

Elementos probatorios en la legislación venezolana de arbitraje comercial

Ivor D. Mogollón Rojas
Abogado (Ucab) LL.M. (Kent)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LAS POTESTADES DE LOS ÁRBITROS EN EL PROCESO ARBITRAL

1. *Los caracteres definitivos del arbitraje.* A. El elemento contractual del arbitraje. a. Tipos de acuerdo de arbitraje. C. Carácter “comercial” del arbitraje. D. Arbitraje Institucional & Ad Hoc”. 2. *La determinación por las partes de los procedimientos arbitrales.* A. Limitaciones a las normativas procedimentales de las partes. 3. *Los poderes procesales de los arbitros.* A. Los poderes procesales implícitos de los arbitros.

II. EL MANEJO PROCESAL DE LAS PRUEBAS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL.

1. *Admisibilidad probatoria.* 2. *La carga de la prueba.* 3. *Medios probatorios específicos.* A. La promoción. B. La deposición de los testigos. C. La opinión de los peritos. D. La inspección judicial sobre el objeto de la disputa. E. La asistencia judicial en la evacuación de pruebas.

III. CONCLUSION

I. INTRODUCCIÓN

Como consecuencia del desarrollo sostenido del Comercio Internacional, el *Arbitraje Comercial Nacional e Internacional* se ha visto convertido, según la posición inveterada de la *comunidad mercantil mundial*, en una -Institución- *esencial*, diseñada para la resolución pacífica de disputas en materia de inversión. Ciertamente, la eventualidad de una disputa legal nunca está ausente en una transacción comercial ya sea, nacional o internacional.¹ En tales disputas, el Arbitraje Comercial, le puede proveer al comerciante de los beneficios de *rapidez y flexibilidad*, y ser una respuesta efectiva para remediar esa desconfianza común que un inversor cualesquiera sea su Nacionalidad suele tener con los Tribunales Ordinarios, sobretudo en países con una seria crisis de Justicialismo, como lo es Venezuela. Aún más, los *caracteres adjudicativos* del Arbitraje se desempeñan bien en esas necesidades *sui generis* que suelen surgir, en caso de una disputa legal, dentro del marco de un Contrato mercantil con elementos extraños y diversos factores de conexión. Muy significativamente, un acuerdo arbitral actúa como una “*Cláusula de elección-del-Foro*” aplicable: Ella le permite a las Partes [de un Contrato Mercantil] satisfacer sus necesidades de un procedimiento para la resolución de disputas *efectivo y predecible*, al crear una -Infraestructura- más *real y aplicable*, que supere las posiciones -*parroquiales*- de los diversos Foros locales. El Principio de *autonomía de voluntad de las partes*, que yace debajo de todo Arbitraje Comercial, le confiere a las partes contratantes, el poder de ajustar un proceso de reparación de situaciones jurídicas infringidas, -*hecho-a-la-medida*- de sus necesidades específicas, limitado tan solo por motivos de eminente Orden Público.² Por lo que el Arbitraje Comercial, puede considerarse,

1 Schmitthoff, Clive M., *Schmitthoff's Export Trade-The Law & Practice of International Trade*. Ninth Edition. London-1990. STEVENS AND SONS. p.646.

2 Carbonneau, Thomas E., “Arbitral Adjudication: A Comparative Assessment of its Remedial and Substantive Status in Transnational Commerce.” *Texas International Law Journal*. [1984] 19: p.33-36.

a tenor de lo antes dicho, como una *Institución de la Sociedad*, reconocida y adoptada extensivamente dentro de la Comunidad Financiera Mundial.³ No obstante, variados factores necesitan ser considerados de manera de determinar ésta actitud *selectiva* del Comercio hacia el *Proceso de Arbitraje*, en lugar de la regla usual: *el litigio en los Tribunales Ordinarios*. Factores tales como, el tipo de Industria involucrada, [las áreas de la Construcción o del Transporte Marítimo de Mercaderías] la región del Globo afectada, [el Mundo Árabe o los Países Menos Desarrollados] e inclusive las Partes mismas de la relación contractual, [caso de Servicios prestados a un Estado en particular] pueden llegar a influir en ésta selección de los comerciantes hacia el proceso de arbitraje. La *-Confidencialidad-* o poca publicidad ofrecida, es otro de los caracteres primarios de un Procedimiento Arbitral. Tradicionalmente, se ha llegado a sostener que el Arbitraje Comercial, es un proceso *más rápido y barato* que un litigio tradicional llevado en los Tribunales Ordinarios, y que los Arbitros suelen tener *mayor experiencia* que los Jueces en las áreas [del comercio] involucradas.⁴ Esto, en un sentido bastante amplio, puede ser cierto, más la experiencia arbitral internacional, ha demostrado (como un ejemplo citado *Infra*) que, al menos en el área de la evacuación de Pruebas, éste elemento de *-ahorro de la diligencia-* no ha sido totalmente cierto. No menos, el uso del Arbitraje para solucionar las disputas comerciales ha surgido evidentemente del juego *interdinámico* entre la *práctica comercial* del Siglo XX y los Sistemas Jurídicos Nacionales. Encarando legislaciones complejas y disputas comerciales, los Sistemas Legales locales, efectivamente han promulgado Leyes Especiales, como la reciente *Ley de Arbitraje Comercial venezolana*⁵, y han emitido Jurisprudencia comprometida con el Comercio Mundial.⁶ Por lo que, éste pragmatismo fundamental del arbitraje, que le otorga ese carácter *-favorecido-* a la Institución entre la comunidad mercantil, hubiese sido ineficiente, caso de haber mediado una ausencia profunda de actitud pragmática por parte de los Cuerpos Legislativos Nacionales y sus Tribunales Ordinarios. Verdaderamente, no podemos dejar de pasar por alto, que ésta posición existente en el Comercio Nacional y en la Economía Internacional en general, confirma la existencia de una *Parcela-de-Terreno* o *Esfera*, que es, *ampliamente independiente*, del dominio de los Estados, y donde la administración de Justicia es obtenida usualmente a través del uso del Arbitraje Comercial. Más, la mera existencia de una Esfera donde los Individuos (cualesquiera de ellos) que se desenvuelven en transacciones mercantiles y establecen sus propias *reglas o normas de conducta*, no pueden considerarse como un resultado aislado de factores Políticos o Económicos. Esta posición, es la consecuencia necesaria de la *inexistencia* de una Infraestructura Legal Internacional en el área de las relaciones privadas, y al mismo tiempo, es la resulta de una tentativa por parte de la Comunidad Mercantil Mundial y Nacional de sobreponerse a ésta carencia, al tratar de evadir lo que se puede considerar, desde el punto de vista del Comercio Internacional, como las *'barreras artificiales'*: es decir, la existencia de diversas estructuras legales de variados Estados Nacionales. Prosiguiendo con ésta manera de pensar, podemos esperar, por lo tanto, que en el *Proceso Arbitral Comercial*, en donde las disputas entre los mercaderes son consideradas y resueltas según sean los requerimientos de los Individuos involucrados, es parte integrante, en la *Teoría General del Derecho*, de la Rama Jurídica del *"Derecho Procesal"*.⁷ Efectivamente, el Arbitraje Comercial, es considerado tanto en el Sistema Jurídico del *Derecho Civil* como en el *Derecho Común Anglosajón*, como una forma específica de solucionar las controversias, por

3 Luzzatto, Riccardo, "International Commercial Arbitration and the Municipal Laws of States." *157 Hague Recueil des Cours* (1977-IV) p.24.

4 De Ly., Filip., *International Business Law and Lex Mercatoria*, T.M.C. Asser Instituut-The Hague. North Holland, 1992. p.83.

5 *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela. N°36.430 de fecha 7 de abril de 1998.

6 Tal como la Sentencia Coca Cola de la Corte Suprema de Justicia del 9 de octubre de 1997.

7 "[A]tenderse a las *Leyes Arbitrales* sin tomar en consideración los aspectos amplios del Proceso [Y de su Teoría General] es una *representación unidimensional* de una Estructura Multidimensional." Wetter., J., *The International Arbitral Process: Public and Private*. (1979) Vol. IV. p.285.

medio de una o más personas, que derivan sus *poderes decisorios* de un *Acuerdo* concluido por las partes de éste Convenio, y cuya *decisión* final resulta *obligatoria* para ellos.⁸ A pesar de esto, la concepción *prístina* de la institución, como la hemos esbozado antes, ha cambiado substancialmente en su *simplicidad*. El Proceso Arbitral moderno, se ha convertido en uno más complejo, más legalista y más institucionalizado. La *encomienda principal* de un Tribunal Arbitral es la de considerar los argumentos y las pruebas de las Partes para luego rendir un Laudo vinculante. Más, considerando la conducta de los Procedimientos Arbitrales en particular, uno puede encontrarse con una *disparidad confusa de Normas de Procedimiento*, y ultimadamente, con las *Normas* mismas para la evacuación, presentación y ponderación de evidencia o "*Derecho Probatorio*." El problema básico que un Tribunal Arbitral encara, por lo demás, es, cuando el Tribunal o sus Arbitros designados provienen de dos Sistemas Legales disímiles: Del *Derecho Común Anglosajón* [de Corte Contencioso] o del *Derecho Civil* [de Corte Inquisitorio]⁹ Sin embargo, la interrogante que surge el cualquier arbitraje comercial, es la manera mediante la cual los hechos de un Caso en específico a ser arbitrado, llegará a ser indagado por el Tribunal Arbitral. Es la manera de promover las Pruebas de esos hechos, su admisibilidad, su relevancia y su significado, lo que determina tanto la conducción como el resultado de un Arbitramiento.¹⁰ Las *Pruebas* se convierten entonces, de una importancia superior en un Proceso Arbitral Comercial, y se desempeñan con un rol más eminente que los que, tales Evidencias, podrían tener en un Procedimiento llevado a cabo por ante un Tribunal Ordinario, puesto que aún la misma Ley Aplicable en el caso en concreto, en aquellos Sistemas Legales donde el Principio de *-Ius Novit Curia-*, no es considerado extensivamente, debe ser objeto de una actividad probatoria por parte de los actores del proceso arbitral.¹¹ Esta posición ha sido confirmada por un Laudo Arbitral emanado dentro del contexto de la Cámara Internacional de Comercio de París [La "CCI"] en 1984, donde se llegó a establecer que: "[L]a Ley que rige los méritos de la disputa ha de ser probada por las Partes como un Hecho, salvo, ésta sea conocida por los Arbitros."¹² En consecuencia, en ésta Monografía, se llegará a enfocar en la materia propia de los *aspectos probatorios del Arbitraje Comercial*. Indubitablemente, el campo del Arbitraje mismo, es un área más amplia, por lo que el alcance de la presente se referirá brevemente, a la *competencia de los Tribunales Arbitrales en el proceso de promoción y evacuación de elementos probatorios para un Procedimiento Arbitral Comercial*. Además, la Normativa especialmente dictada por las Organizaciones Arbitrales Internacionales u otras Organizaciones Internacionales, para el proceso de compilación de pruebas para un Arbitramiento, serán consideradas de una manera *simple y no exhaustiva* (y de modo alguno, *hermenéutica*). Debido a que el Arbitraje suele compartir muchos elementos [Leyes-Normas e Instituciones de la Teoría General del Proceso] de los componentes empleados para la resolución de controversias por los Tribunales Ordinarios, éstos aspectos en la medida que sean aplicables al Proceso Arbitral serán por lo demás, considerados. Aspectos tales como, las *Normas de Procedimiento* que se refieran a las *Audencias Arbitrales* y el *manejo* de la Pruebas por parte de los Organismos Arbitrales, La *Juris-*

8 "[L]a base última del Arbitraje es la sumisión voluntaria de las Partes a una forma especial de litigio privado que es aceptada, tolerada y sancionada por el Derecho Internacional Público y las Leyes de la mayoría de las Jurisdicciones civilizadas." Wetter., J., *Legal Frameworks of International Arbitral Tribunals-Five Tentative Makings*. (1981) p.274. En éste mismo sentido ver DE VRIES., Henry P., "International Commercial Arbitration: A Contractual Substitute for National Courts." *Tulane Law Review*. (1982) 57: p.43.

9 Herrmann., Arthur L., "The Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration: Introduction and General Provisions." p.7. en *Essays on International Commercial Arbitration*. Edited by Peter Šarcevic. (1989.) Martins Nijhoff.

10 Marriott., Arthur L., "Evidence In International Arbitration." *International Arbitration*. [1989] 5: p.281.

11 Rubino-Sammartano., Mauro., *International Arbitration Law*. Deventer-Boston. 1990. Kluwers Law And Taxation Publishers. p. 367.

12 Derains-Jarvin., *Chronique es Sentences Arbitrales*. Clunet, 1986. p.1.137.

prudencia del dictada por parte del Tribunal Arbitral que medió los Reclamos entre los Estados Unidos de América y la República Islámica de Irán, y de los aspectos específicos de promoción y evacuación de Pruebas por parte del “*Reglamento General*” del *Centro de Arbitraje* de la *Cámara de Comercio de Caracas*,¹³ serán elementos a ser tomados en consideración, en la discusión que sigue.

II. LAS POTESTADES DE LOS ARBITROS EN EL PROCESO ARBITRAL

1. *Los caracteres definatorios del arbitraje*

El Arbitraje Comercial posee básicamente, un elemento contractual y uno judicial. Ambos elementos, mezclados a través del Derecho y la práctica, le han otorgado a ésta Institución un carácter genuinamente *híbrido*. Efectivamente, todo Arbitraje empieza con un Acuerdo privado entre dos Partes Contratantes, y continúa, dado el caso, con un Procedimiento electo por aquellas dos Partes. Sin embargo, éste Proceso finaliza con la emisión de un Laudo vinculante, que al ser emanado de una persona cualificada, *el Arbitro*, los Tribunales de la mayoría de los Países Civilizados terminarán por ejecutar judicialmente, caso de que una de las Partes no desee darle el cumplimiento voluntario al Laudo Arbitral.

A. *El elemento contractual del arbitraje*

Un Acuerdo o Convenio diseñado por las Partes involucradas es la piedra angular de la Institución Comercial analizada. Ciertamente, no habrá procedimiento arbitral alguno, si la Partes interesadas no hubiesen sometido sus personas a éste tipo de método para la solución de las disputas.¹⁴ En éste sentido, la autonomía de la voluntad de las partes, juega un efecto determinante. Es solo la voluntad de éstos individuos, lo que otorgará la ‘*Jurisdicción*’ a una tercera persona, selecta por ellos mismos, para resolver la disputa en cuestión, bajo ciertas normas, diseñadas o electo por esas mismas Partes Contratantes.

a. *Tipos de acuerdos de arbitraje*

Básicamente, existen dos (2) tipos de Acuerdos Arbitrales. El primero y quizás el más común, es el Acuerdo donde las Partes convienen, en un Contrato cualesquiera, que en caso de mediar una disputa futura entre ellos, la controversia sería considerada y resuelta bajo la figura de la Institución Arbitral, en lugar de llegarse a recurrir a los Tribunales Ordinarios. Esto se le conoce como la ‘*Cláusula Arbitral*.’ El otro tipo de Acuerdo de Arbitraje, es el cual contempla la solución de una disputa ya existente, claro está que presupone un estado contractual más avanzado, donde las Partes ya han iniciado a cumplir (o incumplir) con sus Obligaciones principales. Por lo que se espera que, el Convenio Arbitral, llegue a solucionar un conflicto surgido. Se le refiere, a éste tipo de Convenio, como una ‘*Sumisión a Arbitraje*’ o ‘*Compromiso Arbitral*.’ Esta distinción entre los Acuerdos de Arbitraje, aparte de las implicaciones fácticas, prácticas y teóricas que conlleva, tiene una importancia radical, como consecuencia de la actitud de ciertos Países de permitir (*casi a regañadientes*) que las disputas futuras sean resueltas por un Proceso Arbitral. Esta posición no solo es la demostración de cierto resentimiento de un Foro local por perder sus Poderes Jurisdiccionales, y cederlos a un Panel Arbitral, más estos Países, que proceden de éste modo argumentan, que el *consentimiento legítimo*, y la *confidencialidad interpartes*, no está presente, puesto que las Partes Contratantes, no pueden llegar de inmediato (y *ab initio*) a designar a un Arbitro que resuelva

13 Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas. Caracas, veintitres (23) de febrero de 2000.

14 Posición sostenida en el Caso del Derecho Inglés, conocido como: *Compagnie Européene des Cereals SA v. Tradax Export SA*. [1986] 2 Lloyd’s Reports 301, 306.

la disputa futura. Por lo que estos Países (y sus Sistemas Legales locales) solo reconocerán como válidos, en Principio, y de no mediar una Ley Especial sobre Arbitraje Comercial, la segunda forma de Convenio Arbitral, es decir, la *Sumisión al Arbitraje*.¹⁵ A pesar de éstas incertidumbres, Convenciones y Documentos Internacionales, reconocen y fomentan el uso bivalente tanto de las ‘Cláusulas Arbitrales’ como de la ‘Sumisión a Arbitraje’ de manera de llegar a solucionar disputas comerciales internacionales.

El Protocolo de Ginebra sobre Cláusulas Arbitrales de 1923 ya proveía que:

“Cada uno de los Estados Contratantes reconoce la validez de un Convenio, ya sea que se relacione con diferencias existentes o futuras, entre las Partes sujetas respectivamente a la Jurisdicción de los diferentes Estados Contratantes.”

Y la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958, sostiene que:

*“Cada Estado Contratante deberá reconocer un Acuerdo escrito bajo el cual las Partes convienen en someter a Arbitraje todas o alguna diferencias que haya surgido o que pueda surgir entre ellas.”*¹⁶

Posiciones similares, les hallamos en la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional (Panamá-1975)¹⁷, y ultimadamente, en la Ley Tipo o Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho del Comercio Internacional [en lo sucesivo referida como Ley Modelo de la *UNCITRAL*] de Junio de 1985.¹⁸

B. El elemento judicial del arbitraje

El Arbitro, actuando como un Juez Privado seleccionado por las Partes en un Acuerdo de Arbitraje, debe en el desarrollo del Proceso, tratar las interrogantes sometidas bajo su consideración del mismo modo que lo haría un Juez designado por el propio Estado. Según éste punto de vista, un procedimiento arbitral justo le impone al árbitro, ciertas obligaciones jurídicas y morales que cumplir. Efectivamente, como en toda Profesión liberal, el árbitro debe insuflar a su labor la *debida diligencia* en el transcurso del desempeño de ésta. Más el árbitro debe de actuar, (y aunque parezca una redundancia) *jurídicamente* a través de todo el Procedimiento. Por tal actitud, entendemos que él deberá de asegurarle a las Partes de la Controversia un *juicio imparcial*. Juicio que esté imbricado con la concepción o Garantía de tener un *Debido Proceso de Ley*, y de tener la *Oportunidad de Defenderse ante Alegaciones contrarias de alguna persona*. Un Panel Arbitral, no deberá discutir un caso solamente con una de las Partes del litigio, ante la ausencia de la otra¹⁹; de manera similar, si el árbitro recibe una Comunicación de una de las Partes, él deberá de inmediato hacérsela saber a la Contraparte. Y si el árbitro procede a acordar una Medida de Inspección Judicial, en el sitio que es objeto de la Controversia [e.g. Una Construcción Civil, un Carguero Marítimo o una Insti-

15 David, René., *Arbitration in International Trade*. (Deventer, 1985.) p.171.

16 Artículo II.1 de la Convención de Nueva York.

17 International Legal Materials (1975) 336. Artículo 1 de la Convención.

18 El Artículo 7 (1) de la Ley Modelo define a un Acuerdo de Arbitraje como “[U]n Acuerdo por medio del cual las Partes someten al Arbitraje todas o algunas disputas que hayan surgido o que puedan surgir entre ellas con respecto a una relación jurídica definida, ya sea contractual o no. El Acuerdo Arbitral puede constar en una Cláusula Arbitral de un Convenio o en la forma de un Convenio por separado.”

19 Empero, el Artículo 52, aparte Primero del Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, [Referido de ahora en adelante como el Reglamento], permite que si una de las partes, habiendo sido convocada, no comparece sin excusa válida a juicio del Tribunal Arbitral, éste podrá continuar con la celebración de la Audiencia convocada con antelación.

tución Financiera], él deberá asegurarse que ambas Partes interesadas estén notificadas que se procederá a efectuar la Medida de Inspección de manera que ambas estén presentes en el momento que ésta se llevará a cabo, quedando a salvo la posible Solicitud respectiva por ante el Tribunal Ordinario competente que asista en la evacuación de alguna Prueba. En las *Audiencias Arbitrales*, el *actuar* Judicialmente significa que ambas Partes, tendrán del Panel o del árbitro un *tratamiento igualitario*, en poder exponer sus alegatos y defensas. De tener el Derecho de traer Testigos al Proceso, y de exponer posiciones o puntos de vista ante el Panel mismo. Documentos Internacionales, tales como la Ley Modelo de *UNCITRAL* llegan a referirse sobre éste aspecto, cuando ésta Normativa sostiene que un Tribunal Arbitral puede llegar a efectuar el arbitraje de la manera que considere apropiado, provisto que las Partes sean tratadas por igual, y que en cualquier nivel del Arbitraje, cada parte le sea concedido la oportunidad de presentar sus alegatos.²⁰ Con respecto al elemento Moral, el ser árbitro, siendo un *auxiliar de la Justicia*, lleva consigo ciertas cargas *morales o deontológicas*, tales como la: *Confidencialidad, Discreción e Imparcialidad*, y el debido respeto a todos los demás miembros del Panel, de las Partes del Proceso, así como de los Testigos y Expertos que intervengan. Los mencionados deberes son, en si mismos, obligaciones *deontológicas* que el árbitro posee. Además, como buen *auxiliar de la justicia* que es un árbitro, no deberá llegar a aceptar el nombramiento que sobre él recaiga para dirigir un Proceso Arbitral, si se considera incompetente para comprender el objeto de la disputa o el lenguaje de las Partes. Cabe mencionar que en el contexto del Arbitraje Domestico en los Estados Unidos, esa Jurisdicción ha desarrollado un *Código de Conducta* de manera de poder regular estos aspectos *Morales*.²¹ Paralelo a éste intento, la Organización Jurídica Internacional [la *International Bar Association*, denominada como *IBA* en lo sucesivo] ha emitido por lo demás una *guía ética* destinada a los árbitros en el año de 1987.

C. *Carácter 'comercial' del arbitraje*

Un elemento más tienden a caracterizar ésta Institución Jurídica bajo consideración. Él viene a ser el resultado de un escenario típico donde el comercio global y el arbitraje se ubican: la arena del comercio transnacional. No obstante, debemos especificar en cierta extensión lo que debemos comprender incluido bajo éste concepto dado. El término '*Comercial*' aparece para terminar de distinguir la Institución Arbitral de aquella que se realiza, a nivel Foráneo, más se involucra, excluyentemente, con Estados Soberanos solamente. Relacionándose comúnmente para solucionar problemas limítrofes, y responsabilidad del Estado en el ámbito internacional. El término, se aplica por lo demás, para excluir el Arbitraje interno, que se refiere a problemas laborales o de Derecho de Propiedad o *arbitraje civil*. Cuando se considera ésta palabra, debemos poner atención a las expresiones de '*comercio*' y '*transacciones comerciales*', puesto que ellas le darán un significado total al término *comercial*. La Ley Modelo de la *UNCITRAL* en su *pie de página* al *Artículo 1°* nos establece la posición, de que, ha de dársele una interpretación amplia al término '*comercial*', para llegar a incluir en él, todas las situaciones que surjan de una relación de *naturaleza comercial*, ya sea mercantil o no, y entre otras, señalas las siguientes categorías como relaciones de naturaleza comercial: transacciones de oferta o cambio de mercancías o servicios, acuerdos de Distribución, de Agenciamiento, Factoring, Leasing, Construcción Civil, Consultoría, Licenciamiento de Ingeniería, Inversión Financiera, Banca y Seguros, Acuerdos de Explotación y Concesión, Joint Ventures, Cooperación Comercial y el Transporte de Carga de y Pasajeros.²²

20 Normas Arbitrales de la Uncitral. Artículo 15.

21 American Bar Association (ABA)/American Arbitration Association (AAA.) *Código de Ética. X Yearbook Of Commercial Arbitration*. [1985] p.131.

22 Texto Adoptado por la Uncitral el día 21 de junio de 1985.

D. Arbitraje Institucional & 'Ad Hoc'

Cuando las Partes de un Contrato redactan un Convenio Arbitral, éstas puede elegir de llegar a tener el Proceso Arbitral en la forma de 'Arbitraje Institucional' o por medio de un Arbitraje 'Ad Hoc.' El Arbitraje 'Ad Hoc' se lleva a cabo bajo las reglas de procedimiento que las Partes pudieron haber diseñado para tal efecto, luego que la disputa haya surgido. Las Partes, como se discute luego, tienen el poder de redactar Normas Procedimentales a seguir en el desarrollo normal de un Arbitraje. Normalmente, cuando las Partes han acordado en instituir un Procedimiento Arbitral, en caso de un eventual impase en un Contrato Comercial Internacional, ellas han procedido de tal manera, más sin llegar a diseñar los futuros procedimientos arbitrales (incluyendo aquellos referidos al tema *probatorio*.) En la redacción subsecuente de las normas, éstas serán el resultado de la voluntad de las Partes, la determinación del Panel Arbitral, o una mezcla de ambas posiciones. Mas indudablemente, será la voluntad de las Partes la que tendrá la palabra final en todo éste asunto. No menos, de manera de obtener un mínimo de uniformidad, el uso de las Normas de Arbitraje de *UNCITRAL* en éste contexto es altamente recomendado.²³ El 'Arbitraje Institucional' al contrario, es aquel llevado a cabo bajo la supervisión de un Cuerpo Arbitral Internacional, que separadamente, ha diseñado y aplicado sus propias Normas de Arbitraje. Sin duda alguna, cuando analizamos éste aspecto los nombres de la *Cámara de Comercio de París, (CCI) la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, (LCIA) el Centro Internacional para la Solución de Controversias de Inversión (ICSID) y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, y el hoy día creado "Centro de Arbitraje"* de la *Cámara de Comercio de Caracas*, vienen a ser consideradas. Como mencionábamos antes, las Normas de Procedimiento de un Arbitraje de éstas Instituciones han sido diseñadas de antemano, por lo que la conducta de los árbitros ha de adaptarse a esas Normas cuando un Caso es llevado a la consideración y administración de esos Cuerpos de Arbitraje Internacional. Cabe mencionar, que las *ventajas y desventajas* de ambos tipos de Arbitraje, escapan del sentido de la presente Monografía.

La determinación por las Partes de las Reglas del Procedimiento en el Arbitraje. Los Procedimientos Arbitrales son llevados a cabo usualmente, tratando de hacer una semblanza de los Procesos Ordinarios de los Tribunales, quizás, ello sea una consecuencia de la obligación del árbitro de actuar '*judicialmente*', y de la práctica común en los Tribunales de los Abogados o Juristas. Sin embargo, un árbitro ha de tener en mente, que a todo evento, él deberá de actuar, en el desempeño de sus funciones, en un escenario totalmente distinto al que se le presenta a un Juez Ordinario. La posición del árbitro difiere además, particularmente en un arbitraje comercial, puesto que los poderes y normas procedimentales del Tribunal Arbitral surgirán solo con el concurso de la voluntad de las Partes. Un árbitro que siga la *ratio quo* del Arbitramiento no llegará a aplicar directamente, y en ausencia de cualquier autorización en contrario de las Partes, las normativas procedimentales locales en el proceso arbitral que se le presenta. Él tiene que aplicar las Normas de Procedimiento establecidas inicialmente en el Convenio Arbitral. No obstante, el árbitro, teniendo cierto poder de *Jurisdicción*, y actuando en concordancia con las Normas emitidas por las Partes, podrá elegir y aplicar ciertas regulaciones procedimentales *locales* al Procedimiento Arbitral.

2. La determinación por las partes de los procedimientos arbitrales

Puesto que Ina Institución Arbitral es una derivación de la voluntad de las Partes, las subsecuentes Normas Procedimentales a ser seguidas por los árbitros podrán ser definidas por éstas mismas.²⁴ Las Partes, en éste sentido, cuando redactan una Cláusula Arbitral en un

23 U.N. Resolución 31/98 - Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 15 de diciembre de 1976.

24 Posición sostenida en el Artículo 19 (1) de la Ley Modelo de Uncitral, que establece: "[S]ujeto a las disposiciones de la presente Ley, las Partes se encuentran en total libertad de acordar el Procedimiento a ser seguido por el Tribunal Arbitral en el desempeño del Proceso."

Contrato Mercantil, pudieron haber establecido las Normas de Procedimiento a ser seguidas. Más ésta posición no es común: ellas pueden haber redactado la normas de procedimiento arbitral una vez que la disputa haya surgido, en la consecuente sumisión a arbitraje. Más comúnmente, como cuando se elige un Cuerpo Institucionalizado como la CCI de París, éstas, las Partes, se verán obligadas a seguir las Normas de esa Organización Arbitral particular. Sin embargo, las Partes pueden llegar a elegir la Normas de Procedimientos de un País en específico (por lo que se demuestra que la *flexibilidad* es sostenida por ésta Institución.) Aún más, éstas podrán determinar en el medio de un Arbitraje, el llegar a cambiar las Normas de Procedimiento existentes, cambiándolas por otras nuevas, y retractándose de acuerdos previos de procedimiento a seguir.²⁵ Antes de seguir adelante, debemos hacer notar que debido al carácter *comercial* de las disputas sometidas a arbitraje, la separación de las Normas Procedimentales Locales (cuando ello no signifique violación al Orden Público), es altamente deseable en cualquier Proceso Arbitral. Muchos elementos están en relieve, por lo que resulta negativo concatenar al Procedimiento Arbitral a ciertas formas procedimentales específicas de un Foro: la Nacionalidad de las Partes, el lugar mismo del Arbitraje, el bagaje jurídico de los árbitros (Que puede ser de Sistemas Jurídicas opuestos.) Parece entonces mejor que en las “*Condiciones de Sometimiento*” de las Partes (también conocida como la *Solicitud de Arbitraje*),²⁶ y en cualquier *Conferencia previa a las Audiencias Arbitrales*; las Partes y los árbitros se reúnan y diluciden con respecto a cualquier incidencia procedimental que pudiere surgir. Ello simplificará los Procedimientos futuros y demostrará, aún más, la esencia flexible del arbitraje, cuando los árbitros o las Partes encuentren de común acuerdo las Normas de Procedimiento a seguir de acuerdo a las circunstancias y a las Partes involucradas en la problemática. Similar, las Partes deben acordar en las maneras y los modos en la cual las Pruebas han de ser recolectadas y presentadas, en caso de no existir ningún tipo de Regla para la evacuación de Pruebas. Las interrogantes son, a éste nivel: ¿El arbitraje será llevado a cabo con el uso exclusivo de Documentos? ¿Habrán Audiencias públicas y a viva voz? El Uso de medios de *Preconstitución de Evidencia (DISCOVERY) del Derecho Anglosajón*, y hasta la posibilidad de permitir que se *reexamine* a los Testigos presentados por las Partes, ¿serán permitidos?. Estas cuestiones han de ser resueltas por las mismas Partes.

A. Limitaciones a las normativas procedimentales de las partes

Tal como cualquier otra Institución Judicial, la *voluntad de las Partes no es ilimitada*. A pesar del hecho que la voluntad común de las Partes es un elemento determinante en un Arbitraje Comercial, su conducción debe respetar ciertos Principios básicos del Derecho Natural. Indubitablemente, una consideración esencial al redactar Normas Procedimentales para Arbitraje, será que el Proceso sean llevado a cabo de una manera *justa*, que cada Parte tenga una oportunidad de presentar alegaciones y pruebas, y de *argüir su caso*.²⁷ Esto es importante, primero, porque distinto como sucede en un Tribunal Ordinario, las apelaciones no pueden rápidamente ser obtenidas para recurrir de un Laudo Arbitral²⁸; y segundo, puesto que la Parte ganadora de un Procedimiento Arbitral estará interesada en la lealtad y probidad judicial del Proceso, puesto que su contraparte perdedora puede recurrir del Laudo vinculante

25 Holtzmann., H., “The Conduct of Arbitral Proceedings.” *UNCITRAL’s Project for a Model Law on International Commercial Arbitration*. Edited by P. Sanders. Deventer, 1984. p.132.

26 “El propósito de las condiciones de sometimiento es la de definir el contexto de la disputa, de especificar las reclamaciones de las Partes, y de enumerar cualquier punto en discusión.” Jarvin., Sigvard., “The Sources and Limits of the Arbitrator’s Powers.” *Contemporary Problems in International Arbitration*. Edited by Julian D.M. Lew. Dordrecht, 1987. Martinus Nijhoff Publishers. p.58.

27 McCLELLAND., Arden G., “International Arbitration: A Practical Guide for the Effective Use of the System for Litigation of Transnational Commercial Disputes.” *International Lawyer*. [1978] 12: p.76.

28 SANDERS., Pieter., “Appeals Procedures in Arbitration.” *International Commercial Arbitration*. (1974-1975) p.112-129.

final bajo los postulados que el Proceso Arbitral fue injusto en contra suya, de manera de llegar a impedir la debida defensa de sus intereses, o la debida diligencia en la presentación de sus reclamaciones. Como podemos evidenciar, las Partes *no tienen una libertad absoluta en la determinación de las Normas Procedimentales Arbitrales a ser seguidas en los Procedimientos por el Panel*. Algunos Estándares básicos de Justicia, enraizados en la noción del “*Debido Proceso de Ley*” han de ser expuestos, de manera de asegurar su cumplimiento en los Procedimientos Arbitrales por seguir. Estos Estándares básicos se derivan de dos (2) Principios. El primero, se refiere al Derecho de las Partes a estar presentes en el Proceso; que el Proceso no sean llevado a cabo a sus espaldas; y que éstas puedan ser escuchadas (*‘Audi Alteram Partem’*) El segundo, se refiere al Derecho de estar informados de las alegaciones de la otra Parte; el Derecho de poder conocer y percatarse de las Pruebas de esa otra Parte; el Derecho Absoluto de argüir sobre el contenido, validez y ponderación de los argumentos y Pruebas de las Partes. Estos es el *Principio de Contradicción de las Pruebas y sus Alegatos*.²⁹

3. Los poderes procesales de los arbitros

El ámbito de la autoridad de árbitro, tal como hemos venido discutiendo, llega a determinarse por los términos expresos o implícitos del Acuerdo de Arbitraje celebrado por las Partes. Estas pueden conferir amplios poderes sobre el árbitro para conducir los Procedimientos tal como éste desee, sujeto solo a las limitaciones de *Justicia Natural* y *Orden Público*. Efectivamente, el Acuerdo *interpartes*, el cual es la fuente primaria de los poderes del árbitro para conducir el Proceso, pueden ser muy o poco específicos con respecto a que poderes el árbitro tiene, y puede circunscribir la discrecionalidad que éste tiene en la ausencia de un acuerdo (específico.) Las Partes, por lo tanto, pueden conferir poderes al árbitro ya sea *directa o indirectamente*. Una *concesión directa* de los poderes arbitrales se contempla naturalmente en el Convenio de Sumisión a Arbitraje; de manera similar esto es realizado en las Condiciones de Sometimiento (o Solicitud) antes que los Procedimientos den inicio. Aquí las Partes permitirán al árbitro manejar los Procedimientos Arbitrales, conducir las Audiencias, escuchar y tomar nota de los argumentos y alegatos de ambas Partes, designar Expertos, evaluar Documentos, y evacuar Pruebas. La concesión indirecta de los Poderes del árbitro, será el resultado de la intención de las Partes en someterse ellas mismas a la Jurisdicción de las Normas de Arbitraje de una Institución Especializada como la *CCI* de París o la *LCIA* de Londres; o también a las Normas de Arbitraje de *UNCITRAL*. Esta sumisión será ponderada como un Acuerdo entre las Partes involucradas, para adoptar esas Normas particulares, y para otorgar al árbitro, los poderes conferidos a éste, en concordancia con ese conjunto de Normas.³⁰ Con referencia particular a las Normas Arbitrales de *UNCITRAL*, la Sección III (Artículos 15-30) establece específicamente una serie de directivas en la manera de llevar a cabo el Procedimiento. Más el elemento esencial, es su *Artículo 15.1.*, que establece el control del Proceso al árbitro, tal *‘como él considere apropiado’*, provisto que la igualdad y un trato justo a ambas Partes sea mantenido.³¹ Las Normas de Procedimiento de la *CCI* son menos detalladas en aspecto de Procedimiento a seguir, fundamentalmente, los Artículos 14, 15 & 20 son los cuales regulan la materia (El Derecho a ser Escuchado-El Poder del árbitro de designar Expertos-&-La Potestad de elegir a los Documentos como el único medio probatorio admisible en el Proceso, son Normas aceptadas aquí.)

29 HOUTTE., Hans Van., “Conduct of Arbitral Proceedings.” *Essays of Intl. Comm. Arb.*, p.126.

30 Doctrina habida en el Caso *Inglés Dalma Cement Ltd. v. National Bank of Pakistan*. [1978] Queen’s Bench 9.

31 Redfern Allan., & Hunter., Martin., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Second Edition. London, 1991. Sweet & Maxwell. Pp. 259.

A. *Los poderes procesales implícitos de los árbitros*

Las Partes a un Proceso Arbitral, especialmente en las del tipo ‘*Ad Hoc*’, usualmente establecen los Principios Generales en la manera mediante la cual las Audiencias serán llevadas a cabo por los Árbitros. De manera similar, en caso de un Arbitraje Institucional, los Cuerpos Arbitrales estipulan en sus Normas de Procedimiento, han tendido a estipular las Normas Básicas para las Audiencias Arbitrales, estableciendo *probidad, lealtad e igualdad a las Partes*, más dejando el resto del trabajo a los árbitros. Evidentemente, cuando cualquier determinación directa de las Partes se encuentra ausente, el árbitro es confiado a determinar ‘*como él considere apropiado*’ en el caso en particular, el Proceso a seguirse en tal oportunidad. La Ley Modelo de *UNCITRAL* ha reconocido éste Poder de los árbitros de llegar a determinar las Normas de Procedimiento, en su *Artículo 19 (2)*, el cual establece que:

“[F]altando tal Acuerdo, el Tribunal Arbitral puede, sujeto a las disposiciones de la presente Ley, conducir el Arbitraje de manera tal como éste considere apropiado. El poder conferido al Tribunal Arbitral incluye el poder de determinar la admisibilidad, relevancia, importancia y peso de cualquier evidencia.”

Como puede ser evidenciado, la Ley Modelo le permite al árbitro el establecimiento del Procedimiento que él considere apropiado en un caso específico. No obstante, el requerimiento de igualdad e imparcialidad ha de estar siempre presente, en las Normas Arbitrales de Procedimientos establecidas por éste a ser aplicadas al caso en específico. Las Normas de Arbitraje de la *CCI*, el *Artículo 15* en especial, le deja cierta subsidiariedad a la determinación normativa del árbitro, cuando existe una ausencia tanto de las Normas de la *CCI*, como de la determinación de las Partes del Procedimiento a seguirse. Además, bajo éstas Normativas, el árbitro puede llegar a decidir aplicar una Norma específica de la Ley Local. También, éste podría llegar a aplicar las Normas que él considere en adaptarse mejor al arbitramiento en cuestión, ponderando por igual aquellas Normas Locales y esas otras que éste considere aplicables al caso, más “*en fomento de la Imparcialidad y la Justicia*”³² Y en tanto que el *Artículo 47* del *Reglamento General* de la Cámara de Comercio de Caracas, establece, que en todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuentas las estipulaciones del contrato y lo usos y costumbres mercantiles. Norma ésta última que consideramos fundamental para el desarrollo de la *Lex Mercatoria* en nuestro país. A éste nivel, un punto interesante surge en consideración. Toda la Institución Arbitral, tal como sostuvimos desde el principio, deriva del Acuerdo de las Partes. Por lo tanto, las Reglas de Procedimiento a ser aplicadas, ya sea directa o indirectamente, son establecidas por esas mismas Partes. Un árbitro habrá de someterse a éstas Normas Procedimentales, y someter a la consideración de las Partes, las Reglas determinadas por él para llenar los vacíos dejados por las Partes. Consultando a éstas, sobre su posición sobre dichas Normas redactadas por él mismo. Desde un punto de vista sencillo, uno bien podría seguir ésta posición sin contrariedad alguna: verdaderamente, si un arbitraje es una Institución derivada de un Acuerdo establecido por una Partes Interesadas, ellas también podrán redactar o seleccionar ciertas Normas a ser aplicadas en aquellos Procesos Arbitrales futuros. Además, ésta actitud sería explicable en caso de que el árbitro llegue a elegir un Procedimiento Probatorio *sumamente costoso*, o trate de imponerle inexorablemente sobre las Partes (a falta de estipulación expresas de éstas) una Institución Probatoria muy apegada al *Derecho Civilista*, como por ejemplo el uso intensivo de la *Prueba Escrita* [*Audiencias Arbitrales donde se considerarán solamente Documentos provenientes de las Partes*] a un Individuo que no conoce tal preponderancia probatoria, como consecuencia de sus experiencias judiciales propias del *Derecho Común Anglosajón*. Si un árbitro desea adoptar tal comportamiento, en ausencia de una determinación explícita de las Partes, él puede llegar a consultar la opinión de éstas antes de proceder a continuar los Procedimientos, y aplicar aquellas

32 Jurisprudencia del Caso N° 3998 de la CCI.

Normas determinadas por éste. Más Nosotros nos referimos, en éste caso hipotético, que a tenor de los Conceptos emitidos por el *Artículo 19 (2)* de la Ley Modelo de *UNCITRAL* y el *Artículo 15* de la *CCI*, el árbitro bien podría llegar a proceder de éste modo comentado, sin llegar a considerar, antes, la posición de las Partes.³³ A pesar de esto, en respeto de las Partes y de su voluntad, la necesidad de evitar demoras injustificadas en el Procedimiento Arbitral y de un mínimo respeto del árbitro por él mismo (como ser humano y auxiliar de la Justicia) en cualquier caso el árbitro si debe llegar a consultar las Partes de la disputa cuando sus consideraciones le impongan llegar a adoptar un dispositivo procesal que pueda ser *demasiado oneroso* u óptimo de ser considerado por esas Partes como *objetable*. Adicionalmente, el argumento de la certeza legal entre en juego. Si el árbitro decide, cada vez que se halle con una *Laguna Legal* en las Normas de Procedimiento redactadas o seleccionadas por las Partes, aplicar su voluntad individual sin mediar consulta con éstas, las Partes no estarán capacitadas en llegar a saber cuando éstas entren en un Convenio Arbitral, que tipo de Arbitraje ellas llegarán a tener.³⁴ Según éste mismo modo de pensar, si las Partes deciden, modificar la solución dada por el árbitro o Norma de Procedimiento, lo mejor que éste puede hacer en nombre de la *Imparcialidad* que recae tras su designación como árbitro, es la de renunciar a su nombramiento. Si sus *conocimientos y artes jurídicas* han sido desechadas, desconocidas y hasta desautorizadas, su *voluntad alterada* puede hacerle influenciar los procedimientos de una manera que pueden llegar a ser *parciales*.

III. EL MANEJO PROCESAL DE LAS PRUEBAS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL

1. Admisibilidad probatoria

De manera de determinar la existencia o ausencia de los *hechos* alegados por las Partes en sus Escritos, Solicitudes o *Peticiones*, el árbitro debe considerar todas las Pruebas que estén acordes con la Ley y la Justicia, y decidir sobre su *admisibilidad*. El concepto de *admisibilidad* deber ser entendido en un sentido *negativo* y exclusivamente legal. La “*Teoría General de la Prueba*” nos implica ciertos ‘*cánones de exclusión*’, esto es, normas legales que dictan que la Prueba no ha de ser aceptada por el Juez, aún cuando ésta sea una *Prueba Material* (o una Prueba que tiene una influencia efectiva o relacionada con la controversia) y *Relevante* (o una Prueba suficientemente capaz de probar o negar un hecho alegado.) Subsecuentemente, surge la presente interrogante: ¿Cuál ha de ser la posición de un árbitro con respecto a éste hecho de la *admisibilidad*? Antes que todo, el Principio de *flexibilidad procesal arbitral* ha de ser aplicado en toda su extensión en la Institución misma del Arbitraje Comercial.³⁵ Por lo tanto, el Principio rector que ha de estar detrás del hecho de la *admisibilidad*, ha de ser, que cualquier Prueba que sea beneficiosa para llegar a determinar los hechos de la disputa, ha de ser admitida.³⁶ En éste sentido, los árbitros comerciales, prefieren concentrarse en la determinación de todos los hechos necesarios para la resolución del caso arbitral, en lugar, de limitarse ellos mismos con Principios Probatorios *excluyentes*, que harían el Proceso Probatorio del Arbitraje bastante difícil. Aún más, es ampliamente aceptado por el Derecho Arbitral y en su Práctica, que la Normas *rigurosas* (Provenientes, en especial, del ámbito legal del *Derecho Común*) aplicables a la *admisión* de pruebas no deber ser estricta-

33 Se está tomando en consideración en ésta Monografía las Normas de la CCI de Arbitraje, vigentes a partir del 1° de enero de 1998.

34 Rubino-Sammartano., Mauro., “A Civil Law Approach to the Uncitral Model Law and to Arbitral Rules of Evidence.” *Arbitration Journal*. [1985]: p.278.

35 Dicho Principio no solo responde a los requerimientos de la Justicia Natural y de la solución equitativa de la controversia planteada, aunque bien puede dar lugar, bajo una aplicación inexacta, a una Justicia débil.

36 En todo caso, recordemos la libertad probatoria que nos reconoce el Artículo 395 del CPC.

mente aplicadas al Proceso Arbitral.³⁷ Un árbitro debe estar ciertamente preparado para admitir y contemplar todas las pruebas pertinentes suministradas por las Partes en sus Documentos y por los Testigos presentados por ellas. Y es que las Pruebas en un Arbitraje Comercial, han de ser admitidas “para cualquier cosa que éstas sean provechosas.” Esto permitirá a las Partes, la aducción de todo tipo de información que éstas consideren suficiente para probar su caso ante el Panel Arbitral, sin que media limitación alguna; posteriormente será labor de los árbitros determinar el peso de tales pruebas en su Laudo vinculante final. Y es que, ante la ausencia de un Tribunal con Jurados en un Procedimiento Arbitral, las razones de *Orden Público* interno para restringir la *admisibilidad* de las Pruebas, están ausentes; y el hecho mismo que los dictámenes de los árbitros, en el aspecto de la admisibilidad de las pruebas, tampoco esté sujeto a supervisión de los Tribunales Ordinarios, es debido a que, es considerado que de permitirse ésta posibilidad, se estaría malgastando tiempo y podría ser una táctica *abogadil* de las Partes para retrasar el Proceso.³⁸ El hecho de la admisibilidad ha llegado a ser reconocido por algunas de las Normas de los Centros de Arbitramento Institucional, tales como las *Normas de Arbitraje de la CCI*, cuyo *Artículo 20* le confiere a los árbitros el poder de establecer ‘...los hechos del caso a través de todos los medios apropiados.’ Posición ésta seguida por el *Reglamento General*, en su *Artículo 52*. Y el *Artículo 27* de la Ley, nos establece, la substanciación del expediente arbitral, en base a los documentos y demás pruebas presentadas por las partes. Estas regulaciones nos presentan una posición bastante *informal* con respecto al hecho de la *admisibilidad* en un arbitraje, limitado no obstante, por los Principios de *Probidad e Igualdad de las Partes en el Proceso*. Además, ésta tendencia liberal, permite la admisión de las Pruebas que de inmediato no son admisibles en un Juicio Ordinario (En especial en la Jurisdicción del *Derecho Común*) tales como el ‘*Testimonio de Oídas*’ [Hearsay Evidence³⁹] La Práctica Arbitral ha demostrado ésta posibilidad. En un Caso de un Arbitraje Domestico en los Estados Unidos⁴⁰, los árbitros aceptaron el *Testimonio-de-Oídas* de ambas Partes,

37 *Frantz v. Inter-Insurance Exchange of Automobile Club of Southern California*. 229 Cal.App. 2d 269., 40 Cal. Rptr 218 (1964.)

38 *Compañía Panameña Marítima San Gerossimo S.A. v J.E. Hurley Lumber Co.*, 244 F2d 286, 286 (CA2, 1957.)

39 De una manera fácil, el *Testimonio de Oídas (Hearsay)* es una *Declaración* realizada de cualquier forma, más distinta a una hecha al testificar en un Tribunal. El *Derecho Común anglosajón* considera que dicho testimonio ha de quedar excluido de cualquier Juicio Contencioso, salvo que el Testigo, venga ante el estrado, a corroborar su deposición, y en dónde será puesto a prueba y reinterrogado en base a su deposición y calificaciones personales. *Grand Forks B & D. Co. v. Iowa Hardware Mut. Ins. Co.*, 75 N.D. 618, 31 N.W.2d 495 (1948.) También se considera, que tal deposición está plagada de: ambigüedad, insinceridad, recuerdos erróneos y percepciones falsas. Hechos éstos que impedirán la concepción de una cadena lógica de inferencias, existente entre la deposición de una persona, que no vendrá a declarar en juicio, y del hecho sobre el cual éste ha llegado a exponer. Cf. John Tribe. *Harvard Law Review*. [1974] 87: 957, 958-959. *Wigmore on Evidence*. §1766 (3rd Ed. 1940.) Sin embargo, se ha considerado que tal norma de exclusión probatorio, no es aplicable, cuando tal declaración extrajudicial no se usa para probar la veracidad de una deposición, sino para probar que ésta fue realizada y de las circunstancias que rodearon tal declaración. *Koury v. Follo*, 272 N.C. 366, 376, 158 S.E.2d 548, 556-557 (1968.) También, la reticencia anglosajona se basa en las posibilidades de la fabricación de evidencia falsa, y de la situación de un testigo que deponga sobre hechos que no percibió directamente y de los cuales no tuvo conocimiento personal. Y por lo cual no podrá ser repreguntado por los Abogados litigantes en su oportunidad debida. Cf. Keane., Adrian., *The Modern Law of Evidence*. Third Edition. Butterworths. London-1994. Incluso, un Tribunal inglés ha llegado a ponderar su escaso, pero no ínfimo valor, debido a lo arraigo que es, para el Common Law, el Sistema de Juicios con Jurados. Cf. *R. v. Blastland*. [1985] 2 All England Reports 1.095, 1.099. Para el Maestro Devis-Echandía, en su *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo 2º, Pp. 76, habrá *testimonio de oídas o ex auditu*, cuando lo que se relata no es el hecho que se investiga, sino la narración que sobre ésta han hecho otras personas. No existiendo una representación directa o inmediata, sino indirecta o mediata del hecho por probar, ya que el testigo narra no el hecho representado, sino otro representativo de éste, a saber: el relato de terceros.

40 *Petroleum Separating Co. v. Inter-American Refining Corp.*, 296 F2d 124 (CA2, 1962.)

puesto que se consideró que ellos [los árbitros] estaban *facultados para actuar de ésta manera*. En el escenario del Arbitraje Comercial, el Caso de *Blount Brother Corp. v. Irán*.⁴¹, se sostuvo también la posibilidad de emplear el *Testimonio-de-Oídas* como un medio probatorio *admisible*. Por lo que se puede concluir que la Prueba de “*Testimonio de Oídas*” no puede ser excluida de una manera *prima facie* de los Procedimientos Arbitrales.⁴² Indubitablemente, en el campo de la admisibilidad de las Pruebas para el Arbitraje Comercial, es mejor llegar a aceptar Pruebas [tales como el ejemplo del *Testimonio de Oídas* o *Hearsay*] que para los ojos de algunos juristas provenientes del *Derecho Común* resultan *cuestionables*, que llegar a excluir *ab initio* a éstas Pruebas y cargar con las consecuencias de tener un Laudo anulable e inejecutable. No obstante, los árbitros comerciales han de ser por lo demás precavidos, y han de considerar con precaución que tipo de Pruebas ellos deben aceptar en el litigio que ellos están involucrados; a pesar de la posición *pragmática* del arbitraje hacia las *Normas de Admisibilidad*. Las Normas de *Relevancia* y *Pertinencia* de las Pruebas de la “*Teoría General de la Prueba*” permanecen en vigor y deben ser acatadas. Y es que las normas probatorias del Derecho del Foro han de ser acatadas indiscutiblemente.

2. La carga de la prueba

La *Carga de la Prueba* u *Onus Probandi*, en el *Derecho Probatorio* del *Derecho Común*, es generalmente hablando, una *Obligación* de las Partes para aducir suficientemente Evidencia acerca de un hecho, para justificar la alegación de ese hecho en favor de esa Parte obligada. En las Jurisdicciones del *Derecho Civil*, la “*Teoría General del Proceso Civil y de la Prueba*” no considera, la *carga de la prueba* como una *Obligación*, sino como un “*Imperativo del Propio Interés de la Parte*.” Por lo que en un *litigio*, la parte tendrá ese *imperativo*, más no una *Obligación sancionable* de aducir Pruebas. Y es que, como señala el gran Jurista MICHELI, la Ley en determinados momentos, le atribuye al sujeto procesal el poder de dar vida la condición necesaria y suficiente, para la obtención de un efecto jurídico, considerado favorable para dicho sujeto, y que a nivel probatorio, le permitirá a las Partes, disponer del material de hecho, las Pruebas sobre las cuales se fundan las respectivas pretensiones, y sobre las cuales, el Juez habrá de formar su propio convencimiento.⁴³ En otras palabras, la *Carga-de-la-Prueba*, le *obliga* a las Partes, el llegar a presentar Pruebas de una manera suficiente antes de ir a un Tribunal. De manera similar, ésta Institución es aplicable, *Mutatis Mutandi*, en el contexto del Arbitraje Comercial, separadamente de la *dicotomía* existente entre el *Derecho Civil* y el *Derecho Común* hacia la Institución Probatoria de la *Carga de la Prueba*. En los Procedimientos Arbitrales, la *carga de la prueba* descansa en cualquier persona que realiza un Reclamo o Excepción hacia otra persona. Ciertamente, en los Arbitrajes Comerciales, los Principios Probatorios de ‘*Actor allegata et probate debet*’ & ‘*Ei qui affirmat non ei qui negat incumbit probatio*’ están presentes. Por lo que en éstas esferas del procedimiento del arbitraje comercial, tanto el Demandante como el Demandado deben llegar a aducir pruebas suficientes para demostrar la veracidad, al Panel Arbitral, de su Acción o Excepción, respectivamente. Las *Normas de Arbitraje de UNCITRAL* han tenido presente ésta situación y han determinado que cada Parte tendrá la *carga de probar los hechos sobre los cuales descansa su reclamo o defensa*.⁴⁴ Las *Normas de Arbitraje Internacional* de la Asociación Americana de Arbitraje, la (AAA) tratan la situación de la misma manera.⁴⁵ Estando las Partes en libertad de decidir que medios probatorios han de usar para aducir pruebas ante los árbitros, el nivel o *estándar mínimo probatorio* que debe ser alcanzado en el litigio arbitral, no ha sido definido

41 Laudo N° 216-53-1. 10 Iran-US Claims Tribunal Reports 98-102.

42 Dicta del Caso *Kallos v. Community Service Ins. Co.*, 41 Mich.App. 652., 200 NW2d 470 (1972.)

43 Micheli., Gian Antonio., *La Carga de la Prueba*. Editorial Temis. Bogotá, 1989. Pp.76-93.

44 Artículo 24 (1.) Normas de Arbitraje de Uncitral.

45 Artículo 20. “1. Cada Parte tiene la carga de probar los hechos alegados sobre los cuales descansa su reclamo o defensa.” Normas de Arbitraje Internacional de la AAA.

de una manera estricta. A éste nivel, la *Doctrina* del Arbitraje Comercial General ha inclinado mayoritariamente a seguir la posición del *Derecho Común* hacia la ponderación de las Pruebas presentadas, conocida como el “*Balace de Probabilidades*”⁴⁶, más que seguir la tendencia habida en éste mismo respecto por el *Derecho Civil* (Que considera la figura de la *Convicción Interna del Juez*, tal como la figura jurídica es conocida en los diversos Sistemas Jurídicos de tendencia *Civilista*.) Sin embargo, consideramos que, ante la Ley Venezolana de Arbitraje y el *Reglamento General* Caraqueño, en su *Artículo 52*, no mediando una *norma exacta* que establezca sobre la aplicación de la *carga de la prueba*, el concepto de la *Sana Crítica*, es evidentemente aceptable dentro de éste contexto.⁴⁷ Trayendo a colación una práctica arbitral relevante, la habida en los casos propios del *Tribunal Arbitral* que medió entre las *reclamaciones de Irán y los Estados Unidos*, luego de la *Revolución Islámica de 1979*, encontramos que en sus *normas procesales* de 1983, en especial, sus *Artículos 24, ordinal 1° y 25, ordinal 6°*, sostienen que: “[C]ada parte tendrá la carga de probar los hechos que prueben su reclamación o defensa. [E]l Tribunal Arbitral determinará la admisibilidad, relevancia, pertinencia y peso de la Evidencia aducida.”- Y en lo que se refiere a la Jurisprudencia misma, encontramos que en el Caso de *CMI Internacional v Irán*⁴⁸, el Tribunal sostuvo, que aceptó los alegatos de la Parte, en esa oportunidad, una *acción de lucro cesante*, más la Parte misma tenía la carga de la prueba de demostrar la pérdida [*financiera*] actual. En otro caso, el de *Pepsico Inc. v. Irán*⁴⁹, el árbitro disidente del Laudo sostuvo sobre las bases del Artículo 24 - ordinal 1, que el Demandante, para ser capaz de demandar el Pago del Concentrado Industrial de Cola, debía probar la *fecha de arribo de los embarques*, más que llegar a verse liberado de su *carga probatoria*, por aducir el valor probatorio de los Documentos de Embarques emitidos por el vendedor de la mercancía. [En éste caso, la Pepsico.] De manera similar, en el Caso de *FMC Corp. v. Irán*⁵⁰, el árbitro inconforme o disidente, el Doctor BAHRAMI, sostuvo que el Demandante no probó sus alegatos puesto que éste llegó a aducir mayoritariamente en *‘ganancias previstas’* en lugar de Documentos que probaran los hechos, tales como los Costos y Gastos incurridos por esa Corporación. En el Caso de *Sean-Land Services Inc. v. Irán*⁵¹, el Tribunal Arbitral, le confirió la carga probatoria al Demandante, quien debería evidenciar que las defensas del Demandado eran insuficientes, para probar sus excepciones. Y en el Caso de *Economy Forms Corp. v. Irán*⁵², se llegó a considerar que el Demandante *no probó suficientemente* su Nacionalidad. Finalmente, en el Caso de *Alan Craig v. Ministerio de Energía*⁵³, el Tribunal le impuso la carga al Demandado de probar que el Demandante no había calculado suficientemente sus Daños sufridos.

-
- 46 Doctrina establecida en el Caso de *Miller v. the Minister of Pensions.*, [1947] 2 All England Reports 372, 373-374. Donde el Lord Juez Denning describió magistralmente el grado de racionalidad requerida para descargar la carga de la prueba legal en un Caso Civil, de la siguiente manera: “[S]i la Evidencia es tal, de manera que el Tribunal pueda llegar a decir: ‘Nosotros pensamos que sea más probable, que no sea así’ la carga [probatoria] es descargada, [en favor o en contra de la Parte, cualesquiera de ellas] pero si las probabilidades son iguales, esto no sucede.” *Phipson On Evidence*. 13th Edition. para. 4-01 et seq. Aunque en fecha posterior, se consideró que tales probabilidades y dicho estándar, puede llegar a tener, grados de probabilidad dentro de tal estándar. *Bater v. Bater*. [1951] P 35, 36.
- 47 Por Sana Crítica, debemos de considerar a las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse una Sentencia o Laudo Arbitral. Couture., Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo 1. Pp. 195. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1979.
- 48 Laudo N° 99-245-2. 4 Iran-US CTR, 268.
- 49 Laudo N° 260-18-11- 13 Iran-US CTR, 54-56. Arbitro Disidente, Ameli.
- 50 Laudo N° 292-353-11- 14 Iran-US CTR, Arbitro disidente, Bahrami.
- 51 Laudo N° 135-33-1. 6 Iran-US CTR, 210.
- 52 Laudo N° 55-165-1. 3 Iran-US CTR, 22. Con Voto Salvado del Arbitro, Dr. Kashani.
- 53 Laudo N° 71-346-3. 3 Iran-US CTR, 294. Con Voto Salvado del Arbitro, Dr. Mosk.

En cualquier caso, recordemos, que según la tendencia doctrinal que sugiere la *adaptación* de la norma para cumplir los objetivos del Derecho, vemos que, ante la *ausencia* de una norma específica en lo que se refiere a la *carga de la prueba*, en la Ley Venezolana y el *Reglamento General*, debemos traer a consideración la experiencia de las normas procesales que usa la CCI o el Centro de Arbitraje Comercial Internacional de Londres (LCIA) y la propia regla general que sugiere la Ley Modelo de la UNCITRAL: La *Carga de la Prueba* recae en cabeza de cualquier parte que alegue un hecho o un Derecho.

3. Medios probatorios específicos

Dirigiendo nuestra atención con especialidad a los distintos *medios probatorios* que las Partes de un Arbitraje Comercial pueden usar, en el proceso de someter las Pruebas a la consideración del Panel Arbitral. Se intuye, que un Proceso Arbitral justo, debe permitir a las Partes, presentar todo tipo de Pruebas que éstas consideren apropiadas para sostener en los Procedimientos sus Reclamos o Defensas, salvo que existe alguna disposición legal excluyente. Existen, luego, cuatro (4) *medios básicos* (pero no únicos) para la aducción de Pruebas al Panel Arbitral, y que en cierta forma repiten la usanza habitual de las diversas Jurisdicciones del Globo, en la manera que la evidencia puede ser presentada ante un Tribunal, estos *medios* son:

- i. *La Promoción de Documentos.*
- ii. *La Deposición de los Testigos.*
- iii. *La Opinión de los Peritos; y*
- iv. *La Inspección Judicial sobre el Objeto de la Disputa.*

A. La promoción de documentos

El desarrollo normal de las transacciones comerciales suponen la interacción constante de *voluntades* y *consentimientos* de cientos de comerciantes. Sin duda alguna, éstas interacciones y acuerdos llegarán a ser representadas en alguna *forma material*. La práctica mercantil nos indica que, Letras de Cambio, Documentos de Embarque, *Cartas de Intención* y Contratos de cualquier tipo (incluyendo los hoy-día famosos *documentos electrónicos*), los cuales, representando la *intención común* de las Partes, llegan a servir de *medios físicos* aptos para contener los términos y condiciones de éstos Acuerdos. Estos Instrumentos han de ser considerados, en un amplio margen, como *Documentos*⁵⁴, y en el área del Arbitraje Comercial, estos han de considerarse como el *mejor medio probatorio* que un caso arbitral es capaz de otorgar al proceso. En tanto, que el *Artículo 27* de la Ley de Arbitraje, le establece la *potestad* al Tribunal Arbitral si decide la controversia planteada sobre la base de documentos y otras pruebas aducidas al proceso. Además, los estándares probatorios de los Procedimientos Arbitrales parecen respaldar la producción o presentación de Documentos suscritos y existentes a la fecha de los hechos que dieron nacimiento al litigio ahí habido. Los Documentos se consideran, luego, en la práctica arbitral, como la Prueba Directa o la *Mejor Evidencia* (*Best Evidence*) en el proceso incoado. La consideración referente a la preponderancia existente en el *Derecho Civil*, que prefiere el intercambio de Documentos entre las Partes del Litigio, debe ser considerada también, para llegar a explicar ésta posición en el campo del Arbitraje Comercial. Adicionalmente, el *factor temporal*, nos indica que el Tiempo es limitado en el Procedimiento Arbitral, por lo que la disposición a la presentación de Documentos por las Partes al Proceso, resulta ciertamente fomentada. Cónsono con ésta afirmación anterior, las Regulaciones Arbitrales Institucionales, tales como la CCI; LCIA o hasta las mismas

54 Los Documentos son considerados aquí como la representación física de información o ideas susceptibles de tener una significación jurídica. (i.e. Una Carta, un Recibo, o comúnmente un Contrato.)

Normas de Arbitraje de UNCITRAL, establecen que las Partes deben presentar al arbitraje con sus respectivos alegatos y reclamos, todos los Documentos mediante los cuales éstas estimen apropiadas para sostener sus reclamos.⁵⁵ Tal como dijimos antes, los estándares probatorios del Arbitraje han ponderado que la *mejor evidencia*⁵⁶ (o *plena prueba*) que las Partes pueden enviar al Proceso es la de las Pruebas Documentales, la cual es representada por Documentos contemporáneos con los hechos que constituyen la base del litigio arbitral. En éste sentido, un árbitro le concederá una gran cantidad de peso probatorio de tal medio de Prueba en su Laudo vinculante final. Como un ejemplo evidente de ello, surge el Caso Arbitral de *Woodward-Clyde Consultants v. Irán*.⁵⁷ una disputa propia del Litigio habido entre los *Estados Unidos e Irán*. En aquella oportunidad, el Tribunal Arbitral, desestimó una Reconvencción pedida por el Demandado, puesto que el Panel consideró que uno de los alegatos realizados durante el curso del litigio, se encontraban en contradicción con un Documento expedido al tiempo de los eventos que hicieron surgir la controversia. Sin embargo, ésta preponderancia hacia éste tipo de Prueba Documental contemporánea, tiene sus dificultades propias, especialmente en aquellos casos donde el Litigio Arbitral ha surgido tras *situaciones difíciles*, tales como la *-Crisis Diplomática de Irán y los Estados Unidos-*, que surgió luego de la *Revolución Islámica* de 1979. En donde las Partes y/o los Directores de las Empresas Estadounidenses tuvieron que “escapar” de las garras de las hordas formadas por los revolucionarios islámicos, dejando atrás consigo una gran cantidad de Documentos vitales de las Empresas, que podrían llegar a ser usados en la disputa futura (y que resultaron destruidos por las llamas de fuego causadas por los revolucionarios mismos.). Volviendo a la potestad del mencionado Tribunal Arbitral, en torno a su Jurisdicción para evaluar y ponderar pruebas, potestad conferida por el mencionado Artículo 25, ordinal 6^o⁵⁸ los árbitros consideraron la aceptación como plena prueba de ciertos *documentos presentados extemporáneamente por las partes*. En algunos casos⁵⁹, el Tribunal Arbitral aceptó un Documento presentado fuera de lapso legal puesto que la Parte contra la cual fue presentado éste documento podía actuar y rebatirlo, y por que los árbitros podía llegar a aceptarlo bajo los dictámenes del parágrafo 6 - Artículo 25 de las Normas del Tribunal. No obstante, ésta posición parece no haber sido seguida subsecuentemente en los Laudos posteriores del Tribunal. La probabilidad de llegar a perjudicar la probidad e igualdad de las Partes, e indebido retraso de los procedimientos, en ausencia de una *causa justificada*⁶⁰ no permitió la aceptación de documentos presentados tardíamente en los procedimientos arbitrales posteriores.⁶¹ Finalmente, también se consideró que las declaraciones contradictorias de las Partes serían consideradas en contra de dicha Parte, que el Tribunal tendría Jurisdicción en aceptar pruebas consistente en *Resúmenes* de Documentos relevantes, que existiendo la falta de promoción de evidencia sería ello considerado negativamente en la inferencia de los hechos de la disputa; lo mismo se consideró para el hecho de no mediar documentos autenticados por las Partes.⁶²

55 Normas de Arbitraje de la CCI - Artículos 3 & 20; Normas de la LCIA - Artículo 6.6. & Normas de Arbitraje de la Uncitral - Artículo 18; respectivamente.

56 Para el Derecho Probatorio de Corte *Anglosajón*, la mejor evidencia o Best Evidence, es la Prueba Directa o Principal habida para ser presentada en un litigio para probar la existencia o elementos de un hechos controvertido.

57 3 Iran-US Claims Tribunal Reports (1983) 239, 249.

58 *Irán v. United States of America*. 11 Iran-US CTR, 274. *Irán v. United States of America*. 11 Iran-US CTR, 274.

59 Casos A/16, 582 & 591. 3 Iran-US CTR, 381.

60 *Computer Science Corp. v. Irán*. Laudo N° 221-65-1- 4-6. Iran-US CTR, 1.

61 *Harris International Communicatios Inc v. Irán*. 17 Iran-US CTR [1987-IV] 31, 45.

62 *Reza et al. v. Irán*. Laudo N° 95-273-1. 25 Iran-US CTR 273, 275. *Howard Needless Tammen & Bergendorff v. Irán*. Laudo N° 244-68-2. 11 Iran-US CTR 302, 327. Cf. Stewart, J., “The Iran-United States Claims Tribunal: A Review of Developments 1983-84.” 16 *Law and Policy in International Business* [1984]: 677, 681.

B. La deposición de los testigos

Debido a la preponderancia práctica, y Doctrinal, de llegar a considerar a los *Documentos* como la “*Mejor Evidencia*” para el Arbitraje Comercial, la ‘*declaración de Testigos*’ presentados por las Partes, toma un *segundo lugar* en la forma en que las Pruebas han de ser aducidas al Procedimiento de Arbitraje. Bajo el término de -Testimonio, Deposición o Declaración-, debemos incluir -*todo tipo de prueba verbal*- presentada por los testigos, o *las partes mismas*, y sin llegar a excluir la posibilidad del uso de *declaraciones juradas por escrito* (*written affidavits*) en el proceso arbitral [un medio probatorio proveniente del *Derecho Común*], si así ha sido dispuesto expresamente por las partes. El Tribunal Arbitral está, entonces, facultado por el acuerdo común de las Partes para escuchar las deposiciones de esos Testigos. Más debido al carácter *informal* del arbitramiento y de las situaciones de *limitación temporal* del Proceso, los árbitros han de adaptarse a éstas situaciones, y examinar los Testigos presentados en tal manera que el Tiempo y los Costos Procesales sean mantenidos a niveles bajo o razonables. Evitándose a todo evento situaciones tales como el caso de la Jurisprudencia arbitral donde la evacuación de los Testigos, incluyendo la propia *repregunta* de estos (un total de 12 personas) tomó a los árbitros, veintiocho (28) días de *Audiencias*, a lo largo de *siete (7) meses*, causando por ende, enormes Costos Arbitrales necesarios para transportar los Testigos al Sitio del Arbitraje, pagar Cuentas de Hoteles y los Honorarios de los Árbitros por esas *Audiencias*.⁶³ La manera o forma en que la deposición de los Testigos ha de ser *evacuada*, ha tenido poca uniformidad o unidad entre las Normas de Arbitraje Comercial u otras Normas de Arbitraje Institucional. Sin embargo, éstas han provisto algunas Normas para la tratar el punto de la evacuación de los Testigos, pero es en la práctica arbitral misma dónde ésta situación se ha visto más desarrollada aún. Ejemplo de ello le encontramos, en las “*Normas Probatorias Suplementarias*” de la International Bar Association (IBA), en su *Artículo 5.9* en especial, el cual permite que un Testigo conceda su Declaración, y sea *interrogado*, primeramente, por los árbitros del Panel, y luego sea *examinado* por la parte quien lo presentó, y finalmente sea *repreguntado* por la Contraparte. De manera similar, las Normas de la LCIA permiten que un Testigo que evacua su Declaración, sea examinado por las Partes y sus Abogados, bajo el control (*supervisor*) del Tribunal.⁶⁴ De la misma manera, el *Tribunal de Reclamaciones de Irán y los Estados Unidos*, adoptó la tendencia que es el propio Tribunal Arbitral, el que va a examinar el Testigo promovido, y cuando ello sea *permitido* por el Tribunal, los Abogados de las Partes pueden, *posteriormente*, hacer preguntas al mismo Testigo bajo la *supervisión* del Presidente del Panel Arbitral.⁶⁵ Un aspecto interesante que parece surgir en ésta discusión, es la posibilidad válida de un árbitro de proceder a tomar el *juramento* de un Testigo. Desde el punto de vista del Derecho Probatorio del Sistema del *Derecho Civil*, la *juramentación de Testigos* solo puede ser realizada por una Autoridad Judicial competente, tal como un Juez. Por lo que el acto de *tomar juramento* a un Testigo, por parte de un árbitro puede ser visto como una *usurpación de la prerrogativas judiciales* del funcionario competente. En el Sistema Legal del *Derecho Común*, tales como Inglaterra, los Testigos y las Partes deben proceder a rendir su Declaración bajo juramento o *Declaración solemne* (*affirmation*), salvo que exista un consenso de las Partes al contrario, y que conste en el Convenio de Arbitraje.⁶⁶ Sin embargo, la práctica arbitral, evitando problemas futuros, en especial la ejecución del Laudo vinculante, han preferido *declinar* la toma de Juramentos en los procedimientos arbitrales. Ellos han tendido, al contrario, a tomar *Declaraciones Solemnes* (*Affirmations*.) Esta posición ha surgido del contenido de las disposiciones

63 Goekjian., Samuel V., “ICC Arbitration from a Practitioner’s Perspective.” *Journal Of International Law & Economics*. [1979] 14: 421.

64 Normas de Arbitraje de la LCIA. Artículo 11.3.

65 Artículo 25 - Ordinal 4°. Nota 6 (b.) de las Normas del Tribunal.

66 Ley Inglesa de Arbitraje de 1950. Sección 12 (3.) Versión vigente tal como quedo el texto legislativo tras la reforma habida por la Sección 103 de la *Courts and Legal Services Act of 1990*.

de la *Ley Inglesa de Arbitraje*, habiendo sido reconocida por los árbitros internacionales, y por otras Normas de Arbitramiento Internacional, tales como las *Normas de Arbitraje* del Centro para la Solución de Controversias en Materia de Inversión (ICSID) [Artículo 35 (2.)] y las *Normas del Tribunal de Reclamaciones de Irán y Estados Unidos*⁶⁷, quien, en éste último caso, en lugar de llegar a tomar el juramento a los Testigos, prefirióse llegar a aceptar una *Declaración de Certeza (Declaration of Truth.)* La Opinión eminente del *Doctrinario* en materia del *Derecho Comercial Internacional*, el *Profesor Berthold GOLDMAN* ha afirmado que *no existe ningún obstáculo teórico* para evacuar [*la Declaración del Testigo*] bajo juramento.⁶⁸ De acuerdo con ésta opinión calificada, el acto de *juramentar un testigo*, no presupone -necesariamente- un Acto Jurisdiccional de parte del árbitro quien lo toma. Más a pesar de ésta posición funcional, debemos considerar las Nociones de *Orden Público*, las cuales, pueden llegar a denegar la validez del Laudo Final. Por lo que es preferible, al menos hasta que la Corte Suprema dictamine al respecto, llegar a tomar la *Declaración de Veracidad o Certeza* del Testigo. Y en caso de haber un Testigo que realiza una declaración por escrito, deba también *jurar* acerca de la veracidad de su deposición. Por lo demás el Tribunal podrá determinar la forma en que un Testigo habrá de ser interrogado, y de la posibilidad de aceptarse que éste habrá de ser *repreguntado* por las partes y sus Abogados.⁶⁹ Trayendo a éste nivel la experiencia arbitral de la *CCI*, vemos que, la tendencia ha sido, en cuanto a la *promoción* de Testigos se refiere, que el Documento dónde se llegue a promover a los mismos, ha de contener: el nombre, dirección personal, su relación o conexión con cualesquiera de las partes, sus orígenes, calificaciones, entrenamiento, formación o experiencia; la indicación de la motivación personal para llamar a dicho testigo; e indicándose además, las preguntas a ser realizadas al mismo, o el señalamiento de una -muy bien definida- área de interrogantes a ser impuestas sobre dicho testigo.⁷⁰ Y en cuanto al *lapsó útil* para la *evacuación* de los Testigos, vemos que en principio, cada parte tiene, libertad para determinar cuanto tiempo empleará para examinar y evacuar a sus testigos y peritos, en las Audiencias respectivas, empero, el tiempo usado por una parte en el examen de testigos o expertos presentados por su contraria, será deducido del tiempo adjudicado, por el Tribunal Arbitral a la Parte Examinadora.⁷¹ Antes de terminar, la *experiencia arbitral* relacionada con la *promoción de testigos*, volvemos a traer a colación, la *Jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones de Irán y Los Estados Unidos*, dónde se llegó a realizar una *distinción categórica* entre aquel *testimonio* presentado por los *Testigos*, y aquel presentado por ciertas personas consideradas en tener un interés en la resulta de los Procedimientos. En especial, las Partes y/o sus Miembros Ejecutivos o Corporativos. Las bases para tal distinción tienen sus raíces en el contexto mismo del litigio. Diversos ámbitos legales y Árbitros de diferentes Jurisdicciones se daban cabida ahí [conteniendo Juristas de los Sistemas Legales del *Derecho Civil*; el *Derecho Común* y el *Derecho Islámico*.] Por lo

67 Artículo 25 - Ordinal 4°, Nota 6 (a.) de las Normas del Tribunal.

68 Goldman., Berthold., "The Complementary Roles of Judges and Arbitrators in Ensuring that International Commercial Arbitration is Effective." *International Arbitration-60 Years of ICC Arbitration-A Look at the Future*. París, 1984. ICC Publishing C.A. p.279.

69 Dore.; Isaak., *The Uncitral Framework for Arbitration in Contemporary Perspective*. Graham & Trotman/Martinus Nijhoff. London, 1993. Pp. 27.

70 Ordenanza N° 7170/1993.

71 Ordenanza N° 7314/1996.

que de la experiencia misma del Tribunal, podemos percibir la situación de un Árbitro Iraní quien sostuvo que el Testimonio de la *parte interesada* no llegaba a tener peso alguno.⁷² En lugar, de la tendencia de algunos de los árbitros estadounidenses [de *Derecho Común*] presentes en el mismo litigio, quienes sostenían al contrario, la *validez* de la deposición de las Partes. La práctica del Tribunal Arbitral fue, entonces, la de recibir el “*Testimonio*” de los *testigos* y *escuchar* la “*Información*” de las Partes y de sus Representantes. Bajo ésta posición, las *Partes*, sus *Empleados* y sus *Miembros-Directivos*, fueron considerados como -*Partes interesadas*- en el resultado de los Procedimientos, y por lo tanto, capaces tan solo de emitir “*Declaraciones*.”⁷³ Sin embargo, la distinción de la declaración de la parte interesada, pertenecía al aspecto probatorio del litigio, y ningún tipo de discriminación había de ser concluida de ésta, la evidencia contenida en éstas llamadas *Declaraciones*, por lo tanto, tendría su peso justo en las deliberaciones del Panel Arbitral al momento de llegar a emitir su Laudo vinculante. Esta distinción, por lo demás, proveía una base para el establecimiento [final] de la *verdad* en el caso en particular.⁷⁴ En lo referente a la *Ley de Arbitraje*, encontramos que el *Artículo 27*, establece la posibilidad de que haya Audiencias orales dónde se presenten pruebas o alegatos orales, tales como las *deposiciones de testigos*. Y prohibiéndose expresamente en el mismo Artículo, la *admisión* de *Incidencias* procesales, le tocará al Tribunal Arbitral decidir acerca de la *tacha de los testigos* cuando ello sea pedido por una de las Partes. En cuanto al *Aparte del Artículo 52 del Reglamento General*, éste establece que el Tribunal Arbitral decidirá acerca de la *audición de testigos, peritos o cualquier otra persona*, ya sea con presencia de las partes, o en su ausencia, siempre y cuando éstas hayan sido informadas de tal situación. En lo referente al punto mismo de la *repregunta de testigos*, nada vemos en contra de que se siga la *experiencia arbitral comparada*, la cual indica, que las preguntas sean realizadas en una manera *coordinada*, siendo realizadas -previo conocimiento anterior del Panel-, por los propios miembros del Tribunal Arbitral; y permitiendo posteriormente, tanto a la Parte Promoviente, como a la Contraparte, realizar un *periodo limitado de preguntas y repreguntas*, estando ambas siempre sujetas al *control prudente* del Panel del Arbitraje.

C. La opinión de los peritos

Es un lugar común la aseveración que uno de los aspectos que predispone a los comerciantes hacia el Arbitraje Comercial es el supuesto *conocimiento luengo y especializado* que los árbitros poseen en el área del Derecho Mercantil y del Comercio en general. Sin embargo, debido a los elementos complicados que suelen ser discutidos en el Procedimiento Arbitral (e.g. El Sistema de Contabilidad de una Empresa Multinacional, la Calidad de una Infraestructura Física de una Construcción Civil en el medio del desierto, el Valor Estimado de una Compañía antes de haber sido Nacionalizada, y hasta la Prueba misma del Derecho Extranjero) ha compelido a los Árbitros Comerciales, procediendo como un Tribunal en ejercicio de plena Jurisdicción, al nombramiento de *expertos*, en la espera de poder obtener “[C]ualquier *información técnica que pueda guiar en la búsqueda de la verdad*.”⁷⁵ Evidentemente, la *experticia* es ampliamente empleada como un medio de prueba en los Procedimientos Arbitrales, no menos, siempre habrá que tomar en consideración las disposiciones establecidas por las Partes en sus Condiciones de Sometimiento, Demanda, el Acta de Constitución del Tribunal Arbitral o por las Normas Institucionales de Arbitraje, para designar un experto neutral que evaluará y testificará luego de haber considerado los aspectos técnicos del caso.

72 Posición del Arbitro, Dr. Kashami. Laudo del Caso *Economy Forms Corp. v. Irán*. 5 Iran-US CTR 1.

73 STRAUS., Michael., “The Practice of the Iran-United States Claims Tribunal in Receiving Evidence from the Parties and from Experts.” *Journal of International Arbitration*. 3 [1986]: 59.

74 Dictamen en el Caso *Leonard & Davis Daley v. Irán*. 3 Iran-US CTR 232, 242.

75 Dictamen habido en el Caso del *Canal de Corfú*, (Reino Unido v. Alb.) [1949] International Court of Justice 4, 20

No obstante, debe ser resaltado que en un Procedimiento Arbitral donde cada Parte designa un *perito*, o también en los casos donde es el Tribunal Arbitral quien designa por sí mismo a un *experto* quien le asistirá para dar claridad al Tribunal en ciertos puntos técnicos de la controversia. Situaciones tales, como verdaderas *batallas-de-expertos* con diversos y diferentes puntos de convicción, pueden llegar a surgir. Por lo que de manera de evitar luengas y costosas discusiones entre las Partes, tras la *rendición de la opinión del experto* o *peritos*, según sea el caso; opinión la cual es presentada, usualmente, por medio de un *Informe* o *Reporte*, un Arbitraje Comercial *justo* debe permitir a las Partes y al mismo Panel, proceder a *examinar* y *preguntar* de una manera *oral* y en una *Audiencia* posterior, sobre los contenidos y posiciones del Dictamen u opinión del *experto*; no deseando solamente obtener la explicación de ciertos puntos difíciles de sus declaraciones, más permitiendo a las Partes y al Tribunal Arbitral, el poder inferir las consecuentes conclusiones racionales sobre las cualidades personales del *experto*, para llegar a rendir un dictamen técnico en el caso dado. Esta posición le otorgará la *calificación* a los Procedimientos Arbitrales de *justos* y le asegurará a los Procedimientos la obtención de una *veracidad técnica* a las Partes y al Tribunal. A pesar del rol importante que un *experto* pueda tener en la búsqueda de la verdad en un caso de Arbitraje Comercial, éste no puede, en ningún momento, asumir el rol del árbitro en la consideración y ponderación de los hechos del caso. En el Arbitraje en general, no importando cuan cualificado sea el *experto* designado, el Tribunal Arbitral no se encuentra *autorizado* para llegar a *delegar* la atribución decisoria que descansa en él, en la opinión única del *experto* la Declaración del *experto* o *perito*, es solo uno mas de los elementos a ser considerados por el Panel Arbitral, junto con los otros hechos determinados en el litigio.⁷⁶ En éste sentido, los Miembros del Panel no se encuentran vinculados estrictamente por las conclusiones únicas de los *peritos*, el rol de éstos es principalmente, el de *asesorar*, sobre circunstancias de hecho y de Derecho, y ellos [*los árbitros*] están autorizados, si el caso así lo requiere, de llegar a *negar la validez* y el *peso* del *Reporte* o *Informe* del *experto* en el curso del *proceso decisorio* de un caso arbitral.⁷⁷ En cuanto al nombramiento de expertos a nivel arbitral, ello involucra, el surgimiento de cuatro (4) situaciones importantes: 1) La designación del *experto*; 2) El ámbito de su labor; 3) El procedimiento a seguir por éste; y 4) La forma en que éste llegará a rendir su Informe. Y de una manera bastante dikelógica, los expertos o *peritos* podrán ser invitados por el Tribunal Arbitral para que asistan a las Partes a llegar a una Conciliación [*aún no existiendo procedimiento expreso para ello*] o para proveer al Tribunal Arbitral, de elementos mediante los cuales se pueda lograr tal Conciliación.⁷⁸ Recapitulando en el punto referente a el *procedimiento a seguir* por tal *perito* en su *experticia*, las partes, ya sea en las Condiciones de Sometimiento Arbitral o en el Acta de Inicio del Arbitraje, podrán señalar, por ejemplo, que el *experto* podrá en su evaluación, imbricar, elementos básicos de reconocimiento existentes en la práctica internacional y usos comerciales; así como la posibilidad de familiarizarse con la naturaleza y dimensión del negocio propio del Demandado, de su pasado comercial y de su misión empresarial.⁷⁹ En cuanto a la labor del *experto* en la determinación y prueba del Derecho Aplicable a la disputa, se reconoce la labor fundamental de un *perito* nombrado por el Tribunal Arbitral, para que ilustre a dicho Panel en la determinación y cognición del Derecho Aplicable, empero, los árbitros han de realizar sus mejores esfuerzos en limitar las funciones de tal *experto*, todo ello en aras de la economía procesal; y construyendo las disposiciones contractuales, ya sea con la ayuda de las Partes o de los *expertos* por ellas precisados.⁸⁰ Si bien el *Artículo 27* de la Ley Venezolana, al aceptar la potestad del Tribunal Arbitral de decidir acerca de las objeciones a los dictámenes periciales,

76 Caso del *Starret Housing Corp. v. Irán.*, Laudo N° 314-21-1-16 Iran-US CTR (1987-III) 112, parágrafo 266.

77 Posición ésta sostenida en el Caso de *INA v. Irán.*, 8 Iran-US CTR (1985-I) 373, 382.

78 Ordenanza del Caso de la CCI, N° 6057/1990. Nota Explicativa

79 Ordenanza N° 2/Caso N° 5082/1982

80 Ordenanza N° 6848/1995. Nota Explicativa

evidencia la posibilidad de incluir peritajes en el proceso arbitral, es el *Parágrafo Primero del Artículo 52 del Reglamento General*, el cual determina que dicho Panel Arbitral podrá, además de decidir acerca de la audición de peritos promovidos por las partes mismas; y mediante la consulta dichas Partes, el llegar a nombrar peritos de *motu proprio*, definir su misión y recibir sus dictámenes. Incluyéndose la posibilidad de pedir, las Partes mismas, una Audiencia para llegar a interrogar a dicho perito nombrado *ex officio* por el Tribunal. Tal disposición, reglamenta el punto *Supra* citado, en cuanto a la *forma en que el experto habrá de rendir* su Informe o Dictamen. Reconociendo la posibilidad fáctica de dicho interrogatorio o repregunta pericial posterior, y evidenciándose, que en dicha Audiencia, serán las Partes mismas, a través de sus Abogados, quienes realizarán el interrogatorio y período de repreguntas, estando sometidas -siempre- al *control* del Tribunal Arbitral. Quien pudiendo intervenir en dicha Audiencia directamente, se asegurará que no ocurra la denominada *guerra de expertos*, a realizarse, de verse ello permitido, entre los expertos designados por el Tribunal y los Expertos designados por las Partes mismas.⁸¹ Y en cualquier caso, faltando el Dictamen de los peritos, ya sea pues se ha vencido el lapso para su deposición, ya sea puesto que éstos se han considerado incapaces de alcanzar un Dictamen, el propio Tribunal Arbitral habría de abocarse a determinar las cuestiones controvertidas sin solución, sin el beneficio de la experticia, ya sea a petición de parte, o inclusive *ex officio*.⁸² Y es que tal situación, antes descrita, no se encuentra en contradicción con el *Artículo 54 del Reglamento General*, el cual permite al Panel Arbitral, determinar el cierre de la Instrucción de la Causa, cuando éste considere que las partes han tenido la oportunidad suficiente para exponer su posición legal pertinente.

D. La Inspección judicial sobre el objeto de la disputa

El Árbitro, actuando en su caso, como un Juez, puede, si éste lo considera como apropiado, llegar a acordar la *INSPECCIÓN JUDICIAL* sobre el objeto de la Controversia, ya sea realizándole él mismo, con la participación de peritos, las partes y demás miembros del Panel; ya sea *autorizando* a las Partes, previa Solicitud, para pedir la *asistencia* de un Tribunal de Primera Instancia en la *evacuación* de dicha Prueba. [Cf. *Artículo 28* de la Ley de Arbitraje.] El poder del árbitro para proceder de éste modo, puede ser ejercido por él, sin ningún inconveniente, ante la ausencia de un acuerdo expreso entre las Partes al Contrario [que suele nunca ocurrir con respecto a ésta posibilidad.] Este tipo de Prueba es usada, y con suma frecuencia, en el contexto de Arbitrajes que se desarrollan en relación con disputas asociadas con Proyectos de Construcción o la operación física de Plantas Industriales. Si el Tribunal Arbitral acuerda tal *inspección judicial* [*ex officio*, o previamente pedida por las Partes, usualmente] éste podrá llegar a *ejecutarla mediando o no*, la *asistencia judicial* del Tribunal de Primera Instancia, más *notificando*, previamente a las Partes, los Expertos [si ya han sido designados por las Partes o llegando a designar uno el Tribunal mismo] y sus Abogados de ello. De lo contrario podría una Parte afectada alegar, tal como lo permiten los *Artículos 44 y 49* de la Ley Venezolana, que se realizó una *actuación judicial, sin su conocimiento o notificación*, en una *actuación arbitral*, -tal como ésta antes descrita-, que ameritaba la presencia y conocimiento de ambas Partes involucradas en la controversia. E inclusive, el Tribunal Arbitral ha de llegar a requerir la debida presencia en el sitio de la *inspección* de trabajadores, empleados y Directores de la Compañía involucrada (e.g. Ingenieros-Directores Técnicos & Gerentes.) Este procedimiento, desde el punto de vista del *Derecho Civil* hacia el *Derecho Probatorio*, es más relacionada con lo que éste Sistema Legal denomina como "*Evidencia Directa*."⁸³ Aquí el Juez Arbitral, tendrá *acceso directo* a la *prueba misma* y podrá deducir de

81 Dictamen y Nota Explicativa habida en la Ordenanza N° 5982/1995 de la CCI. *Collection of Procedural Decisions in ICC Arbitrations*. 1993-1996. (Ed.) Dominique Hascher. ICC Publishing SA/Kluwer Intl. ICC Publication N° 567. Paris-The Hague, 1997.

82 Ordenanza N° 2/Caso N° 5082/1982.

83 En el *Derecho Probatorio* propio del Derecho Común Anglosajón, se ha denominado como '*Evidencia Directa*' a aquel medio de Prueba que tiende a demostrar la existencia de un hecho en cues-

manera *instantánea* sus inferencias personales, y mientras realiza la visita del sitio en cuestión. Estando las Partes y su Abogados debidamente *notificadas* y estando presentes en la *inspección*, todos ellos pueden realizar cuestionamientos a los *expertos* presentes, y a los empleados o Gerentes que de manera igual están presentes ahí, sobre las características del Objeto bajo *inspección*. Tratándose entonces, de adquirir, el Panel Arbitral [e.g. en un caso que involucre una Construcción Civil] una imagen clara de la composición, diseño, imperfecciones e infraestructura del Objeto litigioso. De manera similar, como ha de intuirse, las Partes tendrán la misma oportunidad de dirigir cuestionamientos a los expertos y personas presentes, tales como: el hacer notar aspectos que éstas consideren resaltantes para los Árbitros, de lo contrario la figura entera de la *inspección* sería considerable como *injusta*. Un eminente Doctrinario en materia de Arbitraje Comercial, *William L. CRAIG*⁸⁴ es de la opinión que las *declaraciones* emanadas por los individuos antes mencionados en el contexto de una *inspección* al sitio/objeto de la disputa, no siendo éstas emitidas en el contexto de una *Audiencia*, y no permitiéndose de inmediato a las Partes de proceder a *preguntar* a tal declarante tras su deposición en el sitio de la *inspección*, éstas declaraciones, por lo tanto *no han de ser consideradas estrictamente* como *declaraciones* mismas, y éste tipo de evidencia al ser sometida a la consideración del Tribunal Arbitral no ha de ser considerada como *Evidencia Directa*. Esta posición, sin duda alguna, puede ser válida en el contexto exclusivo del *Derecho Probatorio del Derecho Común*. Más la tendencia *Civilista*, en los casos de una *Inspección Judicial*, si llega a aceptar que *cualquier* declaración emanada por cualesquiera persona presente en el lugar y que esté relacionada con una de las Partes del litigio o relacionada con el Objeto del caso, si puede llegar a considerarse como una *Declaración*, si bien realizada fuera del recinto del Tribunal. No vemos, por lo tanto, objeción alguna, para que un Tribunal Arbitral, regido por la Ley Venezolana y el *Reglamento General* de la Cámara de Comercio de Caracas, que ha *notificado* a ambas Partes para una *inspección judicial* por llevarse a cabo, y que a la final del Procedimiento, es el órgano encargado de *juzgar* el peso y validez de las Pruebas aducidas el Proceso Arbitral, no pueda llegar a evaluar esas *-declaraciones personales-* emitidas en el contexto de una *inspección judicial* como un medio de prueba *directa*.

E. La asistencia judicial en la evacuación de las pruebas

El Árbitro siendo una persona *cualificada* y *seleccionada* entre varios Juristas para llegar a cabo un Procedimiento que involucra una disputa entre dos o más Partes, y aunque llega a actuar, en muchas formas, paralelamente como un *Juez*, éste no tiene las *Potestades Soberanas* que un Magistrado posee por disposición Jurisdiccional y Legal. Por lo que, en un Arbitraje Comercial, el *rol coadyuvante* de los Tribunales o Cortes Nacionales en las áreas

tión, sin la intervención de cualquier otro hecho y que debe ser distinguido de la evidencia clasificada de Circunstancial, llamada también indirecta (Como lo son los indicios y las presunciones.) Haciendo un poco de Derecho Probatorio Comparado, vemos que nuestro Derecho de Pruebas de corte Civilista, clasificando a las Pruebas en general, según su objeto, es decir según la relación de identidad que existe entre la prueba y el hecho probado, ha denominado como 'Directas' a aquellas pruebas que permiten una identidad entre el hecho probado con la percepción del Juez y el hecho objeto de la prueba. Llegando el juzgador a conocer del hecho por probar de una manera directa, mediante la percepción del mismo. Este es el caso específico de la Inspección Judicial. Siendo a su vez las Pruebas Indirectas, cuando el hecho objeto de la percepción es diferente del hecho y la prueba. La percepción del Juez será por lo tanto, mediata. Serán Pruebas Indirectas: La Confesión; Los Testimonios; los Documentos y el Dictamen de los Peritos. Vemos entonces que en ambos sistemas legales [el Derecho Común & el Civil] la clasificación de '*Directa*' de las Pruebas legales resultan diametralmente opuestas. Seguimos la Clasificación propuesta por el Maestro Devis-Echandiá. Devis-Echandiá., Hernando., *Teoría General de la Prueba Judicial*.-Tomo 1-5ta. Edición. Buenos Aires, 1981-Zavalía Editor., pgs.519-520. En cuanto a la posición del Derecho Probatorio imperante bajo el *Derecho Común Anglosajón* ver: Keane., Adrian., *The Modern Law of Evidence*. p. 10-15.

84 *International Chamber of Commerce Arbitration. Second Edition.* OCEANA Publications Inc-New York, 1990. p.414.

donde las prerrogativas del árbitro son *limitadas*, es algo altamente deseado. El aspecto más importante de la *asistencia* de los Tribunales, es la posibilidad de estos de poder intervenir en el período mismo de la *evacuación* de las Pruebas. Evidentemente, el hecho de que si los Tribunales Nacionales, pueden o no, intervenir para asistir a un Tribunal Arbitral, es un aspecto determinado suficientemente por la *Ley del Foro [LEX FORI.]* Es la Ley del Lugar donde el Tribunal Arbitral tiene su asiento, la que tendrá la primera palabra en éste aspecto. Adicionalmente, los árbitros han de considerar previamente, antes de tomar cualquier determinación, las disposiciones habidas por las Partes en sus Condiciones de Sometimiento, los Términos del Contrato, o Acta de Inicio de las labores arbitrales, si por ejemplo, éstas han establecido que la Ley de la Sede del Arbitramiento puede llegar a ser aplicada al Arbitraje. Indagándose cualquier determinación de las Partes al contrario. Nosotros, por nuestra parte, consideraremos ciertas Leyes Nacionales que llegan a disponer expresamente ésta posibilidad. La *Ley Inglesa de Arbitraje [English Arbitration Act]* de 1950, le permite a las Partes de llegar a obtener una Orden del Tribunal para requerir la asistencia de un Testigo ante el Panel o la Presentación de Documentos al Proceso Arbitral.⁸⁵ La *Ley Holandesa de Arbitraje [Netherlands Arbitration Act]* de 1986 [Que está integrada dentro del Libro IV del Código Holandés del Procedimiento Civil] bajo su *Sección 1039 (4)* le concede la potestad al Tribunal Arbitral de llegar a ordenar a una Parte la producción de Documentos en su poder; en tanto la *Sección 1041 eiusdem* le concede a las Partes el *Derecho*, en caso de haber un Testigo quien es reticente y no desea comparecer ante los árbitros, o estando presente no desea rendir Declaración, de llegar a requerir al Presidente del Tribunal de Distrito que designe un *Juez-Comisario* delante del cual el examen del Testigo será realizado. Adicionalmente, la Ley le permite a los árbitros en ese caso a estar presente en el interrogatorio del Testigo por el *Juez-Comisario*, y de poder realizar preguntas al Testigo en tal ocasión. En Suiza, la *Ley de Derecho Internacional Privado* de 1987, en su *Artículo 184 - (1)*, le permite a los árbitros llegar a recolectar las Pruebas por ellos mismos, en tanto que en la *Sección (2) eiusdem*, la Ley determina que cuando la asistencia de las Autoridades [Judiciales] del Estado, es requerida para la evacuación de Evidencia, el Tribunal Arbitral puede requerir la *asistencia* del Tribunal competente del lugar donde el Panel tiene su *asiento*. El Tribunal Nacional bajo ésta disposición, tendrá que aplicar su propio Derecho Local, [*Lex Fori*] esto es, que el Tribunal debe llegar a aplicar sus propias *Normas Adjetivas* en la cuestión de la evacuación de las Pruebas, siendo entonces, limitado el Tribunal por sus propias Normas Procedimentales locales. La *Ley General de Arbitraje Peruana* de 1992, le permite a los árbitros solicitar al Tribunal Competente, su asistencia en la Evacuación de Pruebas. Por lo tanto, si un testigo se rehusa a cumplir con una petición de comparecencia de los árbitros, el Tribunal puede compeler al testigo a deponer, inclusive llegándole a imponer Multas.⁸⁶ La *Ley Modelo de UNCITRAL* sobre Arbitraje Comercial se ha detenido, también, en considerar ésta posibilidad de la Asistencia Judicial de los Tribunales en la evacuación de evidencia. Su *Artículo 27* le concede al Tribunal Arbitral y a las Partes (que lo requieran y obtengan la venia del Panel Arbitral) el poder requerir a los Tribunales del Estado, se ayuda para la evacuación de Pruebas. Sin embargo, la *Ley Modelo* le impone las mismas limitaciones de la *Lex Fori* con respecto a los aspectos procedimentales y probatorios. Finalmente, en toda ésta discusión surge la posibilidad de llegar a emplear las disposiciones expresas de la *Convención de la Haya del 18 de marzo de 1970 sobre la Recepción de Pruebas en el Extranjero para asuntos Civiles y Comerciales*⁸⁷, más la posibilidad de llegar a emplear éste dispositivo del *Derecho Internacional Privado* en las áreas del *Arbitraje Comercial*, ha sido *desechada*. El estadio actual del *Derecho Internacional Privado*, limita la aplicación de éstas regulaciones para el *-uso exclusivo-*

85 Sección 12 (4.) de la Ley.

86 *Evidence in International Arbitration Proceedings*. AIJA Publication/Kluwer International. The Hague, 1994. Chapter 13, Perú.

87 Ley Aprobatoria publicada en la *Gaceta Oficial* N° 4.635-Extraordinario, del 28 de septiembre de 1993.

de los Tribunales Nacionales Competentes y situados en un Estado Contratante dónde tenga su Sede el Tribunal Arbitral, negándose así cualquier chance para aplicar éstas disposiciones en el contexto de un Arbitraje Comercial interno o internacional⁸⁸. De manera similar, la posibilidad de emplear el *Artículo 27* de la *Ley Modelo de la UNCITRAL*, y de llegar a integrar sus contenidos normativos al Sistema Jurídico práctico del *Derecho Internacional Privado* (Como en el caso donde un Tribunal Arbitral pueda llegar a requerir la ayuda o asistencia de un Tribunal Nacional para la evacuación de evidencia en el extranjero, y a su vez, éste Tribunal llegue a requerir la asistencia de otro Tribunal Competente en otro País, siendo ambos Países involucrados signatarios de la *Convención de la Haya sobre la Recepción de Pruebas en el Extranjero para asuntos Civiles y Comerciales*) se encuentra también *excluida*, por lo demás, puesto que el ámbito del *Artículo 27* de la *Ley Modelo* se considera *-limitado-* al *territorio del Estado Parte* que acoge las disposiciones de la *Ley Modelo*, por lo que se deniega la aplicación concatenada de la *Convención de la Haya* bajo éstas circunstancias. En cuanto a nuestra legislación nacional, es el *Artículo 28* de la Ley de Arbitraje, el cual reconoce la potestad del Panel Arbitral, para llegar a acudir al Tribunal de Primera Instancia competente para la evacuación de las pruebas necesarias al litigio. Y el *Artículo 52, Parágrafo Tercero* del *Reglamento General*, es el que recoge la potestad expresada en el *Artículo 28* antes citado, y reconoce la posibilidad de requerir ayuda judicial del Tribunal de Primera Instancia competente para la evacuación de alguna de las Pruebas requeridas por el Proceso Arbitral.

88 En todo caso, queda a salvo en ésta determinación la posibilidad de que el Estado Venezolano y cualquier otro Estado Interamericano, haya informado a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, que se extenderán las normas de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias a los Juicios Arbitrales. Tal como lo permite el *Artículo 16* de dicho Tratado Especializado Americano en materia de Derecho Internacional Privado. *Gaceta Oficial* N° 33.033 del 3 de agosto de 1984.