las partes plantean resumidamente su caso. Luego de constituido el tribunal, las partes presentarán memoriales sobre la jurisdicción y los méritos con una declaración completa de su caso, incluyendo la presentación de todos los documentos en los que se basan para sustentar sus pretensiones y defensas. Las pre-

¹⁷ White & Case, “2021 International Arbitration Survey Report: Adapting arbitration to a changing world,” Queen Mary University of London, last accessed December 8, 2023, https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf.

¹⁸ Born, *International Commercial*, § 15; Posner, “An Economic Approach,” 1477.

¹⁹ Born, *International Commercial*, § 15; Blackaby et al., Redfern and Hunter, § 6.

sentaciones pueden llegar a los cientos de páginas en las controversias más complejas e ir acompañadas de hasta miles de pruebas documentales y legales que sustentarán cada una de las afirmaciones.

En muchos casos las partes deciden tener dos rondas de presentaciones escritas y posteriormente a la audiencia una o dos rondas de escritos finales. Los tribunales arbitrales suelen basarse largamente en las presentaciones escritas y otorgar mayor preponderancia a la prueba documental para sustentar sus decisiones.

2. Producción limitada de documentos

En el modelo del *civil law* no suelen ocurrir solicitudes mutuas de producción de documentos. Las partes deben presentar los documentos en los que se basan sus pretensiones con sus escritos. En ese sentido, la influencia del *civil law* en cuanto a la producción de documentos se manifiesta en la imposición de límites respecto a la versión del proceso civil anglosajón.

En el arbitraje internacional, la parte solicitante debe presentar un pedido concreto y específico, sea de un documento identificado, o de categorías limitadas y específicas de documentos²⁰. Asimismo, debe demostrar la relevancia y materialidad de su pedido, que la otra parte tiene

posesión y control de los mismos. Por su parte, los pedidos pueden ser objetados por razones de privilegio, inexistencia o falta de posesión y control, así como por excesiva onerosidad. En comparación con las solicitudes de producción de documentos que ocurre en el proceso civil anglosajón, el arbitraje internacional, incluso en arbitrajes con sede en, o sujetos a la ley de, Estados Unidos, limita el alcance de lo que es posible pedir y eleva la carga de la prueba de la procedencia del pedido para el solicitante.

C. *Soft law como ejercicio de balance y compromiso*

En respuesta a la incertidumbre que genera la amplia discrecionalidad que tienen los tribunales arbitrales para determinar las reglas procesales aplicables en defecto del acuerdo de las partes, la International Bar Association (IBA) ha contribuido a codificar las prácticas estándar sobre evidencia en el arbitraje internacional²¹.

Las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (en adelante, “Reglas IBA”) se volvieron rápidamente en un referente para solucionar diversas cuestiones sobre admisibilidad de evidencia. La IBA buscó establecer un marco que pueda ser aceptable y balanceado tanto para abogados con formación del *civil law* como aquellos con

²⁰ Reglas IBA, artículos 3, 9.

²¹ Roman Mikhailovich Khodykin, et al., “1. Provenance and Development of the IBA Rules on Evidence,” in *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, (Oxford: Oxford University Press, 2019), 1-9.

formación del *common law*. En ese sentido, adopta una versión balanceada de las diversas prácticas arriba señaladas, entre otras.

Las Reglas IBA buscan cerrar la brecha entre el *common law* y el *civil law* en cuanto a prácticas como la solicitud y producción de documentos, la evidencia testimonial, entre otras²².

Recientemente, un grupo de abogados del *civil law* propusieron un nuevo instrumento de *soft law* denominado las Reglas de Praga²³, que incluye una serie de reglas procedimentales cuyo espíritu es dar mayor importancia a la tradición del *civil law* que las Reglas IBA, las cuales estarían desbalanceadas dando mayor preferencia al *common law*²⁴. Estas reglas han generado controversia, siendo que algunos condenan el ejercicio, mientras que otros señalan que no existe mayor diferencia frente a las Reglas IBA²⁵.

Lo cierto es que tanto las Reglas IBA, como las Reglas de Praga son simple-

mente guías para las partes y los tribunales, en quienes reposan finalmente los acuerdos y decisiones procedimentales. Ambas reglas permiten un proceso más adversarial, con preponderancia de prueba testimonial y amplia producción de documentos, como un proceso más inquisitivo, con preponderancia de la prueba documental y nula o limitada producción de documentos. Ambos instrumentos dejan amplia discrecionalidad y flexibilidad a las partes para adoptar las reglas que sean más adecuadas a su disputa.

III. Adopciones y rechazos de reglas sobre evidencia testimonial del *common law* y el derecho estadounidense

Habiendo sentado el panorama general de la influencia del *common law* del *civil law* en el arbitraje en general, en este capítulo nos concentramos más a detalle en cuestiones específicas sobre prueba testimonial. El propósito es comparar

²² Zuberbühler, et al., "Preamble," in *IBA Rules of Evidence: Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (Second Edition)* (Zurich: Schulthess Juristische Medien AG, 2022), 1-9.

²³ Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga).

²⁴ Javin-Fisher, Robert and Erika Saluzzo, *Prague rules on evidence in international arbitration: a viable alternative to the IBA rules*, (Prague: Humphries Kerstetter, 2019), <https://praguerules.com/upload/iblock/587/5872685539bddec7618083e020f6ff93.pdf>.

²⁵ Born, International Commercial, § [16][3][a][ii][2]; Duarte Gorgão Henriques, "The Prague Rules: Competitor, Alternative or Addition to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration?", in *ASA Bulletin*, ed. Matthias Scherer (Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International, 2018), 351-63; Rekha Rangachari and Kabir Duggal, "Different but similar? Comparing the IBA Rules on the taking of evidence with the Prague Rules," in *Arbitration International*, ed. William W. Park (Oxford: Oxford University Press, 2021), 631-51; Michael McIlwrath, "The Prague Rules: The Real Cultural War Isn't Over Civil vs Common Law," Kluwer Arbitration Blog, last accessed December 8, 2023, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/12/12/the-prague-rules-the-real-cultural-war-isnt-over-civil-vs-common-law/>.

qué reglas estadounidenses se encuentran reflejadas en el arbitraje internacional y cuáles han sido rechazadas.

Así, primero nos referimos a los principios universales independientes de la tradición jurídica. Segundo, presentamos las prácticas que han sido adoptadas del derecho anglosajón. Tercero, identificamos los rechazos a la práctica norteamericana. Finalmente, nos referimos a la incertidumbre que opera en el plano del privilegio.

A. Principios universales

Más allá de las diferencias, tanto el *common law* como el *civil law* coinciden en

que, más allá de las reglas particulares y especificidades, ciertos principios básicos deben respetarse de modo que el proceso sirva para resolver con justicia las controversias de fondo. De la tradición anglosajona proviene el debido proceso y de la tradición europea continental proviene la tutela jurisdiccional efectiva²⁶. Más allá de las denominaciones y del contexto en el que se originan, la igualdad de armas²⁷, la libertad de presentar el caso²⁸, así como la eficiencia y

²⁶ María Cristina Chiabra Valera, “El Debido proceso legal y la Tutela jurisdiccional efectiva: más similitudes que diferencias” *Foro jurídico*, no. 11 (2010): 67-74, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18575/18815>.

²⁷ Ley Modelo CNUDMI, artículo 18 (“Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.”); Reglas de Arbitraje CNUDMI 2021, artículo 17(1), (“Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que en cada etapa del procedimiento se dé a cada una de las partes una oportunidad razonable de hacer valer sus derechos...”); United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, (New York: United Nations, 2012), 98, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mal-digest-2012-e.pdf>. (“This principle extends to both evidence and submissions on the facts and on the law. According to a court decision, the principle is complied with where: each party is afforded a reasonable opportunity to fully state its case; each party is given an opportunity to understand, test and rebut its opponent’s case; if there are hearings, proper notice is given thereof, and the parties and their advisers have the opportunity to be present throughout the hearings; and each party is given reasonable opportunity to present evidence and argument in support of its own case”).

²⁸ Naciones Unidas, *Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras* (Nueva York, Naciones Unidas, 1958), artículo V(1)(b), <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>. (“Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:... Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa “); Ley Modelo CNUDMI, artículo 18; Reglas de Arbitraje CNUDMI 2021, artículo 17(1); Born, *International Commercial*, §15.04[B][2] (“In the United States, courts considering the fairness of international arbitral proceedings have applied, by analogy, the U.S. constitutional requirement of due process, applicable to U.S. judicial and administrative proceedings. The due process clause of the U.S. Constitution guarantees ‘an opportunity to be heard ‘at a meaningful time and in a meaningful manner.’”).

celeridad²⁹ en la solución de la disputa son principios comunes y forman parte también del arbitraje.

En efecto, en base a la igualdad de armas, ambas partes deben tener las mismas oportunidades de ofrecer testigos y expertos, deben tener la misma oportunidad de llamar testigos a contrainterrogatorio, así como la misma oportunidad de contrainterrogar y objetar a preguntas

indebidas³⁰. Por otro lado, ambas partes tienen la libertad de decidir la forma en que llevarán su defensa y presentarán su caso. Cada parte podrá decidir qué testigos y expertos presentar al tribunal, cómo organizar y formular su interrogatorio, así como cuánto tiempo asignar a cada interrogatorio³¹. El tribunal debe garantizar ambos principios, pero también debe salvaguardar la eficiencia y la

²⁹ Reglas de Arbitraje CNUDMI 2021, artículo 17(1) (“En el ejercicio de su discrecionalidad, el tribunal arbitral dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz del litigio entre las partes”); *S. D. Myers Inc. v. Government of Canada*, (UNCITRAL) Procedural Order No. 18, 26 Feb. 2001, at 11 (“it is the duty of this Tribunal to both of the Disputing Parties to determine the disputes between them as expeditiously and efficiently as practicable”); Blackaby et al., *Redfern and Hunter*, §6.02 (“It must also take into account the provisions of the international conventions on arbitration, which aim to ensure that arbitral proceedings are conducted fairly, and the tribunal’s own view of how the procedure can be conducted most efficiently.”).

³⁰ Cfr. Born, *International Commercial*, §15.04[B][2] (“Despite its universal application, the guarantee of equal treatment must be applied with care. The fact that the arbitral tribunal conducts the arbitral hearings at a location that is closer (in terms of geographic distance) to one party than the other does not implicate equal treatment; the same is true if the arbitral tribunal conducts the arbitration in a language that is the official language of one party’s home state (and not the other party’s). On the other hand, a party may be denied equal treatment if it was denied the right to counsel (or counsel of its choice), while its counter-party was not; if it was permitted five days to prepare its written submissions, while its counter-party was granted five weeks; if it was permitted to offer testimony from only three witnesses, while its counter-party was permitted to offer testimony from thirteen witnesses; or if it was subject to a ten-page limit, while its counter-party was permitted to submit a twenty-five-page Memorial.”).

³¹ Cfr. Born, *International Commercial*, §15.04[B][3] (“The procedural protections contemplated by the right to be heard in international arbitration consist of: (a) adequate notice of the proceedings, including notice of the major steps in arbitration; (b) adequate notice of the claims, evidence and legal arguments of other parties to the arbitration; (c) representation by counsel of the party’s choice (except where specifically waived); (d) adequate time to present a party’s claims or defenses, evidence and legal arguments, including, in most cases, at an oral evidentiary hearing in the presence of the arbitral tribunal; (e) adequate time to prepare claims or defenses, evidence and legal arguments, including responses to the claims or defenses, evidence and legal arguments of other parties to the arbitration; (f) an impartial and independent tribunal; (g) a decision based on the evidence and legal arguments submitted by the parties, and not upon ex parte communications or the tribunal’s independent factual investigations (except where specifically agreed to the contrary); and (h) protection against ‘surprise’ decisions, not based upon factual or legal grounds that a party had no opportunity to address. Conversely, the right to be heard does not generally include: (a) a substantively correct decision, including a decision choosing and applying the correct substantive law; (b) a reasoned award; (c) arbitral procedures that resemble those of a party’s home jurisdiction; (d) disclosure or discovery; (e) hearings open to the public; (f) advance notice of the contents of the tribunal’s decision and an opportunity to comment thereon; (g) unlimited time to prepare or present a party’s case; (h) a verbatim transcript; (i) a hearing in the physical presence of the tribunal and all witnesses; or (j) financial assistance to ensure that a party has resources equivalent to those of a counter-party to present its case. Although parties not infrequently demand one or more of these procedural protections (and are sometimes granted them by arbitral tribunals), they are not ordinarily regarded as essential to an opportunity to be heard.”).

celeridad del caso. Las partes que deciden ir a arbitraje desean que sus disputas se resuelvan de forma rápida y efectiva. En ese sentido, el tribunal tiene la potestad de fijar tiempos razonables para cada actuación, restringir el número de testigos y peritos que deberán comparecer a una audiencia, redirigir el conainterrogatorio a lo que considere más relevante para resolver, entre otras facultades³².

Por otro lado, resulta particular del arbitraje la flexibilidad de las actuaciones y el rechazo a formalismos que puedan entorpecer una solución efectiva de la disputa de fondo³³. El arbitraje trata de no enfrascarse en reglas procesales muy estrictas que en cualquier momento puedan llevar a la nulidad de lo actuado, impulsando a las partes obstaculizadoras a objetar todo lo posible con el fin de dilatar el proceso. El arbitraje busca incenti-

var un ambiente de colaboración en la solución del conflicto. Como veremos con más detalle a continuación, los árbitros no suelen preocuparse en demasía por reglas de admisibilidad de la evidencia y buscan evitar objeciones que obstaculicen el entendimiento del tribunal sobre el fondo de lo que debe resolver.

Una razón fundamental para esta distinción con respecto al proceso norteamericano es que no hay un jurado de personas comunes y sin necesariamente formación jurídica, que puedan resultar impresionados por evidencia que lógicamente no puede o no debe probar lo que pretende. Las reglas de admisibilidad de la evidencia en muchos casos precisamente buscan escudar al jurado de información impertinente y permitirles decidir en base a la evidencia realmente importante³⁴. En el arbitraje, las partes es-

³² ICC, “Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje” (2da. Ed.), last modified March 16, 2018. <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration-spanish/>.

³³ Blackaby et al., *Redfern and Hunter*, § 6.01 (“An international arbitration may be conducted in many different ways. There are few fixed rules. Institutional and ad hoc rules of arbitration often provide an outline of the various steps to be taken, but detailed regulation of the procedure to be followed is established either by agreement of the parties, or by directions from the arbitral tribunal, or by a combination of the two. The flexibility that this confers on the arbitral process is a reason why parties choose international arbitration over other forms of dispute resolution in international business and trade. The only certainty is that the parties’ counsel should not bring with them the rulebooks from their home courts. The rules of civil procedure that govern proceedings in national courts have no place in arbitrations, unless the parties expressly agree to adopt them.”); Born, *International Commercial*, §15.01[A] (“International arbitration is also designed with the objective of avoiding the formalities and technicalities that are associated with many national litigation systems. International business men and women choose arbitration in order to provide commercially-sensible and practical resolutions to cross-border commercial disputes. This permits – indeed, requires – dispensing with many of the procedural formalities that are designed for domestic litigation involving individual litigants, and instead adopting procedures that will achieve commercially-practicable results.”); Award in AAA Case No. 1310-0417-78 of 4 January 1980, VIII Y.B. Comm. Arb. 166, 168 (1983) (“[A]n arbitration proceeding is not governed by strict evidentiary requirements.”).

³⁴ David P. Leonard et al., *The New Wigmore: A Treatise on Evidence*. Vital Law (2023 Supp. 2010-2020), § 1.2 (“There is more to the distinction, however. The jury’s primary task is to determine facts, and jurors can be expected to be consumed with this task as they listen to the evidence and seek to reach a fair and just verdict. Most often, jurors are laypersons who might not understand or sympathize with the complex

peran que los árbitros evalúen qué evidencia tiene valor o no para determinar un hecho, evitando incidentes cada vez que surja una objeción³⁵.

B. Adopciones

El interrogatorio de testigos es, sin duda, en cuanto a la prueba testimonial, la “americanización” más popular del arbitraje internacional. Ello ha llevado aparejado las prácticas sobre la preparación de testigos. En ambos casos aún existe una conversación dinámica entre culturas y necesidades prácticas. Sin embargo, podemos señalar que hay una clara adopción de esta práctica del *common law* de los Estados Unidos.

1. Adopción y sospecha sobre la preparación de testigos

Las particularidades del proceso civil y de la práctica de la prueba testimonial llevan a la necesidad de que los testigos sean preparados antes de comparecer

ante la contraparte y el juzgador de los hechos. En ese sentido, resulta común en el proceso anglosajón que las partes se reúnan con los testigos que han presentado para familiarizarlos con las reglas aplicables y con la práctica del interrogatorio. En los Estados Unidos es generalmente aceptado discutir de lleno los hechos del caso y las posibles preguntas a las que será sometido³⁶. Finalmente es el deber del propio testigo expresar lo que corresponda a los hechos que presencié y recuerda.

En el arbitraje internacional es generalmente aceptado que los abogados pueden entrevistarse con los testigos para preparar la declaración escrita y para prepararse para la comparecencia en audiencia³⁷. Sin embargo, no existe consenso pleno respecto del estándar específico de preparación y qué puede y qué no puede hacer el abogado. Cuando las partes y sus abogados provienen de distintas tradiciones jurídicas, algunos esti-

exclusionary principles of evidence law. When faced with relevant evidence that would appear to advance their effort to reconstruct the facts, some jurors will naturally use that evidence. Thus, the very task the jurors are required to perform makes at least some of them singularly unsuited to uphold the policies of evidence rules, which may require ignoring relevant evidence under some circumstances. If evidentiary rules that might make certain relevant evidence inadmissible are to be upheld, the judge must therefore be the actor charged with that task.”).

³⁵ *Sylvania Technical Systems, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, IUSCT Case No. 64, Award (Award No. 180-64-1), 27 June 1985, at 5 (“Third, the Respondent has objected on grounds of irrelevance and prejudice to the filing by the Claimant of copies of a number of newspaper and magazine articles submitted as Exhibit 1 in the Claimant’s Documentary Evidence filed on 3 January 1984. The Tribunal finds no need to exclude this evidence. As with any evidence, the Tribunal is able to assess its bearing on the case as well as its evidentiary value.”).

³⁶ Roger S. Haydock & David F. Herr, *Discovery Practice (Eighth Edition)* (Wolters Kluwer Law & Business, 2014), §§ 18.03-18.04 (Eighth Edition, 2023-3 Supp. 2017); Cfr. John S. Applegate, “*Witness Preparation*”, *Tex. L. Rev.* 68, no. 2 (December 1989): 277-352.

³⁷ Reglas IBA, artículo 4(3) (“No será considerado impropio que una Parte, sus directivos, empleados, asesores legales u otros representantes, entrevisten a sus testigos o potenciales testigos y discutan con ellos sus posibles testimonios.”).

man recomendable aclarar el estándar al inicio del arbitraje para que haya igualdad de armas y no exista un desbalance de expectativas o incluso de estándares locales de práctica de la abogacía³⁸.

2. Adopción del interrogatorio

Las reglas de evidencia norteamericanas regulan la forma de interrogar a los testigos de modo que responda a los cuatro pilares del testimonio oral³⁹. Las reglas distinguen dos tipos de preguntas: las preguntas abiertas y las preguntas cerradas⁴⁰.

Las preguntas abiertas responden al qué, quién, cómo, dónde, cuándo, por qué, para qué. La respuesta es consecuentemente espontánea y permiten al testigo presentar su versión de los hechos en sus propias palabras. Las preguntas cerradas, por el contrario, piden confirmar si es cierto un enunciado. El testigo solo puede responder sí o no, lo cual permite al abogado guiar el interrogatorio y con-

trastar lo dicho por el testigo con el resto de la evidencia. Cada tipo de preguntas corresponden a diversas fases del interrogatorio: el interrogatorio directo, el interrogatorio cruzado y el interrogatorio redirecto.

La parte que ofreció al testigo ejecuta el interrogatorio directo. En este primer interrogatorio solo están permitidas las preguntas abiertas. Esto impide que el abogado que ofreció al testigo ponga sus propias palabras en la boca del testigo, lo cual ocurriría si solo pidiera la confirmación de su enunciado, como ocurre con las preguntas cerradas. La contraparte luego procede a formular el interrogatorio cruzado. En este el abogado buscará cuestionar la capacidad del testigo, sea por su falta de capacidad física o mental para percibir los hechos, la consistencia interna de su testimonio, sea que existan contradicciones o inconsistencias, o la veracidad del testimonio en base al contraste con otros testimonios o con la evi-

³⁸ Zuberbühler et al., *IBA Rules of Evidence: Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (Second Edition)*, 108-111; Harbst, "Chapter 10: Witnesses," 229-46.

³⁹ F.R.E. 611.

⁴⁰ Wigmore, *Evidence in Trials*, § 769 ("On the direct examination, i.e., by the counsel of the party in whose favor the witness is called, the most important peculiarity of the interrogational system is that it may be misused by suggestive questions to supply a false memory for the witness—that is, to suggest desired answers not in truth based upon a real recollection. The problem is to discriminate between the forms of questions which will too probably have that effect and those which will not. Questions may legitimately suggest to the witness the topic of the answer; they may be necessary for this purpose where the witness is not aware of the next answering topic to be testified about, or where he is aware of it but its terms remain dormant in his memory until by the mention of some detail the associated details are revived and independently remembered. Questions, on the other hand, which so suggest the specific tenor of the reply as desired by counsel that such a reply is likely to be given irrespective of an actual memory, are illegitimate. The essential notion, then, of an improper (commonly called a leading) question is that of a question which suggests the specific answer desired. It will be seen that a collusive or conscious intention of the witness to answer as desired is here not a necessary assumption. That is a frequent danger, but not the only one; for the known principles of human nature tell us that a witness may also unconsciously accept the suggestion of a question. It is therefore not necessary to attribute a corrupt intention either to witness or to counsel, since the danger has larger aspects than that.")

dencia documental⁴¹. Finalmente, la parte que ofreció al testigo prosigue con el interrogatorio redirecto, que tiene la finalidad de rehabilitar al testigo frente a respuestas negativas durante el interrogatorio cruzado. El abogado solo puede formular preguntas abiertas⁴². Durante todo el interrogatorio, ambas partes pueden formular objeciones sea que las preguntas estén formuladas en contra de las reglas, sean impropias o el testimonio configure evidencia inadmisibile⁴³.

El arbitraje internacional ha adoptado casi completamente la práctica de interrogatorio anglosajón, por supuesto con ligeras variaciones⁴⁴. En una audiencia estándar, se someterá a interrogatorios directos, cruzados y redirectos a los testigos llamados a comparecer.

Ahora bien, el interrogatorio directo en el arbitraje internacional es mucho más

limitado considerando que los testigos y peritos ya han tenido presentaciones escritas, en muchos casos limitado a la adopción de la declaración escrita.

Por el contrario, en el litigio estadounidense, el interrogatorio directo es extenso y, a menos que haya ocurrido una deposición, existe un elemento de sorpresa. En cualquier caso, las partes formularán objeciones y el tribunal resolverá.

Algunos árbitros tienden a ser más flexibles con respecto a la formulación de preguntas cerradas o abiertas, pues prefieren evitar la interrupción de las declaraciones por las objeciones, sin perjuicio de evaluar posteriormente el peso de una declaración obtenida con una pregunta impropia⁴⁵. Por supuesto, los árbitros tampoco dudarán en dar la razón a objeciones por preguntas indebidamente

⁴¹ Wigmore, *Evidence in Trials*, §§ 774-79.

⁴² Wigmore, *Evidence in Trials*, §§ 1100-1144.

⁴³ Wigmore, *Evidence in Trials*, §§ 780-787.

⁴⁴ Reglas IBA, artículo 8; Zuberbühler et al., *IBA Rules of Evidence*, 103 – 131; Harbst, “Chapter 10: Witnesses,” 229-46.

⁴⁵ *Carlos Ríos and Francisco Ríos v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/17/16, Transcripts Hearing Day 3 - 13 Apr 2019, 832-33 (“P: Otro aspecto sobre este documento de trabajo, el R-296, sobre el que se le preguntó, el señor Silva Romero le hizo uno pregunta sobre un concepto que está contenido –lo refirió él a la página 58 de ese documento– y le pidió que viera en esa página el concepto del equilibrio del negocio. Quería preguntarle, señor Pérez, usted como jefe negociador por parte del Estado y participe de este proceso, ¿nos podría decir en qué consistía ese equilibrio del negocio descrito en ese documento, y específicamente si se entendía por ese concepto que habría un nivel de demanda o EBITDA mínimo que sería garantizado por el Estado bajo los nuevos contratos? SEÑOR SILVA ROMERO: Objeción, la segunda pregunta es leading. La primera era abierta, pero la pregunta ya tiene que ser simplemente olvidada porque ya el testigo sabe lo que tiene que responder. SEÑOR GRANÉ LABAT: Señora presidenta: en lo absoluto es una pregunta leading. Le pregunté si en su experiencia como negociador ese concepto se entendía como un nivel de mínimo demanda o EBITDA o mínimo. Si no es cierto, puede decir que no es cierto. Si lo es, puede decir que sí. Es sí o no. No es leading en lo absoluto. SEÑOR SILVA ROMERO: Sí o no es una pregunta *leading* en mi humilde opinión, miembros del Tribunal. PRESIDENTA KAUFMANN-KOHLER: Bien, voy a hacer yo la pregunta. Hablamos del equilibrio financiero económico de los contratos. ¿Qué — cómo define usted esta noción?”)

formuladas⁴⁶. Finalmente, los árbitros tienden a tener un rol más activo en la formulación de las preguntas y en guiar el testimonio.

La práctica de objeciones sigue también de cerca a la práctica del *common law*, aunque, como indicamos, y por supuesto dependiendo de la formación del tribunal, los árbitros son más flexibles con respecto a las objeciones. Los árbitros prefieren escuchar al testigo y evaluar si lo que dijo tiene valor o no. En cualquier caso, además de las preguntas impropia-mente formuladas, en una audiencia suc-

len escucharse las usuales objeciones: (1) preguntas compuestas, cuando se formula más de una interrogante dentro de una pregunta, pudiendo confundir al testigo y haciendo poco clara la narración de los hechos⁴⁷, (2) asunción de hechos, cuando la pregunta lleva incorporada un presupuesto de hecho que no ha sido necesariamente aceptado por el testigo o que ni siquiera está en el récord del caso, pudiendo nuevamente generar confusión⁴⁸, (3) un llamado a una conclusión legal, cuando se pide al testigo o experto que opine sobre una cuestión que debe resolver el tribunal⁴⁹, (4) argumen-

⁴⁶ *Carlos Ríos and Francisco Ríos v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/17/16, Transcripts Hearing Day 3 - 13 Apr 2019, 923 ("Última pregunta. El doctor Silva Romero le mostró varias comunicaciones de Alsacia y Express, y afirmó que usted nunca le respondió o les respondió. ¿Eso significa que usted o la administración nunca atendieron las solicitudes de Alsacia y Express? SEÑOR SILVA ROMERO: Objeción. Perdón, objeción. Es leading. Leading question. PRESIDENTA KAUFMANN-KOHLER: ¿Es leading? SEÑOR SILVA ROMERO: Sí, perdón. Es una pregunta dirigida, sugestiva, inductiva. SEÑORA GEHRING FLORES: No estoy sugiriendo la respuesta. Pero... PRESIDENTA KAUFMANN-KOHLER: Un poco sí. (Risas.)"); David R. Aven, Samuel D. Aven, Carolyn J. Park, Eric A. Park, Jeffrey S. Shiolen, Giacomo A. Buscemi, David A. Janney and Roger Raguso v. The Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/15/3, Transcripts of Hearing - Day 5 - 9 Dec 2016, 1361 ("MS. BOUCHENAKI: May I just, Members of the Tribunal, object that this line of questions is completely leading. So, he's leading the witness into the answer that he's trying to obtain. PRESIDENT SIQUEIROS: That is correct. You should abstain, Mr. Guevara, from leading the witness into a response that is simply expected from him to conclude. MR. GUEVARA: Perfect. PRESIDENT SIQUEIROS: You understand the nature of a leading question? MR. GUEVARA: Yes, sir.")

⁴⁷ *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, Transcript of Hearings - Day 3 - 28 Apr 2004, 851-52 ("Q. Mr. Alcantara, this phenomenon of skill machines, when did it start, when did it become a problem, or when were trials being brought, and when did Gobernacion start closing facilities? I would just like to have some idea of a time line when all this started. Is this as recent as something that— PRESIDENT VAN DEN BERG: Mr. Perezcano, can you ask one question at a time because I count at least four in one. So, if you take it in turns. MR. PEREZCANO: Understood and noted. PRESIDENT VAN DEN BERG: You have compounded questions, but I don't know how it is compounded compounded. No disrespect meant. MR. PEREZCANO: I understand, Mr. President.")

⁴⁸ *Railroad Development Corporation (RDC) v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23, Transcripts of Hearing on Merits - Day 7 - 15 Dec 2011, 1626-27 ("Q. How can it be harmful to the interests of the State that the Contract doesn't have a requirement for Presidential approval, but you could have gotten it approved by the President? Doesn't that solve all, any potential harm to the State? MR. ORTA: I'm sorry. That's assuming facts not in evidence. MR. FOSTER: He can clearly answer this question. MR. ORTA: No, he can't. That's not under your question. It's assuming facts not in evidence. He has to ask a different question. PRESIDENT RIGO: Would you rephrase it.")

⁴⁹ *Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) v. Romania*, ICSID Case No. ARB/15/31, Hearing on the Merits and Jurisdiction: Transcript Day 6 - 3 Oct 2020, 1149-50 ("BY DR. HEISKANEN: Q. Professor Spiller, if the rights you were referring to were not those defined in the two Mining Licenses,

tativo o alegaciones cuando el abogado argumenta en lugar de preguntar⁵⁰, y (5) preguntado y respondido cuando las preguntas se tornan innecesariamente repetitivas, desperdiciando el tiempo de todos en la audiencia⁵¹. A esto, se suma, por supuesto las cuestiones de privilegio y confidencialidad que se tratará a continuación.

C. *Rechazos y cuasi rechazos*

Como tratamos en esta sección, existe otra serie de reglas que han sido sustancialmente rechazadas en el arbitraje internacional, como son los límites a la competencia para testificar, las deposiciones, la necesidad de autenticar evi-

dencia, los límites al *hearsay*, al *character evidence* y al perjuicio injusto.

Por un lado, algunos de estos rechazos se explican en el rol de las reglas anglosajonas dentro del juicio frente a un jurado. El juez aplica estos límites para evitar contaminar al jurado con evidencia poco confiable o inflamatoria. Por otro lado, muchas de estas prácticas como las deposiciones o las continuas objeciones pueden tender a prolongar el proceso y aumentar sus costos. En el arbitraje las partes tienden a confiar en la especialización de los árbitros para distinguir la paja del trigo.

where were they defined? Where do they come from? MS. COHEN SMUTNY: Objection. This is, again, calling for legal questions for the economic expert. These are inappropriate questions, and they're not designed to yield anything useful to the Tribunal. PRESIDENT TERCIER: I would like to invite the Experts to elaborate what they exactly understood under the loss of Claimants' directly or indirectly held rights, projects are related for the development of certain mining projects in Romania. Can you for us just elaborate in order to avoid objection on the legal side?").

⁵⁰ Michael Ballantine and Lisa Ballantine v. The Dominican Republic, PCA Case No. 2016-17, Hearing Transcript (Extract) - 9 Feb 2021 415-16 ("Q. Well, right. I mean, so, you know, there people, including—my understanding is that one of the very witnesses who is going to testify this week, who had a similar situation where he—who had a project that he was proposing to the Ministry of the Investment—of Environment, and he got denied initially. He was told pretty much this. They said, you know, 'If you can come back with another place, fine, we'll take another look at it.' And he did that. And it happened that his property did have, you know, because of its topography — PRESIDENT RAMÍREZ HERNÁNDEZ: Counsel, could you try to focus on questions regarding the testimony? MR. ALLISON: Thank you. This is argument from counsel, not questioning. MR. Di ROSA: All right. Fair enough. You know, I'm just getting him to interpret some of these terms.").

⁵¹ *Latam Hydro LLC and CH Mamacocha S.R.L. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/19/28, Hearing on Jurisdiction and the Merits – Transcript, Day 6 - 14 Mar 2022 , 1253-54 ("SEÑOR MOLINA: Señor Monteza, regresando a nuestro hipotético — sé que usted prefiere no hablar de — o no responder preguntas de mi hipotético, pero le pido por favor que solo para entender el alcance de sus opiniones para mí es importante saber en este hipotético qué es lo que usted piensa como experto qué debería (hacer) el concesionario. RNISTAL: Sorry, I must intervene here. The expert has been asked the same question four times, he has already answered multiple times, so I don't think it's fair to continue pushing and forcing the witness to give an answer — the expert, sorry, to give an answer that he simply does not consider appropriate. PRESIDENT: Basically the objection is asked and answered? Sustained. Please, Mr Molina, move to the next subject of your cross-examination.").

1. Cuasi rechazo de límites a la competencia para testificar

Bajo las reglas de evidencia, típicamente un testigo de hecho tiene competencia para testificar cuando tiene conocimiento directo sobre los hechos de los que declara⁵². Incluso, las reglas actuales aceptan opiniones de testigos de hecho, siempre que se refieran a algo sobre lo cual está capacitado para testificar por su percepción de un hecho y que no involucre conocimiento propio de un experto o perito⁵³.

En el caso de expertos, las reglas de la evidencia imponían requisitos problemáticos a la admisibilidad, pues estaban sujetos a qué se consideraba ciencia generalmente aceptada⁵⁴. Esto restringía el

poder del juez para evaluar la evidencia y se lo otorgaba a los científicos. Las reglas actuales de evidencia asientan el rol de *gatekeeper* del juez y establecen criterios para la admisibilidad de evidencia de experto, principalmente el conocimiento especializado, los hechos y la data en la que se basa, la aplicación de métodos confiables, y la confiabilidad en la aplicación de los métodos⁵⁵.

Por otro lado, salvo en casos de aplicación de ley extranjera, las cortes federales generalmente rechazan la evidencia de expertos legales, pues es el juez quien debe decidir sobre el derecho y se evita confundir a los jurados mediante la presentación de determinaciones que ellos o ellas deben realizar personalmente⁵⁶.

⁵² F.R.E. 602.

⁵³ F.R.E. 701; Committee Notes on Rules—2000 Amendment (“Rule 701 has been amended to eliminate the risk that the reliability requirements set forth in Rule 702 will be evaded through the simple expedient of proffering an expert in lay witness clothing. Under the amendment, a witness’ testimony must be scrutinized under the rules regulating expert opinion to the extent that the witness is providing testimony based on scientific, technical, or other specialized knowledge within the scope of Rule 702... By channeling testimony that is actually expert testimony to Rule 702, the amendment also ensures that a party will not evade the expert witness disclosure requirements set forth in Fed.R.Civ.P. 26 and Fed.R.Crim.P. 16 by simply calling an expert witness in the guise of a layperson.”) (quotations omitted).

⁵⁴ *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923).

⁵⁵ F.R.E. 702; *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993); Committee Notes on Rules—2000 Amendment (“Daubert set forth a non-exclusive checklist for trial courts to use in assessing the reliability of scientific expert testimony. The specific factors explicated by the Daubert Court are (1) whether the expert’s technique or theory can be or has been tested—that is, whether the expert’s theory can be challenged in some objective sense, or whether it is instead simply a subjective, conclusory approach that cannot reasonably be assessed for reliability; (2) whether the technique or theory has been subject to peer review and publication; (3) the known or potential rate of error of the technique or theory when applied; (4) the existence and maintenance of standards and controls; and (5) whether the technique or theory has been generally accepted in the scientific community. The Court in *Kumho* held that these factors might also be applicable in assessing the reliability of nonscientific expert testimony, depending upon ‘the particular circumstances of the particular case at issue.’ 119 S.Ct. at 1175.”).

⁵⁶ *Askanase v. Fajó*, 130 F.3d 657 (5th Cir. 1997) (“while experts could give their opinions on ultimate issues, our legal system reserves to the trial judge the role of deciding the law for the benefit of the jury. First, the jury would be very susceptible to adopting the expert’s conclusion rather making its own decision. There is a certain mystique about the word ‘expert’ and once the jury hears of the attorney’s experience and expertise, it might think the witness even more reliable than the judge. Second, if an expert witness were allowed to testify to legal questions, each party would find an expert who would state the law in the light most

En el arbitraje internacional no existen reglas estrictas sobre qué persona puede testificar ni cuál debe ser el contenido de la declaración. Ello se deja primordialmente al criterio de las partes y a su libertad para estructurar su caso de la forma que consideren más convincente.

Las partes confían en el criterio profesional de los árbitros para determinar qué testigo es confiable para testificar sobre un hecho particular y qué perito hizo mejor su trabajo al evaluar una cuestión técnica. Esto lleva a que en el arbitraje estas cuestiones se dejen para la valoración de fondo de la evidencia. El planteamiento de objeciones puede, finalmente, ser fútil y llevar más bien a retrasar la celeridad de las actuaciones. Sin perjuicio de ello, generalmente las declaraciones testimoniales establecen la base para las afirmaciones del testigo y las pericias identifican las calificaciones del experto y los métodos que aplicó y las fuentes en las que se basó para llegar a sus conclusiones⁵⁷.

A modo de ilustración, es común que testigos de hecho con mucho conocimiento técnico declaren sobre materias de su especialidad. Así, en muchos arbitrajes se presentan testimonios de gerentes de operaciones para explicar los aspectos técnicos de la actividad económica en juego, o directores de finanzas que expli-

quen las proyecciones financieras o la contabilidad de una empresa.

Por otro lado, la labor del perito muchas veces linda con lo fáctico. Así, los peritos sobre retrasos en construcciones en muchas ocasiones deben entender a detalle cada uno de los hechos, en base a los reportes escritos y los testimonios de los empleados, ocurridos en el transcurso de una obra para determinar si se produjo un atraso compensable.

En el arbitraje esto no resulta problemático, pues el tribunal especializado en la materia tiene la capacidad de evaluar la veracidad o la consistencia de la prueba aportada y tomar una decisión de fondo. Igualmente, es común en el arbitraje internacional, en que concurren árbitros y representantes de distintas jurisdicciones, la práctica de presentar expertos legales sobre los principales temas en discusión.

2. Rechazo de las deposiciones

Como indicamos más arriba, el balance y la negociación entre tradiciones jurídicas ha llevado a la adopción parcial del *discovery* anglosajón. Sin embargo, el arbitraje internacional no ha adoptado todas las técnicas de toma de evidencia de la contraparte. La producción de documentos con restricciones es generalmente la regla, abandonándose otras he-

favorable to its position. Such differing opinions as to what the law is would only confuse the jury.” (citadas internamente omitidas); *Estate of Sowell v. U.S.*, 198 F.3d 169 (5th Cir. 1999).

⁵⁷ Reglas IBA, artículos 4, 5.

ramientas como las deposiciones o los interrogatorios.

En efecto, en el proceso norteamericano, luego de la presentación escrita con la que inicia el litigio, se lleva a cabo una fase de *discovery* en la que se intercambia toda la información que sea relevante para el caso⁵⁸. Así, las partes no solo se comparten mutuamente documentación⁵⁹, sino que también se plantean preguntas sobre los hechos⁶⁰, y se llaman testigos para deposición⁶¹. Las partes coordinan directamente sin intermediación del juez, fijan lugar y hora para preguntar a los testigos y graban o toman una transcripción. En la audiencia frente al juzgador de los hechos las partes interrogarán a algunos testigos y contrastarán las respuestas en las deposiciones con el resto de la evidencia⁶².

Si bien las deposiciones se usan en los arbitrajes puramente domésticos en los

Estados Unidos⁶³, en el arbitraje internacional generalmente no son comunes. Cada parte suele ofrecer declaraciones escritas de testigos, como gerentes o empleados de la empresa o funcionarios⁶⁴. Será recién en la audiencia de pruebas directamente ante el tribunal arbitral que las partes contrastarán la evidencia en contrainterrogatorio en base a las declaraciones escritas. Por tanto, las deposiciones generalmente no han sido adoptadas en el arbitraje internacional.

3. Rechazo a la necesidad de autenticar evidencia

En el modelo tradicional del proceso anglosajón, ante la posibilidad de que los documentos que se presentan al proceso sean falsos o simplemente no tengan relación con los hechos, las reglas de evidencia norteamericanas requieren

⁵⁸ Fed. R. Civ. P. 26-37.

⁵⁹ Fed. R. Civ. P. 34.

⁶⁰ Fed. R. Civ. P. 33.

⁶¹ Fed. R. Civ. P. 27-32

⁶² Fed. R. Civ. P. 32, 43.

⁶³ JAMS Comprehensive Arbitration Rules & Procedures, art. 16(2), 17(b); AAA Procedures for Large, Complex Commercial Dispute, L-3. See, e.g., *Ilija Loncar v. NCL (Bahamas), Ltd. d/b/a Norwegian Cruise Line and Carlos J. Gonzalez, M. D.*, ICDR Case No. 01-16-0004-3640, Final Award, 13 June 2018; *Agency Within LLC, Joseph Yakuel and Get Things Done LLC v. Andrew Cluck (II)*, AAA Case No. 01-21-0002-6804, Stipulation and Partial Final Award, 26 April 2022; *Thermal Dynamics International, Inc. v. Safe Haven Enterprises, LLC*, ICDR Case No: 50-20-1300-0944, Final Award, 30 December 2014; *Ferry Street Partners LLC v. Howard Juster*, JAMS Case No. 1425024249, Final Award, 2 April 2018; *West Side Marquis, LLC v. Ronald Moret, Jr.*, JAMS Case No. 1425027858, Final Award, 3 Jan. 2020; *Let's Go Aero, Inc. v. Forcome Ltd.*, ICC Case No. 25644/PDP, Final Award, 22 December 2022; *Bamberger Rosenheim Ltd. v. OA Development Inc.*, ICC Case No. 20198/RD, Final Award, 30 Nov. 2015.

⁶⁴ Reglas IBA, artículo 4(5)(b); Zuberbühler et al., *IBA Rules of Evidence*, 103 – 31; Anne-Véronique Schlaepfer, “Chapter 4. Witness Statements,” in *ICC Dossier No. 2: Arbitration and Oral Evidence, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 2*, Laurent Lévy and V.V. Veeder (eds), (Paris: ICC; Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2004), 65 – 75; Harbst, “Chapter 10: Witnesses, 229-46; Frédéric G. Sourgens et al., *Evidence in International Investment Arbitration*, (Oxford: Oxford University Press, 2018), 196-234.

prueba adicional sobre la autenticidad⁶⁵, la cual puede ser un testimonio⁶⁶. Así, los testigos pueden testificar sobre la autenticidad de los registros de una compañía, o sobre la autenticidad de una grabación de voz y de video, o de la precisión de una foto. De lo contrario, el juez puede declarar inadmisibles la evidencia.

Esta práctica no ha sido recogida formalmente por el arbitraje internacional. Las partes suelen presentar toda la documentación en la que basan su caso en sus presentaciones escritas y no requieren que un testigo hable sobre las mismas ni que jure sobre su autenticidad para que sea admisible. Sin perjuicio de ello, sí hay una semejanza a dicha práctica. Las

partes presentan declaraciones escritas y estas a su vez suelen incorporar referencias a documentos⁶⁷. Los testigos no declaran únicamente sobre cuestiones sin sustento documental. Por el contrario, los testigos suelen referirse a los documentos, explicarlos y ponerlos en contexto. Esto no es un requisito de admisibilidad, sino una técnica para hacer más persuasivo el argumento escrito y más confiable al testimonio.

4. Rechazo de límites a la *hearsay evidence*

Otra tradición importante en el derecho anglosajón sobre evidencia es el concepto de *hearsay*⁶⁸. Esta figura com-

⁶⁵ F.R.E. 901; John Henry Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law (Fourth Edition)*, (Boston: Little, Brown, 1961-1988), § 2129 (“The foundation on which the necessity of authentication rests is not any artificial principle of evidence, but an inherent logical necessity. For example, when Doe is charged with the murder of Roe, and it is evidenced that someone murdered Roe, but the person killing is not shown to be the accused, the failure of the prosecution is not due to any rule of evidence, but to the absence of a fact logically inherent in its claim, namely, Doe’s identity with the murderer. So, when a knife is offered as J. S.’s knife, with which he did the killing, the proof of the knife’s use, and of its finding, leaves unsupplied an essential element in the assertion, namely, J. S.’s use or ownership.”).

⁶⁶ *Duvall v. State*, 2018 Ark. App. 155 (Ark. Ct. App. 2018) (text messages were authenticated through testimony that it was the defendant’s phone number, the victim said the defendant did not let other people use his phone, the Detective testified that she took the text messages from the victim’s phone and that the number was the same as the one assigned to the defendant, and the number was saved in the victim’s phone under the defendant’s name); *State v. Potts*, 211 N.E.3d 289 (Ohio Ct. App. Mar. 22, 2023) (911 recording was properly authenticated by caller listening to recording and testifying that she called 911 on that date and that the recording was the call that she made).

⁶⁷ Harbst, “Chapter 10: Witnesses,” 229-46 (“Whether documents can and ought to be attached to witness statements depends on the following considerations. First, a witness may always attach documents to his or her witness statement that is already part of the record. In complex cases, such attachments make it easier for the tribunal to access the information. The arbitrators will not have to switch back and forth between the witness statement and other documents on the file; in this case, it is essential that the attached documents bear the same exhibit number as the previous document on the file. Second, and more problematic, is the attachment of new documents. Article 4.5(b) of the IBA Rules provides that: Documents on which the witness relies that have not already been submitted shall be provided. The IBA Rules do therefore assume that new documents may be filed together with the witness statements. However, specific arrangements between the parties and the tribunal will prevail over the IBA Rules. If, for instance, the procedural rules set forth a cut-off date for the submission of documents prior to the filing of witness statements, attaching new documents will usually be inadmissible, at least without leave of the tribunal.”).

⁶⁸ Wigmore, *Evidence in Trials*, § 1364.

prende toda afirmación sobre un hecho realizada fuera de la corte ofrecida para probar el hecho ofrecido para el *truth of the matter asserted*⁶⁹. El ejemplo clásico es la afirmación de un testigo respecto a que un tercero le dijo lo que ocurrió en el lugar de los hechos. Pero también puede ser la afirmación de un testigo de lo que dijo el mismo sobre los hechos fuera de la Corte, si es que se ofrece para probar la verdad de los hechos⁷⁰.

En principio, este tipo de evidencia no es admisible por el riesgo de que se produzca un “teléfono malogrado”. La lógica de la prohibición es que, si un declarante no testifica bajo juramento frente a la Corte y al juzgador de los hechos, y no está sujeto a contrainterrogatorio, no es posible garantizar la percepción, la memoria, la narración, ni la sinceridad del testimonio⁷¹. La declaración no es con-

fiable. Entonces, se busca nuevamente proteger al jurado de evidencia que usualmente tiene poco valor. Por supuesto, si el concepto se llevara al extremo, la posibilidad de encontrar la verdad se vería muy restringida. Por ello, las reglas de la evidencia han desarrollado diversas exclusiones del concepto de *hearsay* y excepciones a la prohibición⁷².

En el arbitraje internacional no se suele restringir la admisibilidad de evidencia que calificaría como *hearsay*⁷³. Nuevamente, las partes confían en el criterio de los árbitros para valorar si el testimonio sobre una declaración fuera de la corte es confiable o no. Esto, por supuesto, no obsta a que las partes destaquen cuándo un testimonio califica como *hearsay*, de modo que el tribunal pueda tener en cuenta su valor⁷⁴. Así, algunos tribunales han señalado que la evidencia que califica

⁶⁹ F.R.E. 801.

⁷⁰ Michael M. Martin and Daniel J. Capra, *New York Evidence Handbook: Rules, Theory, and Practice (Third Edition)* (New York: Wolters Kluwer, 2017), § 8.1.

⁷¹ Edmund M. Morgan, “Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept,” *Harv. L. Rev.* 62, no. 2 (December 1948): 177-219.

⁷² Notes of Advisory Committee on Proposed Rules 801; F.R.E. 801-807.

⁷³ S. I. Strong and James J. Dries, “Witness Statements under the IBA Rules of Evidence: What to Do about Hearsay?,” in *Arbitration International*, ed. William W. Park (Oxford: Oxford University Press, 2005), 301-21; Frédéric G. Sourgens et al., *Evidence in International Investment*, 196-234; *ONGC Petro Additions Ltd. (OPaL) v. DAELIM Industrial Company Ltd.*, Final Award (Liability), 28 Dec. 2018 at 80 (“It is not clear whether the KRG is saying that it would have been sufficient for Pearl to have produced to the Tribunal the underlying documents (we were told that there were 13,944 weighbridge certificates) or whether they should have called the evidence of the personnel who loaded each consignment. In either case, we consider that this would be an absurd application of the hearsay rule. In the absence of anything to show the contrary, we consider that the Tribunal is entitled to accept the audited accounts as correct.”).

⁷⁴ *Oded Besserglik v. Republic of Mozambique*, ICSID Case No. ARB(AF)/14/2, Award, 28 Oct. 2019 at 76 (“In its third message of October 27, 2017, the Tribunal informed the Parties that, in considering the Objections of Sept. 7, the Response to Objections of September 7 and the Reply to Objections of September 7, it was not inclined to strike any of the witness statements either entirely or in part on grounds of hearsay or otherwise; instead, it would take these matters into account when weighing the evidentiary value of the witness statements in question.”); *Tanzania Electric Supply Co. Ltd. (TANESCO) v. Independent Power Tanzania Ltd. (IPTL)*, ICSID Case No. ARB/98/8, Decision on Tariff and Other Remaining Issues, 9 Feb. 2001 at 88 (“The force of this testimony was further reduced by a few admitted mistakes, and in particular,

como *hearsay* debe estar corroborada por más evidencia, aunque esta doctrina no es unánime⁷⁵.

5. Rechazo de límites al *character evidence*

Otro principio muy relevante en el derecho anglosajón es la evidencia sobre el carácter o la predisposición de un testigo o un acusado. Como regla general, el derecho de la evidencia rechaza la posibilidad de introducir prueba sobre los actos del pasado para sustentar que la persona actuó de la misma forma en el caso bajo decisión⁷⁶. Esto nuevamente pretende

evitar que el jurado sea impresionado y decida en base al prejuicio de que, si una persona actuó mal en el pasado, lo más probable sea que actuó mal en el caso de marras. Por supuesto, existen múltiples instancias en las que la evidencia sobre el carácter es admisible por ser precisamente relevante para lo que se está decidiendo, como por ejemplo casos de difamación, negligencia, o *entrapment*⁷⁷.

Como regla general, el arbitraje internacional no impone restricciones a este tipo de evidencia. En casos del TAS, por ejemplo, se ha admitido expresamente⁷⁸.

the admitted reliance on multiple hearsay for the price of the turbines, the largest single element of the EPC”), at 80 (“A careful reading of the evidence of these two witnesses shows that no demand was made by anyone for payment of any ‘success fee’ or bribe either to the said two witnesses (Mr. Shin and Mr. Lee), nor any such demand was made in their presence. The evidence of Mr. Lee is totally hearsay in regard to the alleged demand for success fee. He neither met Dr. Lamba or anyone, nor was any demand made to him. The evidence of Mr. Shin is also hearsay in regard to the alleged demand for success fee by Dr. Lamba except para 76 of his witness statement where he says that on 23.1.2011 Dr. Lamba visited him and Mr. Park at Hyatt Regency Delhi and requested a meeting with DAELIM’s representatives of higher seniority to discuss payment of success fee. Thus, even on 23.1.2011, no one demanded or discussed success fee with Mr. Shin.”).

⁷⁵ *EDF (Services) Ltd. v. Republic of Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 Oct. 2009 at 224 (“Further, the reference made by Mr. Katz in his written statement concerning the bribe request is only hearsay since he says he learned of the request for a bribe from Mr. Weil. Mr. Katz was not present at the meeting at the Hilton Hotel in Bucharest where the request was said to have been made. While hearsay evidence is admissible in international arbitration, confirmatory evidence is normally required, and in the instant case, the gaps in the story are very significant. Mr. Katz also refers to a meeting at Mrs. Iacob’s home on October 19, 2001, in an e-mail sent the following day to Mr. Weil, reporting a bribe solicitation by Mrs. Iacob during that meeting. However, Mr. Katz was not able to confirm to the DNA, in July 2006, whether he had actually written and sent the e-mail in question. The authenticity of this e-mail was disputed by Respondent based on expert evidence produced by it, indicating that the message had been manipulated. Again, the evidence is not clear and convincing.”).

⁷⁶ F.R.E. 404.

⁷⁷ Martin and Capra, *New York Evidence*, § 4.8.

⁷⁸ *International Rugby Board (IRB) v. Jason Keyter*, CAS 2006/A/1067, Award, 13 Oct. 2006 (“The Panel observes that the good character evidence submitted by the Respondent cannot overcome the strict liability principle or satisfy the burden of proof. Such evidence cannot help the Respondent in establishing any feature of the ingestion of the prohibited substance. Perhaps, the good character evidence might have helped the Respondent in reducing the sanction, but only after having proven, first, how the prohibited substance came into his body and, second, the absence of any significant fault or negligence. The Panel finds that the exceptional circumstances as a method of reduction of the sanction is not available to the athlete in this case and the good character evidence is of no avail.”); *World Anti-Doping Agency (WADA) v. Football Association of Wales (FAW) & Ceri James*, CAS 2007/A/1364, Arbitral Award, 21 December 2007

Es más, resulta muy interesante que, por el contrario, es común que las partes introduzcan una cantidad relevante de evidencia destinada a probar carácter. Por ejemplo, las declaraciones escritas suelen contar con varios párrafos introductorios sobre las calificaciones y cualidades positivas del testigo, de modo que el tribunal pueda apreciar que se trata de alguien confiable, conocedor de lo que declara y que no debería haber llevado a la empresa a actuar de una forma incorrecta. Igualmente, es común que en los interrogatorios directos se destinen algunos minutos a hablar sobre dichas calificaciones y cualidades positivas, de forma que el tribunal tenga una primera impresión positiva del testigo. Sin perjuicio de ello, este tipo de información no se suele discutir y tiene la función principal de dar mayor contexto y más herramientas al tribunal para decidir sobre el valor del testimonio.

6. Rechazo al perjuicio injusto

En la línea de escudar al jurado compuesto de ciudadanos de a pie de información que lo pueda llevar a tomar decisiones por razones indebidas, las reglas de la evidencia prohíben el uso de infor-

mación que pueda impresionar injustamente al jurado y llevarlo a decidir sobre la base del prejuicio o motivos irracionales. El juez debe llevar a cabo un ejercicio de ponderación para determinar si el carácter inflamatorio de la evidencia sobrepasa el valor probatorio sobre un hecho⁷⁹. Por ejemplo, presentar múltiples fotografías detalladas sobre un cadáver cuando el crimen no genera mayores dudas puede llevar a la corte a declarar la evidencia inadmisibles⁸⁰.

Al igual que con otras reglas orientadas a la protección de la racionalidad del jurado, la regla de inadmisibilidad de evidencia por perjuicio injusto no es usualmente aceptada por el arbitraje internacional⁸¹. Al igual que en el caso del *hearsay*, o la *character evidence*, las partes confían en el criterio del tribunal para juzgar qué evidencia es buena y cuál es irrelevante para lo que debe resolver. Los tribunales asimismo prefieren dar libertad a las partes para estructurar su caso y presentar la prueba que consideren conveniente. Más allá de ello, el criterio del perjuicio injusto se aplica para la admisión de escritos de partes no contendientes⁸².

(“The Panel observes that the good character evidence submitted by Mr. James, which the Panel accepts, cannot mitigate his culpability so as to reduce his sanction. Whether an athlete has committed an anti-doping offence in the past, for example, is relevant only for determining the applicable range of sanctions, not to reduce the sanction given for a first offence... While Mr. James’ s intent not to commit any violations in the future is commendable, it cannot affect the sanction for the offence already committed.”)

⁷⁹ F.R.E. 403.

⁸⁰ *State v. Bocharski*, 189 P.3d 403 (Ariz. Aug. 8, 2008).

⁸¹ Fue alegada, pero sin recibir pronunciamiento del tribunal en *Freeport-McMoRan Inc. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/20/8, Procedural Order No. 6 (On Documentary Evidence Issues) (Apr. 13, 2023).

⁸² Reglas de Arbitraje CIADI, artículo 67.

D. *Incertidumbre sobre el privilegio*

Dado que en los países del *civil law*, la evidencia en el proceso civil está bajo control de cada parte, las cuestiones de privilegio están reservadas principalmente para casos administrativos y penales, así como para las normas de transparencia del Estado. Sin embargo, considerando la práctica del *discovery*, en que resulta necesario entregar información a la contraparte, las reglas sobre privilegio están en el centro de la preparación y la actuación en el proceso anglosajón y han sido ampliamente desarrolladas por los jueces⁸³. Las reglas de privilegio se tratan de una excepción al interés por descubrir la verdad. En ese sentido, se fundamentan en otros intereses sustantivos que entran en juego en un proceso⁸⁴.

El arbitraje ha adoptado plenamente la necesidad de limitar el acceso a información privilegiada⁸⁵. Sin embargo, existe gran incertidumbre respecto a los alcances de tal privilegio, particularmente en

disputas transfronterizas. Ello tiene que ver con la incertidumbre sobre la ley aplicable al privilegio⁸⁶. Por un lado, cada parte puede estar localizada en países diferentes con reglas de privilegio o de retención documental distinta. Así, incluso en el *common law* puede haber diferencias, por ejemplo con respecto a las comunicaciones con el abogado *in-house*.

Por otro lado, si bien las reglas procesales suelen estar regidas por la ley arbitral de la sede, la cuestión de privilegio entra a tallar mucho antes de iniciarse un arbitraje, de conocerse la sede y posiblemente antes de suscribirse el convenio arbitral. Las partes pueden empezar a comunicarse con sus abogados muy temprano, por lo que resulta necesario clarificar las expectativas de qué reglas de privilegio puede aplicar. Por supuesto, siempre puede plantearse el recurso a un derecho común o a una ley transnacional arbitral, sin embargo, ello también puede ser problemático y no resulta el

⁸³ David P. Leonard et al., *The New Wigmore: A Treatise on Evidence – Expert Evidence (Third Edition)*, §§ 2-6.

⁸⁴ Wigmore, *Evidence in Trials*, § 2285 (“Looking back upon the principle of privilege, as an exception to the general liability of every person to give testimony upon all facts inquired of in a court of justice, and keeping in view that preponderance of extrinsic policy which alone can justify the recognition of any such exception”).

⁸⁵ Reglas IBA, artículos 3(3), 9(2), 9(3).

⁸⁶ Klaus Peter Berger, “Evidentiary Privileges: Best Practice Standards versus/and Arbitral Discretion,” in *Arbitration International*, ed. William W. Park (Oxford: Oxford University Press, 2006), 501-20 (“it is generally acknowledged that there are no established choice of law rules that govern the determination of the law applicable to privileges in international arbitration. The situation resembles that of determining the law applicable to professional ethics of attorneys practising across borders. The problems related to this area have been characterised as ‘the last unresolved mysteries of professional ethics’ or as ‘catch 22 situations.’”); Cfr. Reglas IBA, artículo 9(3); Sourgen et al., *Evidence in International Investment Arbitration*, 237-64.

propósito de este artículo resolver la cuestión.

El privilegio por antonomasia es el de las comunicaciones abogado-cliente⁸⁷. La ley debe buscar la confianza y la comunicación franca entre el abogado y su cliente, de modo que se le pueda brindar consejo legal de forma plena. Si el cliente tuviera la preocupación de que cualquiera de sus comunicaciones con el abogado pueda ser usada en su contra, se dificultaría su acceso a la defensa. El privilegio se activa con toda comunicación que tenga por objetivo la obtención de consejo legal. Así, no toda comunicación con un abogado activa el privilegio, sino que lo relevante es su finalidad.

Relacionado con la misma finalidad, está el privilegio del producto de trabajo⁸⁸. Ningún documento preparado para el litigio puede ser revelado. Ello no solo asegura que cada una de las partes se prepare adecuadamente para su defensa, sino que evita que la contraparte se bene-

ficie de la inversión de la otra para su propia defensa.

Otro privilegio relacionado con la representación de un abogado es la doctrina del interés común, que ocurre cuando dos partes con intereses alineados se comunican para planear la defensa, por ejemplo, como codemandado o code mandante. También aplica cuando hay terceros que colaboran con el abogado, como intérpretes, por ejemplo. La doctrina busca evitar que el intercambio de información entre múltiples actores se convierta en una renuncia al privilegio⁸⁹.

Dado que es un interés sustantivo incentivar la solución amistosa de las disputas, el arbitraje adopta el privilegio de las negociaciones de transacción. Las partes deben tener la seguridad de que sus afirmaciones o lo dicho durante una negociación para terminar con la controversia pueda ser usado posteriormente en su contra. Caso contrario, se desincentivaría la comunicación franca y la posibili-

⁸⁷ Wigmore, *Evidence in Trials*, § 2290-2329; Reglas IBA, artículo 9(2); Sourgens et al., *Evidence in International Investment Arbitration*, 237-64. *Michael Ballantine and Lisa Ballantine v. The Dominican Republic*, PCA Case No. 2016-17, Hearing Transcription - Day 2 - 4 Sept 2018, 439-40 (“Q. And did you have a hand in drafting the pleadings as well, or was that done by your lawyers? MR. ALLISON: I’m going to object to the extent it calls for attorney-client privilege. Please don’t answer that question. MR. Di ROSA: I withdraw the question.”)

⁸⁸ F.R.E. 502; Reglas IBA, artículo 9(2); Sourgens et al., *Evidence in International Investment Arbitration*, 237-64; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et.al. v. United States of America*, Transcript of the Hearing on the Merits - Day One - 1 Feb 2010, 660-61 (“MS. CATE: Mr. Chairman, we’ve conferred with the witness, and the source of the information is, indeed, attorney work product. However, he is able to talk about the information that was provided, and I hope that alleviates any of your concerns. I do not believe it’s necessary to strike Mr. Eckhart’s declaration as a result of his not revealing the source of the information. PRESIDENT NARIMAN: He’s not revealing the source? MS. CATE: He will not reveal the source. It is attorney work product information. NARIMAN: Okay. So, there you have it. He’s not revealing.”)

⁸⁹ Martin and Capra, *New York Evidence*, § 5.2; IBA Rules, artículo 9(2); Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada, ICSID Case No. ARB/16/16, Procedural Order No. 6 (Decision on Common Interest Privilege, Limited Waiver of Privilege and Subject Matter Waiver of Privilege), 18 de enero de 2019.

dad de un acuerdo⁹⁰. En el arbitraje internacional igualmente entran a tallar también otros tipos de privilegios, como la documentación reservada de alta sensibilidad para un gobierno o secretos comerciales o técnicos⁹¹.

IV. Conclusiones

No cabe duda de que las reglas y la práctica estadounidenses han tenido un profundo impacto en el arbitraje internacional, especialmente en el proceso de producción de documentos y en la prueba testimonial. Sin embargo, la medida en que las reglas y la práctica estadounidenses han influido y modificado los procedimientos de arbitraje internacional sigue siendo objeto de gran debate. Como se demuestra en este artículo, aunque existe un mucho interés por la “americanización” del arbitraje internacional, que en algunos contextos puede parecerse más a un litigio estadounidense, muchos profesionales del arbitraje han resistido el impulso y mantienen una práctica arbitral que incorpora lo mejor de las tradiciones del *common law* y del derecho civil.

De hecho, aunque ha habido muchos elementos de las leyes y procedimientos estadounidenses que se han incorporado al arbitraje internacional –como el énfasis en los interrogatorios orales y las solicitudes de producción de documentos– en muchos aspectos, el arbitraje interna-

cional ha rechazado con razón ciertos procedimientos que probablemente añadan tiempo y costes al proceso de arbitraje. Por ejemplo, aunque las deposiciones son una parte aceptada en los litigios estadounidenses (y en muchos arbitrajes domésticos en los Estados Unidos), las deposiciones son poco comunes en la práctica del arbitraje internacional. Otras formalidades que son un pilar de los litigios estadounidenses, como los límites hacia algunos tipos de evidencia y los requisitos de autenticidad, no se han integrado en la práctica del arbitraje internacional. Por último, existen algunas partes de un procedimiento de arbitraje que siguen estando en un limbo entre el derecho anglosajón y el derecho civil. El privilegio es una de esas áreas que aún no ha sido bien definida, y puede recibir (en varios puntos y en varios casos) la influencia de muchas jurisdicciones diferentes y reglas de *soft law*.

Aunque es difícil saber si la incorporación o el rechazo de algunos de estos elementos de las reglas y la práctica estadounidenses es positivo o negativo para la disciplina del arbitraje, una cosa está clara: la flexibilidad del arbitraje para incorporar innovaciones de diversas tradiciones jurídicas y ofrecer un proceso de resolución de conflictos a medida, que las partes pueden ajustar en función de sus necesidades específicas caso por

⁹⁰ Reglas IBA, artículos 9(2), 9(3); Zuberbühler et al., IBA Rules of Evidence, 199-230.

⁹¹ Reglas IBA, artículo 9(2).

Katie L. Gonzalez y Bruno Doig-Gonzales-Otoya

caso, garantiza su longevidad y popularidad hacia el futuro.