

La prueba en el arbitraje internacional: Aspectos que pueden ser influenciados por aplicación de la ley peruana

The evidence in international arbitration: Aspects than can be influenced by the application of Peruvian law

Ricardo Puccio Sala¹

Resumen: El presente artículo pretende proporcionar una aproximación al conjunto de normas que, por lo general, regulan el ofrecimiento y actuación de pruebas en arbitrajes internacionales, con incidencia en aquellos aspectos que pueden ser influenciados por la aplicación de la Ley peruana.

Abstract: *The present article intends to present an approach to the rules that are generally applicable to the submission and production of evidence in international arbitration, with reference to those aspects that may be influenced by Peruvian law when applicable.*

Palabras Claves: Arbitraje, Internacional, Pruebas, Principios, Reglas.

Keywords: *Arbitration, International, Evidence, Principles, Rules.*

Sumario: I. Introducción. II. Reglas aplicables a la oportunidad de ofrecer y actuar pruebas. III. Prueba extemporánea. IV. Prueba de Testigos y Expertos. V. La Audiencia. VI. La Exhibición de Documentos. VII. Admisibilidad y Valoración de la Prueba. VIII. Conclusiones.

1. Introducción

En general, se reconoce como principios de derecho procesal civil nacional que (i) quién alega un hecho tiene la carga de probarlo² y que (ii), si no se prueba la pretensión, ésta debe ser declarada infundada.³ Estos principios también son reconocidos en el ámbito del arbitraje internacional.⁴

1 Socio del Estudio Navarro & Pazos Abogados, experto en arbitraje con participación en varios arbitrajes de inversión administrados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en arbitrajes Internacionales Comerciales bajo la administración del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), en arbitrajes bajo reglas UNCITRAL, así como en toda clase de arbitrajes y procesos judiciales locales. Autor del libro "Recurso de Casación Civil" y de diversos artículos en diversas publicaciones. rpuccio@navarropazos.com

2 Artículo 196° [Código Procesal Civil].-

Salvo disposición legal diferente la carga de probar corresponde a quién afirma hechos que configuran su pretensión, o a quién los contradice alegando hechos nuevos.

3 Artículo 200° [Código Procesal Civil].-

Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada.

4 «As a general rule, a party to an international arbitration has the burden of proving the facts necessary to establish its claim or defense». Robert Pietrowski, «Evidence in International Arbitration», *Arbitration International* 22, n.º 3 (2006): 379, <https://doi.org/10.1093/arbitration/22.3.373>

Sin embargo, en materia de arbitraje, existe también un principio, en virtud del cual se otorga a las partes, dentro de ciertos límites, la libertad para regular la forma en que deben realizarse las actuaciones procesales. Por ejemplo, las partes pueden fijar las reglas para la aportación y actuación de la prueba dentro del proceso arbitral.⁵

Como consecuencia de lo anterior, es probable que las actuaciones de un arbitraje internacional estén determinadas, ya sea por el derecho local de una de las partes o el de la sede del arbitraje, por las reglas de la institución arbitral a la que estas se han sometido, o por las reglas establecidas en algún instrumento conocido como *soft law*.⁶

Los instrumentos internacionales a los que alude el párrafo anterior son producto de una práctica internacional en constante evolución y cuya finalidad general es garantizar a las partes el derecho a un debido proceso. Lo anterior, en materia probatoria, se traduce en el derecho de tener la oportu-

nidad de probar lo que se alega, y de contradecir la evidencia aportada por la contraparte.

Como señala Robert Pietrowski:⁷

«The conduct of the arbitration may be governed by international law, by municipal law - that is, the national or local law of the place of the arbitration — or by some combination thereof. Regardless of the nature of the parties and the law applicable to the arbitration, certain principles and rules pertaining to evidence will in principle be applicable to any arbitration. These principles and rules have evolved from the process of international arbitration over the past two centuries. They have been agreed to in numerous bilateral arbitration treaties and compromis and have been codified in various multilateral conventions, model laws and model rules, and in the rules of international organizations and institutions, such that they are now

5 Véase por ejemplo el artículo 34 de la Ley de Arbitraje Peruana: Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones. 1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral.

4. El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos.

6 «Como lo reconoce la mayor parte de la doctrina, no es sencillo precisar el significado de la expresión *soft law*, así como tampoco establecer su alcance y contenido. Su significado depende del concepto que se tenga del derecho internacional. El término es usualmente empleado por la doctrina para describir principios, reglas, estándares o directrices que carecen de efecto vinculante, aunque no dejan por ello de producir determinados efectos jurídicos. Daniel Thürer considera al *soft law* “as a phenomenon in international relations covers all those social rules generated by States or other subjects of international law which are not binding but which are nevertheless of special legal relevance”. Este fenómeno envuelve una amplia gama de documentos internacionales: resoluciones de organizaciones internacionales, recomendaciones e informes adoptados por organismos internacionales o dentro de conferencias internacionales; programas de acción; textos de tratados que no han entrado en vigor, declaraciones interpretativas de determinados tratados o convenios; disposiciones programáticas o *non-self-executing*; acuerdos no normativos, acuerdos políticos o *gentlemen’s agreement*, códigos de conducta, directrices, estándares, etc». Mauricio Iván del Toro Huerta, «El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 6 (2006): 533, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/viewFile/160/256>.

7 Pietrowski, «Evidence in International Arbitration», 374.

generally applicable to all international arbitrations unless the parties agree otherwise.⁸

El presente artículo es un trabajo ilustrativo, elaborado con base en algunos de los instrumentos procesales más usados en el arbitraje internacional, que busca mostrar cuáles son las tendencias actuales en materia probatoria. Teniendo en consideración lo anterior y la experiencia del autor en diversos procesos arbitrales internacionales, se realizarán algunas reflexiones con relación a la forma y oportunidad en que la prueba debe ser ofrecida y actuada, así como también se hará referencia a algunos de los desafíos y soluciones que se han venido adoptado para afrontar los retos que ha generado la pandemia del COVID-19.

El presente artículo tiene, además, el propósito de brindar al lector la oportunidad de conocer algunas cuestiones probatorias que se han discutido en la práctica, y tener a la vista algunos de los argumentos que los Tribunales Arbitrales han tenido que evaluar para decidir las cuestiones planteadas por las partes, especialmente en materias en los que la ley peruana tiene relevancia.

La existencia de una multiplicidad de instrumentos procesales, distintos entre sí, a los que las partes pueden recurrir para regular las actuaciones del arbitraje, hace necesario que los abogados que diseñan los contratos, que luego podrían terminar en una disputa, sean conscientes del impacto que la cláusula de solución de controversias puede tener en su futura capacidad procesal para presentar pruebas, así como de las obligaciones de naturaleza procesal que asumen al someter la solución de los posibles conflictos a determinadas reglas o a las normas de una específica institución arbitral.

2. Reglas aplicables a la Oportunidad de Ofrecer y Actuar Pruebas

Tal como hemos indicado, las partes pueden establecer libremente cuáles son las reglas bajo las cuales se conducirá el proceso. Sin embargo, es común que las partes pacten los siguientes tipos de arbitrajes:

1. Arbitrajes institucionales: Son aquellos conducidos por tribunales directamente organizados y administrados por una institución, como, por ejemplo, aquellos establecidos bajo la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI)
2. Arbitrajes ad-hoc: Son aquellos sujetos a reglas estándar o propias, como, por ejemplo, un arbitraje que se desarrolle conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, el Reglamento de *UNCITRAL*).

En los arbitrajes de inversión, lo más común es que las controversias que surjan entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión sean resueltas con arreglo al «Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados» (en adelante, CIA-DI). En esos casos, la aceptación de los Estados a someterse a la jurisdicción del CIADI, normalmente, consta en tratados bilaterales o multilaterales de inversión. La aceptación del inversionista se produce con la presentación de la solicitud de arbitraje.

8 «La conducción del arbitraje puede estar determinada por el derecho internacional, por la ley municipal – esto es la ley nacional o local del lugar del arbitraje, o por una combinación de ambas, Con prescindencia de la naturaleza de las partes o de la ley aplicable al arbitraje, ciertas reglas y principios relativos a la prueba siempre serán, en principio, de aplicación. Estos principios y reglas son producto de la evolución del desarrollo del arbitraje en los últimos dos siglos. Han sido incorporadas en numerosos tratados bilaterales y compromisos han sido codificadas en varias convenciones multilaterales, leyes modelo y reglas modelo, así como en las reglas de organizaciones internacionales, de tal forma que ahora son de general aplicación a todos los arbitrajes internacionales a menos que las partes pacten lo contrario» [Traducción propia]

En cualquiera de los supuestos anteriores, las partes o el Tribunal Arbitral pueden y suelen establecer que, en materia de prueba, se apliquen (i) las reglas de la *International Board Association* sobre la Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional (es decir, las Reglas de la IBA)⁹, (ii) las reglas de Praga¹⁰, o (iii) las reglas que las partes establezcan para tal efecto.

Haciendo la salvedad de que los reglamentos y reglas antes mencionadas están en constante revisión y evolución, que existen reglas especiales para la tramitación sumaria de ciertos procesos arbitrales, y que las partes y los Tribunales siempre retienen el control para establecer las reglas procesales aplicables al arbitraje, se describirá, a continuación, de forma general, la estructura de los procesos arbitrales bajo algunos de los mencionados instrumentos, explicando las consecuencias que esto puede tener en materia de ofrecimiento y actuación de medios probatorios.

En términos generales, siguiendo a Pietrowski¹¹, las reglas internacionales en materia de ofreci-

miento y actuación de prueba están dirigidas a cautelar el derecho de ambas partes a acreditar su caso.

*«As a general rule, the parties to an international arbitration are required to produce those documents upon which they rely to prove their case. The rules of most international tribunal are designed to prevent a party from being unfairly disadvantaged by the unexpected production of evidence by the other party. Thus, when claimant files its memorial, it is expected to file at the same time all documents in its possession necessary to prove any factual issues raised in the memorial. Similarly, when the respondent files its counter memorial, it must submit all documentary evidence upon which it relies for its defense and any counterclaim. The same rule applies to replies, rejoinders and other written pleadings».*¹²

Para cautelar el derecho de igualdad de las partes al interior del proceso, se establece que la prueba solo podrá ser ofrecida y aportada junto con los escritos postulatorios que, en algunos casos, con-

9 La primera versión de las Reglas de la IBA se aprobó en 1999, estas han sido revisadas en el año 2010 (Reglas IBA 2010) y en el 2020 (Reglas IBA 2020). Los cambios introducidos en ésta última revisión rigen para los arbitrajes en los que se pacte su aplicación sin precisar la versión aplicable desde la fecha de su aprobación el 19 de diciembre del 2020.

10 «De acuerdo con su Preámbulo, las Reglas de Praga pretenden proporcionar a los tribunales arbitrales y a las partes directrices para incrementar la eficiencia del arbitraje, promoviendo un rol más activo de los tribunales arbitrales en la tramitación de los procedimientos. Según han comentado diversos sectores de la doctrina arbitral, las Reglas de Praga habrían sido ideadas como una alternativa a las Reglas de la IBA sobre la Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional, partiendo de la consideración de que el segundo cuerpo de reglas se estructura en base a principios más propios del Common Law, siendo en ese sentido más lejano a un grupo importante de las jurisdicciones del Civil Law.

Cabe precisar que el ámbito de aplicación de las Reglas de Praga no se restringe a la práctica de la prueba, sino que considera diversas incidencias del procedimiento arbitral». «1. Las Reglas de Praga sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional», Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, acceso el 04 de abril del 2021, <https://www.arbitrajeccl.com.pe/portfolio/1-las-reglas-de-praga-sobre-la-tramitacion-eficiente-de-los-procedimientos-en-el-arbitraje-internacional>.

11 Pietrowski, *Evidence in International Arbitration*, 392.

12 «Como una regla general, las partes en un arbitraje internacional deben aportar la prueba de sus alegaciones para acreditar su caso. Las reglas de la mayoría de los Tribunales Internacionales están diseñadas para prevenir que una parte se vea perjudicada con el aporte sorpresivo de evidencias por su contraparte. Por tanto, la prueba en posesión del demandante debe ser aportada con el memorial de demanda. De forma similar, al presentar el memorial de contestación, se debe aportar toda la prueba de la defensa que este en su posesión o de la reconvencción de ser el caso. Lo mismo ocurre con la réplica y la réplica». [Traducción propia]

sisten en una sola ronda de escritos¹³ y, en otros, en dos.¹⁴

Para demostrar cómo es que la determinación del número de escritos postulatorios varía según la elección de un instrumento internacional que regulará el arbitraje, se procederá a hacer referencia, de forma separada, a los siguientes documentos: (a) el Reglamento del CCI, (b) el Reglamento de *UNCITRAL*, y (c) a las Reglas del CIADI

2.1 Arbitrajes bajo las Reglas del CCI

Bajo el Reglamento de la CCI, no existe ninguna regla que establezca el número de escritos postulatorios que pueden presentarse en el proceso, ni la oportunidad en la que debe ofrecerse o actuarse la prueba ofrecida.

El Reglamento de la CCI regula, exclusivamente, la forma en que se debe presentar la solicitud de arbitraje, la contestación de tal solicitud y la necesidad de informar, junto con esta contestación, si se va a interponer una eventual reconvencción. Sin embargo, si se revisa la guía para las partes y sus representantes para la conducción eficaz del arbitraje de la misma CCI, se puede ver que se prevé hasta 4 escenarios posibles:

1. Que no sean necesarios escritos adicionales a la Solicitud Arbitral y su Contestación, pues estos presentan el caso de manera idónea;
2. Que se disponga una ronda subsecuente de escritos;

3. Que se prevea la presentación de dos o más rondas subsecuentes de escritos; y
4. Que se acuerde u ordene además la presentación de escritos posteriores a la audiencia (asumiendo que la hubiera).¹⁵

La forma definitiva en la que se conducirá el arbitraje se delega al Tribunal Arbitral previa audiencia de las partes.

El artículo 19 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional dispone:

Normas aplicables al procedimiento

El procedimiento ante el tribunal arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el tribunal arbitral determinen ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional a ser aplicado en el arbitraje.

A su vez, el artículo 24 dispone:

Conferencia sobre la conducción del procedimiento y calendario procesal

1. Al preparar el Acta de Misión, o en cuanto le sea posible después de ello, el tribunal arbitral celebrará una conferencia sobre la conducción del procedimiento para consultar a las partes sobre las medidas procesales que podrían ser adoptadas de conformidad con el Artículo 22(2).

13 Por lo general una demanda o memorial de demanda, una contestación de demanda o memorial de contestación de demanda, que puede incluir una reconvencción y en cuyo caso habrá un escrito adicional de contestación de la reconvencción.

14 En ese caso una demanda o memorial de demanda, una contestación de demanda o memorial de contestación de demanda, que puede incluir una reconvencción, un escrito de réplica y contestación de la reconvencción (si la hubiera), un escrito de réplica y réplica de la reconvencción (si la hubiera) y un escrito de réplica de la reconvencción (si la hubiera).

15 Cámara de Comercio Internacional, «Ronda de Escritos», en *Conducción Eficaz del Arbitraje: Una guía para abogados internos y para otros representantes de las partes* (Francia: Imprimerie Port Royal, 2018), 33-34, <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/05/effective-management-of-arbitration-icc-guide-spanish-version.pdf>.

2. Durante dicha conferencia, o a la mayor brevedad posible luego de la misma, el tribunal arbitral deberá establecer el calendario procesal que pretenda seguir para la conducción eficiente del arbitraje. El calendario procesal y cualquier modificación del mismo deberán ser comunicados a la Corte y a las partes.
3. Con el fin de asegurar de forma permanente la eficaz conducción del procedimiento, el tribunal arbitral podrá adoptar nuevas medidas procesales o modificar el calendario procesal, después de consultar a las partes mediante una nueva conferencia sobre la conducción del procedimiento o de cualquier otra forma.
4. Las conferencias sobre la conducción del procedimiento pueden realizarse mediante una reunión personal, por video conferencia, por teléfono o por otra forma similar de comunicación. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral determinará la forma en la que la conferencia será realizada. El tribunal arbitral puede solicitar a las partes que presenten propuestas para la conducción del procedimiento con antelación a una conferencia de conducción del procedimiento, y puede solicitar la presencia de las partes en persona o a través de un representante interno.

Ante el silencio del Reglamento, corresponderá al Tribunal establecer si habrá una sola ronda de escritos (p.e. demanda, contestación y reconvencción, contestación de la reconvencción) o, si por el contrario, habrá dos rondas de escritos (p.e. demanda, contestación, dúplica y réplica).

El reglamento citado dispone que, junto a la solicitud arbitral y su contestación, se podrá presentar cualquier documento o información que se considere apropiada, lo cual no puede ser interpretado como un mandato imperativo que sea aplicable

por analogía a las rondas de escritos posteriores. En virtud de lo anterior, las reglas respecto a la oportunidad y forma en la que se debe ofrecer y actuar la prueba en el proceso se deja al arbitrio de las partes o del tribunal que conoce el caso.

Las modificaciones introducidas en las Reglas del CCI 2021, como respuesta a los retos que impone la pandemia del COVID-19, apuntan a privilegiar la presentación de todos los escritos y los medios probatorios por vía electrónica. En la medida que los medios probatorios suelen ser voluminosos, se suele usar *drives* u otras soluciones electrónicas para colgar los archivos probatorios en la nube, con el fin de que los mismos puedan ser descargados por el Tribunal, la otra parte y la Secretaría de la CCI.¹⁶

Por lo general, se debe acompañar una relación de las pruebas con una letra y el número del medio probatorio; por ejemplo, para el demandante, en «C-1», la C significa *Claimant*, y, para el demandado, en «R-1», R significa *Respondent*.

En la medida que el derecho aplicable y sus alcances debe ser demostrados, los medios probatorios también deben ser diferenciados de los de hechos. Usualmente, para ello, se usa un acrónimo seguido del número del medio probatorio para el demandante: por ejemplo, para el demandante, se utiliza «CLA», que significa *Claimant Legal Authorities*, y para el demandado, se utiliza «RLA», que significa *Respondent Legal Authorities*.

2.2 Arbitraje bajo el Reglamento de *UNCITRAL*

El Reglamento de *UNCITRAL* es un poco más explayado; sin embargo, también deja un margen amplio de discreción a las partes y al tribunal arbitral para establecer las reglas en materia probatoria.

¹⁶ Usualmente se solicita confirmación de la contraparte de que se ha podido descargar toda la información colgada en la nube.

Así, por ejemplo, en el inciso 1 y 3 del Artículo 17 del Reglamento de *UNCITRAL*, se establece lo siguiente:

1. Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que en cada etapa del procedimiento se dé a cada una de las partes una oportunidad razonable de hacer valer sus derechos. En el ejercicio de su discrecionalidad, el tribunal arbitral dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz del litigio entre las partes.

[...]

3. Si alguna parte lo solicita en una etapa apropiada del procedimiento, el tribunal arbitral celebrará audiencias para la presentación de las pruebas testificales o periciales, o para alegatos verbales. De no presentarse una solicitud al respecto, el tribunal arbitral será el que decida si deben celebrarse dichas audiencias o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de los documentos y de las pruebas que se presenten. [El subrayado es nuestro]

A su vez, el Artículo 20 del Reglamento de *UNCITRAL* dispone que:

1. El demandante comunicará por escrito al demandado y a cada uno de los árbitros su escrito de demanda, dentro del plazo que determine el tribunal arbitral. El demandante podrá optar por considerar que su notificación del arbitraje según el artículo 3 constituya su escrito de demanda, siempre y cuando tal notificación cumpla también los requisitos enunciados en los párrafos 2 a 4 del presente artículo.

2. El escrito de demanda deberá contener los siguientes datos:

- El nombre y los datos de contacto de las partes;
- Una relación de los hechos en los que se base la demanda;
- Los puntos que constituyan el motivo del litigio;
- d) La materia u objeto que se demanda;
- Los motivos jurídicos o argumentos que sustenten la demanda.

3. El escrito de demanda deberá ir acompañado de una copia de todo contrato o de todo otro instrumento jurídico del que se derive el litigio, o que esté relacionado con él, y del acuerdo de arbitraje. [El subrayado es nuestro]

4. El escrito de demanda deberá ir acompañado, en la medida de lo posible, de todos los documentos y otras pruebas en que se funde el demandante, o deberá contener referencias a los mismos. [El subrayado es nuestro]

Similar disposición rige para la contestación según el Artículo 21:

1. El demandado deberá comunicar por escrito su contestación al demandante y a cada uno de los árbitros dentro del plazo que determine el tribunal arbitral. El demandado podrá optar por considerar que su respuesta a la notificación del arbitraje según el artículo 4 constituirá su contestación, siempre y cuando tal respuesta a la notificación del arbitraje cumpla también los requisitos enunciados en el párrafo 2 del presente artículo.

2. En la contestación se responderá a los extremos b) a e) del escrito de demanda (párrafo 2 del artículo 20). La contestación se acompañará, en la medida de lo posible, de todos los

documentos y otras pruebas en que se funde el demandado, o contendrá referencias a los mismos. [El subrayado es nuestro]

3. En su contestación, o en una etapa ulterior de las actuaciones si el tribunal arbitral decidiese que, dadas las circunstancias, la demora era justificada, el demandado podrá formular una reconvencción o hacer valer una demanda a efectos de compensación, siempre y cuando el tribunal sea competente para conocer de ellas.
4. Las disposiciones de los párrafos 2 a 4 del artículo 20 serán aplicables a la reconvencción, así como a toda demanda que se presente conforme a lo previsto en el apartado *f)* del párrafo 2 del artículo 4 o que se interponga a efectos de compensación.

Al igual que en el caso de la ICC, si bien hay una invocación a las partes para que presenten sus medios probatorios junto con la demanda y la contestación, se difiere a los árbitros el establecimiento de las reglas definitivas para el ofrecimiento y actuación de las pruebas.

Respecto a la actuación de la prueba, el artículo 27 del Reglamento de *UNCITRAL* dispone lo siguiente:

1. Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas.
2. Podrá actuar como testigo, inclusive como perito, cualquier persona designada por una parte que testifique ante el tribunal sobre cualquier cuestión de hecho o que pertenezca a su ámbito de competencia como perito, y su testimonio podrá ser admitido por el tribunal arbitral, aunque esa persona sea parte en el arbitraje o esté relacionada de algún modo con una parte. A menos que el tribunal arbitral disponga otra cosa, las declaraciones de

los testigos, incluidos los peritos, podrán presentarse por escrito, en cuyo caso deberán ir firmadas por ellos.

3. En cualquier momento de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá exigir, dentro del plazo que determine, que las partes presenten documentos u otras pruebas.
4. El tribunal arbitral determinará la admisibilidad, la pertinencia y la importancia de las pruebas presentadas.

Como es de verse, bajo el reglamento arbitral de *UNCITRAL*, a menos que las partes o el Tribunal establezcan lo contrario, solo se prevé la presentación de una ronda de escritos postulatorios a los que se debería acompañar, en la medida de lo posible, los medios probatorios con los que la parte cuente en ese momento.

El Reglamento guarda silencio respecto de aquellos medios probatorios que puedan haber sido ofrecidos con la demanda o su contestación pero que no fueron acompañados con estos escritos, dejando en libertad al Tribunal para decidir sobre la admisibilidad, la pertinencia y la importancia de dichas pruebas. La misma regla aplica respecto a las pruebas aportadas en los citados escritos.

No se establece la oportunidad en que el Tribunal debe determinar estas cuestiones probatorias.

2.3 Arbitraje bajo Reglas del CIADI

A diferencia de los reglamentos antes mencionados, el Reglamento de Arbitraje del CIADI si prevé, de forma expresa, siendo, además, práctica usual, la presentación de dos rondas de escritos.

Así, por ejemplo, la Regla 31 del citado reglamento establece lo siguiente:

Actuaciones escritas

(1) Además de la solicitud de arbitraje, las actuaciones escritas comprenderán las siguientes exposiciones presentadas dentro de los plazos fijados por el Tribunal:

- (a) un memorial de la parte solicitante;
- (b) un memorial de contestación de la otra parte;

y si las partes convinieren en ello o si el Tribunal lo estimare necesario:

- (c) una réplica de la parte solicitante; y
- (d) una dúplica de la otra parte.

(2) Si la solicitud se ha hecho conjuntamente, cada parte presentará su memorial dentro del mismo plazo determinado por el Tribunal y si las partes convinieren en ello o si el Tribunal lo estimare necesario, su contestación; sin embargo, las partes podrán convenir que, a los fines del párrafo (1), una de ellas será considerada como la parte solicitante.

(3) Los memoriales deberán contener: una relación de los hechos pertinentes, una declaración del derecho aplicable, y las peticiones. Los memoriales de contestación, la réplica o la dúplica contendrán la aceptación o negación de los hechos declarados en el último escrito presentado; cualesquiera hechos adicionales, en caso necesario; las observaciones concernientes a la declaración del derecho aplicable contenida en el último escrito presentado; una declaración de derecho en respuesta al mismo; y las peticiones.

Aunque el Reglamento no lo diga expresamente, los escritos de las dos rondas pueden estar acompañados de pruebas pertinentes, en particular, declaraciones testimoniales, informes periciales y anexos documentales.

En materia probatoria, también deben destacarse las Reglas 33 y 34 del Reglamento CIADI:

Regla 33

Ordenamiento de la prueba

Sin perjuicio de las disposiciones relativas a la presentación de documentos, cada parte, dentro de los plazos fijados por el Tribunal, dará al Secretario General, para su transmisión al Tribunal y a la otra parte, información precisa con respecto a la prueba que se propone presentar y a la que se propone pedir que el Tribunal solicite, juntamente con una indicación de los asuntos sobre los cuales versará dicha prueba.

Regla 34

Prueba: principios generales

(1) El Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquiera prueba rendida y de su valor probatorio.

(2) El Tribunal podrá, si lo estima necesario en cualquier etapa del procedimiento:

(a) requerirle a las partes que presenten documentos, testigos y peritos; y

(b) visitar cualquier lugar relacionado con la diferencia o llevar a cabo indagaciones en él.

(3) Las partes cooperarán con el Tribunal en la producción de la prueba y en las demás medidas contempladas en el párrafo (2). El Tribunal tomará nota formal del incumplimiento por una parte de sus obligaciones de acuerdo con este párrafo y de las razones aducidas para tal incumplimiento.

(4) Se considerará que los gastos incurridos en la presentación de la prueba y la adopción de las demás medidas previstas en el párrafo (2) son parte

de los gastos incurridos por las partes, como lo dispone el Artículo 61(2) del Convenio.

Las disposiciones citadas establecen, por un lado, la obligación de las partes de informar al tribunal sobre las pruebas de las que desean hacerse valer y, por otro lado, la facultad del tribunal para decidir su admisión y su valor probatorio. Se debe destacar, sin embargo, que, en las Reglas del CIADI, a diferencia de las Reglas de la CCI o de *UNCITRAL*, se prevé expresamente la facultad del tribunal de realizar visitas e indagaciones en los lugares relacionados con la controversia. Ciertamente, en los procesos bajo los Reglamentos de la CCI o de *UNCITRAL*, estas visitas son posibles, aunque no tengan una regulación expresa.

Finalmente, es importante indicar que la Secretaría del CIADI ha dispuesto recientemente que las solicitudes arbitrales puedan ser presentadas de forma electrónica atendiendo a la Pandemia del COVID-19 y que solo se requiere acompañar copias físicas de los documentos y anexos si la otra parte lo solicita.

3. Prueba extemporánea

En cualquiera de los tres casos bajo análisis, se admite, en general, que el tribunal pueda admitir a trámite pruebas que se ofrezcan y actúen en oportunidades distintas a las previstas en las reglas aplicables al arbitraje. Sin embargo, esta admisión está sujeta a la existencia de una causa que justifique la demora en la aportación de la prueba y su relevancia para resolver la controversia.

Así, por ejemplo, en las notas de *UNCITRAL* para la administración de procesos arbitrales, se consigna la siguiente recomendación:

*«74. The arbitral tribunal may clarify the consequences of late submissions of evidence and how it intends to deal with requests to accept late submissions. It may require a party seeking to submit evidence after the time limit to provide reason for delay. The arbitral tribunal, in determining whether to accept late submissions would need to consider the procedural efficiency achieved by refusing late submissions, the possible usefulness of accepting them, and the interests of the parties (for example providing the other party an opportunity to comment or submit its own further evidence in response to the late submission)».*¹⁷

En términos generales, se debe tratar de evitar que una de las partes vea perjudicado su derecho a la defensa con la presentación sorpresiva de prueba extemporánea que no esté en condiciones de contradecir, por lo general, porque ya no tiene la oportunidad de presentar escritos adicionales conforme al calendario procesal.

Ciertamente, una prueba no podrá considerarse como sorpresiva si fue ofrecida oportunamente y presentada cuando estuvo a disposición de la parte que la ofreció. Tampoco debería rechazarse una prueba si es que la otra parte cuenta con una oportunidad procesal para contradecir la nueva prueba aportada

Así, por ejemplo, en jurisprudencia constante de la Corte de Apelaciones de París, reflejada en su decisión de fecha 30 de junio de 1988, se estable-

17 «El Tribunal Arbitral podría clarificar cuáles serán las consecuencias de una presentación extemporánea y como pretende manejar los pedidos para aportar pruebas tardíamente. Puede exigir que la parte que pretende una presentación extemporánea justifique su demora. Para rechazar el pedido el Tribunal debe considerar si el rechazo va a ser eficiente para el proceso, la posibilidad que su admisión no tenga efectos relevantes, y el interés de las partes (la oportunidad de la otra parte de comentar y aportar pruebas en respuesta de la nueva prueba)» [Traducción propia]. United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Procedures* (New York: United Nations Office at Vienna, 2016), 24, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-notes-2016-e.pdf>.

ció que no se lesionaba el derecho de la contraparte que tenía oportunidad de comentar una prueba extemporánea en su réplica.¹⁸

En todo caso, el Tribunal deberá evaluar el derecho de ambas partes a presentar su caso de forma adecuada y tomar las medidas que estime necesaria para garantizar un trato equitativo a estas, sin lesionar su derecho a probar las alegaciones que están formulando.

Irene Wesler y Samuel Mimmagh señalan:

«In these ways, arbitral rules, be national, international or institutional, provide their own method by which the evidentiary procedures may be conducted. The universal recognition of their importance is based in large part on the parties' right to be heard and the right to duly present their case. These rights are core to any legal proceedings and form key aspects of arbitral procedures to which any tribunal must abide. The right to present one's case is of particular importance in the context of evidentiary procedures, as a restriction in access to evidence could seriously frustrate a party's ability to adequately establish the facts of the dispute. [...] Both of these rights are tempered and reinforced by further obligations generally considered to be imposed on the arbitral tribunal. The fundamental legal standard of equal treatment is, in principle, universally applicable to all aspects of

*arbitral proceedings as contained in such principles of the equality of arms and equality of treatment».*¹⁹

4. Prueba de Testigos y Expertos

Al igual que la prueba documentaria, es usual que las partes aporten como sustento de sus pretensiones declaraciones testimoniales y de expertos junto con sus escritos postulatorios.

Así, por ejemplo, el artículo 30.5 del Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima dispone que:

«Dentro del plazo determinado por el Tribunal Arbitral, las pruebas testimonial y pericial deben ser presentadas en la forma de una declaración testimonial escrita y firmada por el declarante o de un dictamen pericial firmado. Asimismo, el Tribunal Arbitral puede citar a una persona a declarar sobre hechos y circunstancias relacionadas con las materias que pueden ser objeto de decisión en un laudo.»

En cuanto a la prueba de testigos, lo usual es que se acompañen declaraciones testimoniales escritas sobre hechos, suscritas por las personas que han participado directamente en los eventos que dieron lugar a la controversia que se ventila en el arbitraje.

18 «Procedural Timetable and Late Submission of Evidence in ICC Arbitration», *Aceris Law International Arbitration Law Firm*, acceso el 17 de marzo de 2021, <https://www.acerislaw.com/procedural-timetable-and-late-submission-of-evidence-in-icc-arbitration/>.

19 «De esta manera, las reglas arbitrales, sean estas nacionales, internacionales, o institucionales, proveen su propio método para los procedimientos probatorios. El reconocimiento universal de su importancia se basa en gran parte en el derecho de las partes a presentar su caso de forma adecuada. Este derecho es central para cualquier procedimiento probatorio y es vinculante para todos los Tribunales Arbitrales. La habilidad de poder presentar un caso es de singular importancia en los procedimientos probatorios, pues una restricción al acceso a la prueba puede frustrar la habilidad de la parte a acreditar adecuadamente los hechos en disputa. [...]

Ambos derechos son temperados y reforzados con algunas obligaciones adicionales que debe observar el Tribunal. El standard de trato igualitario es fundamental y es, en principio, aplicable a todos los aspectos del proceso arbitral tales como el principio de igualdad de armas y de trato igualitario» [Traducción libre]. Irene Wesler y Samuel Mimmagh, «Production of Physical Evidence in International Arbitration – A No Go?», en *Austrian Yearbook on International Arbitration 2020*, editado por Christian Klausegger et al., (Viena: Stämpfli Verlag, 2020), 117, https://www.cerhahempel.com/fileadmin/docs/publications/Wesler/Wesler.Mimmagh_Production_of_Physical_Evidence_A_No_Go_AYIA_2020.pdf.

El artículo 5 de las Reglas de la *Intertación Bar Association (IBA)* establece que cada declaración testimonial debe contener:

1. El nombre completo y dirección del testigo, una declaración concerniente a su relación pasada y presente (si la hubiere) con las Partes, y una descripción de sus antecedentes, cualificaciones, capacitación y experiencia, si dicha descripción, pudiera ser relevante para el conflicto sometido a su declaración.
2. Una descripción completa y detallada de los hechos, así como la fuente de información del testigo sobre tales hechos suficiente para constituir la prueba testimonial aportada sobre la materia controvertida. Los Documentos en los que los testigos se basen, que no hayan sido presentados anteriormente, deberán acompañarse.
3. Una manifestación sobre el idioma en el que la Declaración Testimonial fue originalmente preparada y el idioma en el cual el testigo prevé declarar en la Audiencia Probatoria;
4. Una declaración sobre la veracidad de la Declaración Testimonial; y
5. La firma del testigo, así como la fecha y lugar.

Si bien es cierto que en el arbitraje internacional la prueba testimonial es un elemento importante, porque permite a los árbitros tener una aproxima-

ción de primera fuente a los hechos, también es indispensable que los hechos afirmados cuenten con un soporte documental que los corrobore, porque, si esto no es así, lo que se tendrá finalmente es el mero dicho de una persona que, de manera directa o indirecta, tiene algún interés en el resultado del pleito.

Lo anterior nos lleva a indicar que estos testimonios pueden ser prestados por personas vinculadas a la parte que los ofrece como testigos.

Así, por ejemplo, en las Notas de *UNCITRAL* para la Organización de los Procesos Arbitrales²⁰ se consigna:

*“89. International arbitration can differ from domestic court practice in respect of whether a party or certain persons related to a party may be heard as witnesses (for example its executives, employees or agents). Under some legal systems, a party or such persons may not be permitted to testify as witness in court proceedings but may be heard in a different capacity (such as a party or person having relevant information). Nonetheless, in international arbitration, such distinction is rarely observed and a party or such persons can typically be heard as witnesses.”*²¹

No se considera impropio y es, más bien, una práctica común que el contenido de los posibles testimonios escritos de los testigos sean discutidos con estos por las partes o sus asesores antes que los mismos sean presentados.²²

20 United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Procedures*, 27.

21 “89. El arbitraje internacional puede diferenciarse de la práctica judicial local con relación a si una parte o ciertas personas relacionadas a una parte pueden prestar testimonio (por ejemplo, sus ejecutivos, empleados o agentes). Bajo ciertos sistemas legales, una parte o las personas vinculadas a esta no pueden actuar como sus testigos ante las Cortes, aunque podrían ser escuchadas bajo otra capacidad. Sin embargo, en el arbitraje internacional esta distinción raramente aplica, y la parte o sus vinculadas pueden actuar como testigos de forma normal”. [Traducción propia]

22 «Artículo 4 Testigos

[...] 3. No será considerado impropio que una Parte, sus directivos, empleados, asesores legales u otros representantes entrevisten a sus testigos o potenciales testigos y discutan con ellos sus posibles testimonios». International Bar Association, «Las Reglas», en *Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional* (Londres: International Bar Association, 2010), 11, <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=3599492E-8BC6-4E3D-A205-B86B69A42593>.

La credibilidad de los testigos se evalúa, por lo general, en la audiencia en la que el testigo podrá ser contra interrogado por la parte contraria a la que lo ofreció como testigo.

De igual manera, las partes suelen acompañar a sus escritos postulatorios opiniones de expertos respecto a las diversas materias vinculadas a la controversia. Así, por ejemplo, es probable que una parte desee presentar como prueba la opinión de un experto legal en el derecho local aplicable al fondo de la controversia respecto al alcance de sus disposiciones, o la de un experto en una cuestión técnica para establecer las causas de una falla o de un daño, o la opinión de un experto en daños que cuantifique el perjuicio sufrido por la parte que reclama su compensación.

Asimismo, la contraparte también puede presentar informes de expertos que contradigan lo señalado por los expertos de la demandante o viceversa. La credibilidad de los expertos también es, generalmente, puesta a prueba en la audiencia, dentro de la cual las partes pueden formular las preguntas que estimen conveniente a su derecho.

5. La Audiencia

En el Arbitraje Internacional, salvo que el tribunal decida lo contrario, lo normal es que las partes tengan la oportunidad de presentar su caso y de interrogar a los testigos y peritos en una Audiencia, la cual suele durar algunos días.

Esto no siempre es así. Por ejemplo, si en un caso se presentan defensas de jurisdicción, el tribunal podría decidir bifurcar el proceso en dos y celebrar una audiencia separada para tratar sobre los asuntos vinculados a su competencia para conocer el fondo y emitir luego un laudo sobre este cues-

tionamiento. Evidentemente, si el tribunal opta por declinar jurisdicción, ya no se emitirá un pronunciamiento sobre el fondo y se concluirá con las actuaciones arbitrales, salvo que hubiera algún incidente pendiente como la determinación del monto de los costos a cargo de la parte perdedora.

Normalmente, las Audiencias comienzan con una presentación, a cargo de cada una de las partes, de los argumentos que sustentan su pretensión y de aquello que esperan quede corroborado a lo largo de las mismas. Luego, se procede al interrogatorio de los testigos ofrecidos por cada una de las partes –primero, los de la demandante y, luego, los de la demandada–. Antes de declarar, es usual que se haga jurar o prometer al Testigo que lo que va a declarar es cierto y refleja su conocimiento de los hechos.

Respecto a la forma de interrogar a los testigos, no existe una regla uniforme. Algunos Tribunales permiten que la parte que ofreció el testigo haga un interrogatorio directo y corto para que el testigo se presente y haga alguna precisión que se estime conveniente o necesaria. Luego, se da la oportunidad a la contraparte para que contrainterrogue al testigo sobre los hechos que han sido de su conocimiento. Concluido el contrainterrogatorio, la parte que ofreció al testigo tiene la oportunidad de hacer repreguntas, pero solo respecto de aquellos asuntos que hubieran surgido del contrainterrogatorio.²³ El procedimiento es similar respecto a los peritos, con la salvedad que a estos se les permite de ordinario hacer una presentación de los alcances de su pericia en lugar de un interrogatorio directo.

Las Audiencias suelen concluir con presentaciones de cierre a cargo de las partes, en las que estas suelen incluir los puntos a su favor obtenidos como producto de los interrogatorios a los testi-

23 Sobre el particular, se recomienda revisar el Artículo 8.3 de las Reglas de la IBA.

gos y expertos. En algunas ocasiones, el tribunal permite a las partes presentar una ronda de escritos de extensión limitada, sumatorios *post* audiencia, pero esto no siempre es posible.

Durante el desarrollo de una audiencia y en las presentaciones, no se debe usar medios probatorios que no hayan sido oportunamente presentados en el expediente.

La tendencia actual, por razones de la pandemia del COVID-19, es que las audiencias se desarrollen de manera virtual y no presencial. Esta práctica ya está funcionando con relativo éxito y de seguro ha llegado para quedarse.

Desde siempre, por razones de enfermedad del testigo o experto, o limitaciones de viaje, ya se venía actuando ciertas pruebas a través de video conferencias. Actualmente, por razones sanitarias y por las limitaciones de viaje, no es factible sostener audiencias presenciales en las que participen un gran número de personas reunidas en un mismo espacio cerrado al mismo tiempo: esto ha conllevado a tener que sostener el íntegro de la audiencia de forma remota.

La realización de una audiencia virtual no está exenta de retos como los son la diferencia de horas según donde estén ubicadas las partes y los árbitros, los problemas de conectividad, la posibilidad de que las partes puedan reunirse de forma virtual en los intermedios de las audiencias, etc. Todas estas dificultades son susceptibles de ser superados.

Por lo general, es recomendable contratar a una buena firma de comunicaciones para que administre la audiencia, dando el soporte informático necesario para su realización sin mayores contratiempos. Esto va a asegurar la confidencialidad de las actuaciones y, especialmente, va a facilitar que

las reuniones entre las partes y sus asesores durante la audiencia tengan la debida privacidad.

En la medida que las horas de audiencia diarias, probablemente, van a ser más breve por razones de horarios, de capacidad de concentración frente a un ordenador, entre otras, se recomienda considerar tener actuaciones pregrabadas, como podrían ser las presentaciones de los peritos, o considerar un mayor número de días de audiencia.

Es de temer que, en cada caso, las partes y el tribunal tendrán que ver que es lo más conveniente en función al número de testigos y expertos que haya que interrogar.

6. La Exhibición de Documentos

Como parte del derecho de las partes a probar su caso, se reconoce el derecho de una parte a tener acceso a información y documentos en posesión de su contraparte. Este derecho, sin embargo, no es ilimitado.

Irene Wesler y Samuel Mimmagh indican²⁴:

«[...] The parties are to be given the opportunities necessary to act upon their rights, to be heard and present their case, which may often include them access to evidence in possession of the other party.

Despite the pivotal role played by the evidentiary procedures in ensuring the fairness of arbitral proceedings, it is imperative to ensure the production of evidence is not abused. For this reason, most arbitral rules do not prescribe a general unrestricted right for the parties to have evidence disclosed to them. Any request for the production of evidence by a party must also attest to the rel-

24 Wesler y Mimmagh, «Production of Physical Evidence in International Arbitration – A No Go?», 118.

*evance and materiality of that evidence to their respective case. [...]».*²⁵

En esa línea de ideas, respecto a los pedidos de exhibición que se formulen a la contraparte, es importante tener en cuenta, por ejemplo, los numerales 3, 4, 5 y 6 del artículo 3 de las Reglas de la IBA, que indican lo siguiente:

3. Una Solicitud de Exhibición de Documentos deberá contener:

(a) (i) una descripción de cada Documento cuya exhibición se solicite que sea suficiente para identificarlo, o

(ii) una descripción suficientemente detallada (incluyendo el asunto de que se trate) de la concreta y específica categoría de Documentos requeridos que razonablemente se crea existen; en el caso de Documentos conservados en formato electrónico, la Parte solicitante puede, o el Tribunal Arbitral puede requerirle que proceda a, identificar archivos específicos, términos de búsqueda, individuos o cualquier otro medio de búsqueda para esos Documentos en una forma eficiente y económica.

(b) una declaración de por qué los Documentos requeridos son relevantes para el caso y sustanciales para la resolución; y

(c) (i) una declaración de que los Documentos requeridos no se encuentran en poder, custodia o control de la Parte que los solicita o una declaración de las razones por las cuales sería irrazonablemente gravoso para la Parte solicitante exhibir tales Documentos, y

(ii) una declaración sobre las razones por las cuales la Parte solicitante supone que los Documentos requeridos están en poder, custodia o control de otra Parte.

4. Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, la Parte a quién se dirija la Solicitud de Exhibición de Documentos deberá presentar a las otras Partes y, al Tribunal Arbitral si éste así lo ordenara, todos los Documentos solicitados que se encuentren en su poder, bajo su custodia o control y respecto de los cuales no presente objeción.

5. Si la Parte a quien se dirige la Solicitud de Exhibición de Documentos tiene una objeción a alguno o a todos los Documentos solicitados, deberá poner de manifiesto la objeción por escrito al Tribunal Arbitral. Solamente podrán aducirse como objeciones las razones mencionadas en el Artículo 9.2 o el incumplimiento de alguno de los requisitos prescriptos en el Artículo 3.3.

6. Recibida una de esas objeciones, el Tribunal Arbitral podrá invitar a las Partes pertinentes que se consulten mutuamente con el objetivo de resolver la objeción.

En los arbitrajes internacionales, es común el uso de instrumentos de auxilio para facilitar el manejo por parte de los Tribunales Arbitrales de los pedidos de exhibición, siendo el más usado el *Redfern Schedule* (denominado, así, en honor a su creador, *Alison Redfern*)

Este instrumento es básicamente una tabla en la que las partes deben consignar sus pedidos de exhibición, las objeciones que se deseen hacer valer o la aceptación de exhibir el documento solicitado, las

25 «[...] Las partes debe recibir suficientes oportunidades para actuar sus derechos, y para ser escuchados y presentar su caso, lo que frecuentemente incluye el tener acceso a evidencia en posesión de su contraparte.

Sin perjuicio del rol importante que tienen los procedimientos probatorios, es imperativo impedir que se abuse de los pedidos de exhibición. Por esta razón, la mayoría de las reglas arbitrales no permiten un acceso irrestricto a la documentación en posesión de una de las partes. Cada pedido de exhibición debe hacerse indicando la materialidad y relevancia, con relación al caso, de la evidencia que se solicita conocer. [...]».

[Traducción propia]

respuestas a las objeciones por parte del solicitante y la decisión del Tribunal cuando esta sea requerida.²⁶

renzo Zolezzi Ibárcena, al comentar la norma indicada, señala:

A continuación, mostramos una tabla parcial con fines meramente ilustrativos:²⁷

«La nueva Ley Peruana de Arbitraje establece el principio de libertad de prueba, es decir, casi no

Nº	Materia	Pedido de Exhibición	Oposición	Respuesta a la Oposición	Decisión del Tribunal
1	Alcance del Contrato de Obra	Se solicita la exhibición del Contrato entre el propietario de la obra y el supervisor, porque se desea comprobar el nivel de autorización que tenía el segundo para solicitar cambios en el diseño de uno de los componentes de la obra.	La demandada se opone a la exhibición de este documento porque las relaciones contractuales entre las partes se rigen exclusivamente por el contrato suscrito entre estas, no siendo relevante el contrato entre el propietario de la obra y el supervisor.	La cláusula 20 del Contrato de Obra no es clara sobre las facultades del Supervisor, De ahí que sea necesario cotejar la interpretación que tuvo el propietario de la obra sobre sus alcances en otro contrato.	La demandada debe exhibir el contrato

Tal como hemos indicado, este tipo de tablas son instrumentos que le facilitan al Tribunal resolver numerosos pedidos de exhibición; sin embargo, este formato puede resultar limitativo para que las partes puedan hacer valer adecuadamente sus alegaciones. Por ello, se recomienda, fuertemente, a aquellas personas que se aproximan por primera vez al uso de esta clase de instrumentos que, de considerarlo conveniente, complementen sus alegaciones en una comunicación dirigida al Tribunal a la que anexen el Cuadro *Redfern*, en el cual, quizás, puedan desarrollar con un poco más de amplitud las razones que sustentan una oposición o su absolución.

contiene regulaciones sobre la prueba, las cuales usualmente se refieren a cuatro temas: “a) la admisión de las pruebas, en la que la libertad significa ausencia de normas que excluyan la prueba del proceso y, por tanto, está referida a la posibilidad de que las partes utilicen todos los elementos de prueba relevantes de los que dispongan; b) la formación de la prueba, en la que la libertad significa ausencia de normas que regulen el modo en que la prueba se constituye, en el proceso y fuera de él; c) la valoración de las pruebas, en el que la libertad significa ausencia de normas que predeterminen, vinculando al juez y a las partes, el valor que debe atribuirse a una prueba en la decisión; y, finalmente, d) la elección de los elementos útiles para la decisión por parte del juez, en el que la libertad significa que el juez puede determinar libremente los elementos de prueba y no está vinculado por

7. Admisibilidad y Valoración de la Prueba

El artículo 43 de la Ley de Arbitraje Peruana establece el principio de libertad de la prueba. Lo-

26 Si la parte acepta exhibir un documento entonces no se requiere decisión del Tribunal.

27 El contenido de la Tabla ha sido creada por el autor para fines del presente artículo.

normas sobre la elección de las pruebas que deben fundamentar el juicio de hecho».²⁸

El principio de la libertad de prueba, en el derecho peruano, admite una excepción: la posible existencia de laudos periciales expedidos conforme a la Décimo Tercera Disposición Transitoria de la Ley de Arbitraje. La norma bajo comentario establece lo siguiente:

«Este Decreto Legislativo será de aplicación, en lo que corresponda, a los procedimientos periciales en que las partes designan terceras personas para que resuelvan exclusivamente sobre cuestiones técnicas o cuestiones de hecho. La decisión de los peritos tendrá carácter vinculante para las partes y deberá ser observada por la autoridad judicial o tribunal arbitral que conozca de una controversia de derecho que corresponda a las cuestiones dilucidadas por los peritos, salvo pacto en contrario».

La mayor parte de la doctrina nacional les concede a estas decisiones la calidad de Laudos de Conciencia.²⁹ La jurisprudencia nacional también le ha reconocido tal calidad. La norma es clara al señalar que estas decisiones tienen carácter vinculante y deben ser observadas³⁰ (es decir, cumplidas con exactitud) por el tribunal arbitral que conozca una cuestión de derecho sometida a su conocimiento. Estos dos atributos, la vinculación y la inmutabilidad, corresponden a la Cosa Juzgada en atención a lo dispuesto por la segunda

parte del artículo 123 del Código Procesal Civil Peruano.³¹ La calidad laudatoria de esta clase de decisiones también ha sido considerada, cuando menos, en los arbitrajes seguidos bajo las Reglas de *UNCITRAL*.

Como consecuencia de lo anterior, la premisa de hecho para la construcción del silogismo judicial en ese caso viene determinada por la decisión pericial, debiendo el Tribunal Arbitral aplicar el derecho que corresponda al hecho establecido de esta forma.

Fuera del caso del denominado Laudo Pericial, las Reglas de la IBA contienen una serie de normas, para los tribunales arbitrales, respecto de la posibilidad de excluir pruebas, lo cual merece también un comentario separado.

El numeral 2 del artículo 9 de las Reglas de la IBA establece lo siguiente:

“2. El Tribunal Arbitral deberá, a instancia de parte o de oficio, excluir de las pruebas o solicitud de presentación de pruebas cualquier documento, declaración, testimonio oral o inspección por cualquiera de las siguientes razones:

a. falta de relevancia o importancia suficiente;

28 Lorenzo Zolezzi Ibarcena, «Art. 43 – Pruebas», en *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, coord. por Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard Gonzáles, Tomo I (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011), 512-513.

29 «En ese sentido, la Décimo Tercera Disposición Complementaria de la ley de Arbitraje solamente se refiere a aquellos casos en los cuales las partes hayan deferido a un experto la resolución de un problema técnico. [...]

En buena cuenta, creemos que en estos casos la decisión de los peritos sería un laudo de conciencia y el arbitraje a seguir sería, también, un arbitraje de conciencia, tal vez con una estructura sui generis, pero arbitraje de conciencia, al fin y al cabo. Por lo tanto, esta resolución de los peritos sería -de seguro- un laudo». Mario Castillo Freyre et. al., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Tomo II (Lima: Thomson Reuters, 2014), 1185.

30 Una de las acepciones del término observar en el Diccionario de la Real Académica Española es la de guardar y cumplir exactamente lo que se ordena

31 «[...] La cosa juzgada sólo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos. Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda. La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 178 y 407».

b. impedimento o privilegio legal según las normas legales o éticas establecidas como aplicables por el Tribunal Arbitral;

c. carga irrazonable para producir las pruebas solicitadas;

d. pérdida o destrucción de un documento que haya sido razonablemente acreditada;

e. motivos de confidencialidad comercial o técnica que el Tribunal Arbitral considere de peso suficiente;

f. razones de especial sensibilidad política o institucional (incluyendo pruebas que hayan sido clasificadas como secretas por parte de un gobierno o de una institución internacional pública) que el Tribunal Arbitral considere de peso suficiente; o

g. consideraciones de justicia o igualdad entre las Partes que el Tribunal Arbitral considere de peso suficiente.”

a) Falta de relevancia o importancia suficiente

Esta causal se deriva de lo que, en materia probatoria, se conoce como los principios de pertinencia y utilidad que, en palabras de Ana María Arrarte, aluden a la necesidad de que los medios

probatorios ofrecidos guarden relación con los hechos que se pretende acreditar o las defensas planteadas en el proceso, debiendo estar destinados a probar hechos que requieran ser acreditados.³² Al efecto es importante tener en cuenta que no se requiere probar los hechos no contradichos por la contraparte, los hechos notorios y aquellos que se presumen conforme a Ley. Estos principios están también recogidos en el artículo 190 del Código Procesal Civil peruano.³³ Ciertamente, el tribunal arbitral podrá excluir los medios probatorios que caigan dentro de esta categoría.

b) Impedimento o privilegio legal según las normas legales o éticas establecidas como aplicables por el Tribunal Arbitral

Esta regla introduce el tema de los privilegios legales, la cual es una figura que responde a una práctica del derecho anglosajón con lo que los abogados formados en el derecho continental no están, por lo general, familiarizados.

Los privilegios establecen la facultad de ciertas personas, en función a su condición personal, de no revelar la información que obra en su poder aunque esta tenga vinculación con una disputa. Así, por ejemplo, se considera como privilegiada

32 Véase Ana María Arrarte Arisnabarreta, «La actividad probatoria en el arbitraje y la colaboración judicial en la generación de prueba», *Advocatus*, n.º 26 (2012): 203-219, <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4122>.

33 Artículo 190 [Código Procesal Civil].-

Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez.

Son también improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer:

1. Hechos no controvertidos, imposibles, o que sean notorios o de pública evidencia;
2. Hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda, de la reconvencción o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos.

Sin embargo, el Juez puede ordenar la actuación de medios probatorios cuando se trate de derechos indisponibles o presuma dolo o fraude procesales;

3. Los hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario; y
4. El derecho nacional, que debe ser aplicado de oficio por los Jueces. En el caso del derecho extranjero, la parte que lo invoque debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido.

La declaración de improcedencia la hará el Juez en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Esta decisión es apelable sin efecto suspensivo. El medio de prueba será actuado por el Juez si el superior revoca su resolución antes que se expida sentencia. En caso contrario, el superior la actuará antes de sentenciar.

la información del paciente para su médico o la del cliente para su abogado.

Los privilegios más invocados son el *litigation privilege* o el *attorney client* privilege: el primero protege la confidencialidad de cualquier información preparada por un asesor o intercambiada con este, vinculada a un posible o inminente proceso judicial o arbitral; mientras que el segundo protege, de manera más general, la información preparada o intercambiada entre un abogado y su cliente.

No pareciera que se pueda considerar al *litigation privilege* o el *attorney client* privilege como principios generales de derecho peruano³⁴; sin embargo, su aplicación puede ser pertinente en base al derecho aplicable al proceso o en base a lo señalado en el inciso 3 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje Peruano que habilita la aplicación de principios arbitrales y los usos y costumbres en materia arbitral.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Arbitral puede descartar la actuación de alguna prueba en base a otros principios de derecho que establecen impedimentos legales y que sí son reconocidos por nuestro derecho.

Así, por ejemplo, el inciso 18 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado establece el derecho al secreto profesional.

En el caso del secreto profesional, el Tribunal Constitucional delineó los alcances de este en la STC 7811-2005-PA/TC, en cuyo considerando 7 se establece lo siguiente:

«En ese sentido, dos son los ámbitos de actuación de la garantía-derecho al secreto profesional que

reconoce la Constitución. En cuanto derecho, reconoce al titular de tales secretos la exigencia de que estos sean celosamente guardados por los profesionales a quienes se les confía de modo directo, o que tuvieran acceso a información confidencial en razón de su ejercicio profesional; del mismo modo, el secreto profesional también protege a los propios profesionales, quienes podrán hacerlo valer en cualquier situación o circunstancia en que los poderes públicos o cualquier persona o autoridad pretendan desconocerlo de cualquier forma, sea obligando a confesar dichos secretos o poniendo en riesgo su preservación en el ejercicio de su profesión».

El Tribunal Constitucional reconoce, como sujeto de la garantía-derecho, a la persona que es receptor del secreto profesional y ha establecido que estos podrán hacerlo valer en cualquier situación o circunstancia. Este principio debe vincular a los árbitros que tienen que resolver una controversia bajo derecho peruano.

En el Perú la doctrina reconoce que el Tribunal Constitucional tiene la calidad de intérprete supremo de la constitución.³⁵ Asimismo, conforme a la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley 28301):

«Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad».

34 Artículo VIII [Código Civil].- Obligación de suplir los defectos o deficiencias de la ley

Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

35 Ernesto Blume Fortini, «El Control de la Constitucionalidad en el Perú», en *Derecho Procesal Constitucional*, coord. por Susana Ynes Castañeda Otsu, Tomo I (Lima: Jurista Editores, 2004), 260.

Esta disposición que obliga a quienes ejercen jurisdicción a aplicar las normas conforme a los criterios del Tribunal alcanza a los árbitros en la medida que conforme al artículo 139 de la propia Constitución los árbitros ejercen jurisdicción y la deben ejercer dentro de los límites de la propia Constitución.³⁶

El Tribunal Constitucional, en la STC 0004-2006-PI/TC, estableció, en su fundamento 10, que:

«Es necesario precisar que conforme al artículo 139 inciso 1, de la Constitución, el principio de unidad de la función jurisdiccional implica que el Estado peruano, en conjunto, posee un sistema jurisdiccional unitario, en el que sus órganos tienen idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento. De ello no se deduce que el Poder Judicial sea el único encargado de la función jurisdiccional (pues tal función se le ha encargado también al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones, a la jurisdicción especializada en lo militar y, por extensión, al arbitraje), sino que no exista ningún órgano jurisdiccional que no posea las garantías propias de todo órgano jurisdiccional. Como se ha mencionado, la función jurisdiccional del Estado es una sola y debe ser ejercida con todas las garantías procesales establecidas por la Constitución».

Como consecuencia de lo anterior, un tribunal arbitral que ejerce jurisdicción en virtud de la ley peruana, se encuentra vinculado a la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional respecto de las normas constitucionales a ser aplicadas para resolver una controversia.

Una pregunta que se ha efectuado en algunos arbitrajes internacionales es si se puede aplicar el

derecho-garantía a la protección de las comunicaciones entre clientes y abogados a las comunicaciones entre los abogados internos, o de empresa (*in-house counsel*) y su empleador.

Esta pregunta no ha tenido una respuesta uniforme; no obstante, parece útil considerar lo dispuesto en los artículos 1 y 31 del Código de Ética de los Abogados del Perú. El artículo 1 señala:

«Las disposiciones contenidas en este Código, son obligatorias para los abogados inscritos en los Colegios de Abogados de la República, miembros de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, cualesquiera, sea el ámbito o función que desempeñen. Todos los abogados sin distinción alguna deben observar el presente Código, sea que el acto violatorio de las normas éticas se haya cometido en el ejercicio de la profesión, en la actividad pública o privada o cual fuere el cargo que desempeñe, así este provenga de elección popular o por designación. En consecuencia, el ejercicio del patrocinio judicial y/o administrativo, la consultoría o asesoría, la función jurisdiccional o notarial y cualquier otra para la cual se exija el título de abogado, queda comprendido en los alcances del presente Código».

Lo que hace esta disposición es establecer que todos los abogados, sin importar el ámbito o función que desempeñen, deben respetar las normas éticas contenidas en el Código, lo que apuntaría a que los abogados *in house* también están obligados a guardar el secreto profesional. Esto, no obstante, no modifica los supuestos hipotéticos de aplicación de las demás disposiciones del Código de Ética que apuntarían en sentido diverso.

Las normas sobre secreto profesional contenidas en el Código se encuentran en la Sección Cuarta

36 Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral.

del mismo que regula «Deberes con el Cliente». En el Capítulo III de la citada Sección, se define el alcance y la finalidad del secreto profesional en los términos siguientes:

«Artículo 30º. – Alcance

El secreto profesional es el deber de reserva que tiene el abogado para proteger y mantener en la más estricta confidencialidad los hechos e información referidos **a un cliente o potencial cliente** que conoce con ocasión de la relación profesional.

Artículo 31º. – Finalidad

El secreto profesional garantiza la relación de confianza que debe existir entre un abogado y su cliente para proporcionar un servicio legal óptimo. El abogado solo utilizará la información confidencial en interés de su Cliente. En caso de que el abogado cause daños económicos al cliente por revelar información confidencial, debe reparar dichos daños». [El resaltado es nuestro]

El Código tiene un Glosario de Términos en el que se define a clientes y clientes potenciales de la siguiente forma:

- **Cliente:** Persona, natural o jurídica, o patrimonio autónomo, cuyo interés patrocina el Abogado, independientemente de que aquél sea quien pague o asuma sus honorarios y gastos. Incluye también al concebido y a las organizaciones no inscritas.
- **Cliente potencial:** Persona, natural o jurídica, o patrimonio autónomo que consulta al Abogado con el objeto serio de establecer una relación profesional. Incluye también al concebido y a las organizaciones no inscritas.

A su vez, el artículo 34 del Código dispone lo siguiente: «Cuando el abogado presta servicios pro-

fesionales en forma asociada, el secreto profesional alcanza a todos los Abogados que la integran o trabajan en la misma».

Estas disposiciones claramente están referidas a una relación profesional externa de patrocinio entre un abogado o estudio de abogados y sus clientes o potenciales clientes en las que no existe una relación de dependencia, puesto que, en ese caso, la relación de confianza se construye sobre una relación entre empleador y empleado que es diferente a la regulada por el Código de Ética.

El empleado forma parte de la persona jurídica para la que trabaja, por lo que se le deberían aplicar las mismas normas que regulan la reserva de la información aplicables a la persona jurídica para la que trabaja, quién es además propietaria de esa información y no la excepción del secreto profesional. Sobre el particular, en un artículo reciente, Isabel Tello señala:

«No existen criterios diferenciados de protección, según la modalidad de abogado: abogado in house o abogado externo. No obstante, es importante tener en consideración que en el derecho internacional si se estableció una diferenciación en el caso AZKO.

En este caso se señaló que el secreto profesional sólo protegerá la información que se obtenga en una relación abogado/cliente cuando aquel sea un abogado externo, porque solo en ese caso el sujeto es completamente autónomo, independiente y no tiene mayor interés en la relación comercial, lo que no sucede cuando se trata de un abogado interno, porque existe una relación de subordinación. Por consiguiente, el abogado interno siempre tendrá la obligación de decir la verdad y colaborar con la Administración de la Justicia. Así deberá –por ejemplo– facilitar toda la información (correos, cartas, informes, etc.) que se haya

enviado al cliente, incluso si su contenido es contrario a los intereses de este».³⁷

Como se puede apreciar, esta discusión permanece abierta y se tendrá que estar dispuesto a lo que decida el tribunal designado en cada caso. Este debate se reduce cuando se está frente a asesores de entidades estatales, pues, en virtud de lo dispuesto por el artículo 3 la Ley de Transparencia (Ley 27806), es obligación del Estado publicitar todas las actuaciones de sus entidades.³⁸ Esta publicidad, sin embargo, admite algunas excepciones, de las cuales parecen relevantes, para este artículo, dos de ellas:

1. La primera está referida a la información interna de las entidades de la Administración Pública o comunicaciones entre estas que contengan consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones.

Lo que se debe destacar es que esta excepción está limitada a decisiones de gobierno (como lo es el ejercicio de una facultad normativa o reglamentaria), lo que no debe ser confundido con las decisiones administrativas (expedidas en el marco de

un procedimiento administrativo), respecto a las cuales se aplica el principio general de publicidad.

2. La segunda está referida a la información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado.

La normativa prevé dos supuestos: (a) uno que otorga una protección similar a la que otorga el *litigation privilege* y se explica en la necesidad de evitar que un pedido de exhibición pueda lesionar el derecho de defensa de quién lo tiene que exhibir, y (b) un segundo (que se ha subrayado para diferenciarlo) que otorga una protección similar a la de un *attorney privilege*. Estos «privilegios» aplican sólo para las opiniones de los asesores jurídicos o abogados, no cesa con la expedición de decisiones que no sean «decisiones de gobierno», por lo cual, en este caso, se debe regresar a la discusión de si esta documentación emitida por abogados internos está protegida por el secreto profesional.

Finalmente, en la última modificación a las Reglas de la IBA, se ha incluido una regla en el artículo 9³⁹ que dispone que el Tribunal puede excluir pruebas obtenidas ilegalmente. La redac-

37 Isabel Tello, «Los Límites del Secreto Profesional en Perú», *Lex Latin*, 07 de agosto del 2019, acceso el 04 de abril del 2021, <https://www.lexlatin.com/portal/opinion/los-limites-del-secreto-profesional-en-peru>.

38 Todas las actividades y disposiciones de las entidades comprendidas en la presente Ley están sometidas al principio de publicidad. Los funcionarios responsables de brindar la información correspondiente al área de su competencia deberán prever una adecuada infraestructura, así como la organización, sistematización y publicación de la información a la que se refiere esta Ley.

En consecuencia:

1. Toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por el Artículo 15 de la presente Ley.
2. El Estado adopta medidas básicas que garanticen y promuevan la transparencia en la actuación de las entidades de la Administración Pública.
3. El Estado tiene la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad. La entidad pública designará al funcionario responsable de entregar la información solicitada.

39 *The Arbitral Tribunal may, at the request of a Party or on its own motion, exclude evidence obtained illegally.*

ción ha sido estructurada para dar flexibilidad al tribunal, considerando que, en algunas jurisdicciones, se puede tomar por legales las pruebas que en otras no lo son. En el Perú, por ejemplo, en el año 2014, se realizó un Pleno Jurisdiccional por las Cortes Superiores de Justicia Penales en el que se aprobó, por mayoría, considerar hasta 8 excepciones, en los cuales una prueba obtenida ilegalmente era considerada admisible.

c) Onerosidad o carga excesiva para la práctica de las pruebas solicitadas.

Esta causal de exclusión está relacionada con la práctica que se conoce como el *fishing expedition* (expedición de pesca) y que tiene relación con la práctica anglosajona del *Discovery*, mediante la cual las partes están obligadas a producir (exhibir) toda la información que pudiera tener relevancia para el caso, lo cual suele terminar en la exhibición de muchísimos documentos, cuya sustancialidad es bastante relativa y sólo podrá ser establecida una vez producida la exhibición. Lo usual es que la exhibición de documentos se haga solo entre las partes y que la parte que recibe el documento exhibido pueda optar por presentarlo o no al tribunal: de ahí que sea vital que no se imponga una carga excesiva a la parte que debe exhibir, de tal suerte que no se le pida producir más de aquello que sea razonable exigir.

Como consecuencia de lo anterior, y para evitar que el obligado tenga que incurrir en una inversión de tiempo y dinero excesivo para satisfacer la carga de presentar los documentos solicitados por su contraparte, se otorga, al tribunal, discreción para rechazar tales pedidos de información cuando no exista una causa real que la justifique.

Los tribunales arbitrales suelen, frente a pedidos que puedan resultar excesivos, limitar su alcance. Así, por ejemplo, si se pide la exhibición de todas las comunicaciones entre A y B, el tribunal puede limitar la exhibición a las comunicaciones entre

A y B a cierto periodo de tiempo y/o establecer que sólo se debe exhibir aquellas que tengan vinculación directa con un tema específico y sean ubicables a partir de algún código o por el asunto consignado en tales comunicaciones, de tal suerte que la búsqueda no sea excesivamente onerosa y el producto sea útil para resolver la controversia.

Ciertamente, también podría tratarse de evitar pruebas que demanden un excesivo costo, como, por ejemplo, la paralización de una maquinaria para inspecciones, cuando el costo de paralización sea excesivamente alto si es que esta prueba no es esencial para resolver la controversia.

d) Pérdida o destrucción del Documento, siempre que se demuestre una razonable probabilidad de que ello haya ocurrido.

Esta causal para excluir un medio probatorio se explica por sí misma. No se puede obligar a nadie a producir lo que no existe, porque se perdió o porque se destruyó. Sin embargo, esto puede conducir a abusos, por eso las Reglas de la IBA prevén que el tribunal puede inferir que la prueba no actuada es contraria a los intereses de esa parte. Si el tribunal determina que una parte no se ha conducido de buena fe en la práctica de la prueba, podrá, adicionalmente a cualquier otra medida que estuviera a su disposición, tomar ese incumplimiento al tiempo de distribuir los costos del arbitraje.

En los arbitrajes iniciados durante la Pandemia del COVID-19, algunas partes, principalmente entidades estatales, han visto limitados sus esfuerzos para producir pruebas que no están registradas en formatos electrónicos y cuyos soportes físicos se encuentran en diversos almacenes, muchas veces, archivados de manera no muy prolija. Los tribunales deberían tener un poco de flexibilidad y empatía frente a estas situaciones. Las taras de la administración pública no tienen por qué tener relación directa con la materia objeto de arbitraje:

estas taras no van a desaparecer por el sólo hecho de estar en el contexto de un arbitraje internacional. Hay que distinguir entre la mala fe, que siempre debe jugar en contra de quién la práctica, de aquellas situaciones que escapan del control de la parte en la oportunidad que debe producir una prueba.

e) Motivos de confidencialidad comercial o técnica que el Tribunal Arbitral considere de peso suficiente

El contexto en que se produce la aplicación de esta excepción es ante la existencia de pedidos de exhibición de información comercial, debiendo el Tribunal establecer la pertinencia de la prueba solicitada.

El derecho a la confidencialidad de la información comercial de las personas está regulado en el inciso 10 del mismo artículo 2 de la Constitución,⁴⁰ en los artículos 45 a 47 del Código de Comercio⁴¹ y en el artículo 260 del Código Procesal Civil⁴². Conforme a dichas normas, la reserva de los documentos de los comerciantes se levanta

(entre otros casos) cuando lo pide una parte en un proceso y el Juez estime pertinente tal levantamiento de reserva para la resolución de la controversia que se le ha planteado.

Con relación a las normas del Código de Comercio peruano citadas, Ulises Montoya Manfredi indica que:

«El derecho del comerciante a que se respete la reserva de sus negocios no es, sin embargo, absoluto. Hay excepciones. Estas en unos casos están basadas en disposiciones de carácter tributario [...] En otros casos la reserva cede en razón de determinadas situaciones en que es imprescindible conocer el estado de los negocios del comerciante. [...] De otro lado, puede decretarse exhibición de los libros y documentos que se contraigan a puntos específicos que son objeto de controversia a petición de quién tenga interés o responsabilidad en el asunto que se ventile (art. 47° del C. de C). El fundamento de esta norma radica en que no obstante pertenecer los libros en propiedad al comerciante, éste está obligado a ex-

40 Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: [...]

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.»

41 Artículo 45°.- Reserva de los libros de contabilidad

No se podrá hacer pesquisa de oficio por juez o tribunal ni autoridad alguna, para inquirir si los comerciantes llevan sus libros con arreglo a las disposiciones de este Código, ni hacer investigación o examen general de la contabilidad en las oficinas o escritorios de los comerciantes.

Artículo 46°.-Excepción de la reserva

Tampoco podrá decretarse a instancia de parte la comunicación, entrega o reconocimiento general de los libros, correspondencia y demás documentos de los comerciantes; excepto en los casos de liquidación, sucesión universal o quiebra.

Artículo 47°.- Exhibición de los libros y documentos comerciales

Fuera de los casos prefijados en el artículo anterior, sólo podrá decretarse la exhibición de los libros y documentos de los comerciantes, a instancia de parte o de oficio, cuando la persona a quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición. El reconocimiento se hará en el escritorio del comerciante a su presencia o a la de la persona que comisione, y se contraerá exclusivamente a los puntos que tengan relación con la cuestión que se ventile, siendo estos los únicos que podrán compararse.

42 Se discute si el Código Procesal Civil puede ser de aplicación supletoria a la Ley de Arbitraje. Lo cierto es que muchas de las normas sobre actuación de la prueba contenidas en dicho cuerpo normativo reflejan los principios generalmente aceptados en la materia.

*hibirlos a requerimiento del contratante porque contiene asientos que son comunes a ambos».*⁴³

La Dra. Marianella Ledesma, al comentar el artículo 260 del Código Procesal Civil, indica lo siguiente:⁴⁴

*«La norma exige además que el solicitante de la exhibición debe dar “la idea más exacta que sea posible de su interés y contenido”. Esto es, que el ofrecimiento de la exhibición debe contener la específica indicación del documento lo que no se agota con la sola individualización de ellos, sino que exige la pre citación del contenido del documento o el nexo que liga a la cosa con los hechos de la causa, como una forma de permitir al juez una valoración sobre la admisibilidad y relevancia de la prueba, teniendo en cuenta que la exhibición puede ser admitida cuando el juez considere la adquisición de la cosa o el documento como necesaria para el proceso, en atención al principio de la pertinencia y conducencia de la prueba que aparece regulada en el artículo °190 del CPC».*⁴⁵

f) Razones de especial sensibilidad política o institucional (incluyendo pruebas que hayan sido clasificadas como secretas por parte de un gobierno o de una institución internacional pública) que el tribunal arbitral considere de peso suficiente

En el caso de las entidades estatales peruanas, les resulta de aplicación lo dispuesto en los artículos 15 y 16 del Texto único Ordenado de la Ley de Transparencia (Ley 27806) aprobado por Decreto Supremo 021-2019-JUS (ver Anexo 1):

g) Consideraciones de justicia o igualdad entre las Partes que el Tribunal Arbitral considere de peso suficiente.

Finalmente, el tribunal puede excluir la actuación de un medio probatorio que lesione el derecho de la otra parte a ejercer, adecuadamente, su defensa en el caso. Este es el caso de la prueba extemporánea, la cual ha sido desarrollada en la sección III del presente artículo.

8. Conclusiones

1. En los arbitrajes internacionales, es usual que las reglas para la actuación de la prueba estén determinadas por las reglas de una institución arbitral elegida por las partes para que conduzca el arbitraje, o por las reglas específicas que estas pacten, o las que fije el tribunal arbitral ad-hoc.
2. Es usual que las reglas, para la actuación de la prueba establecidas conforme al numeral anterior, estén contenidas en un instrumento de *soft law*, como lo son las Reglas de la IBA o las Reglas de Praga.
3. Estos instrumentos de *soft law* se han elaborado (y son objeto de constante evolución) en base a los principios de derecho, generalmente aceptados, en materia de arbitraje, razón por la cual, aún en el caso de no haberse pactado su uso, pueden ser tenidos en cuenta por un tribunal arbitral.
4. Sobre la base de la ley peruana, «el tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que sean necesarias». Este principio es concordante con la práctica del arbitraje internacional.

⁴³ Ulises Montoya Manfredi, *Derecho Comercial*, Tomo I (Lima, Editorial Cuzco, 1986), 409-410.

⁴⁴ Marianella Ledesma Narváez, *Comentarios al Código Procesal Civil*, Tomo I (Lima, Gaceta Jurídica, 2015), 699-701.

⁴⁵ Como es de verse lo indicado es compatible con los numerales 3 a 6 del artículo 3 de las Reglas de la IBA previamente citados.

5. En materia probatoria, la remisión a un instrumento de *soft law*, como son las Reglas de la IBA, permiten tener mayor certeza respecto a la oportunidad que se tiene para ofrecer y actuar los medios probatorios, así como las reglas que observará el tribunal para establecer la admisión o posible exclusión de estos.
6. Para resolver las cuestiones probatorias que se planteen al interior del arbitraje, el Tribunal no solo deberá evaluar las reglas del instrumento de *soft law* aplicable, sino las reglas del derecho local que puedan tener influencia sobre la materia a decidir, como lo es, por ejemplo, la existencia de una ley de transparencia que obligue a las entidades estatales a hacer pública la información que tenga en su posesión.
7. El tribunal deberá actuar, en todo momento, con equidad, tratando de conciliar el derecho que tiene cada una de las partes a probar su caso, y el derecho de su contraparte a contradecir la prueba aportada.
8. Al resolver sobre la admisión de una prueba, el tribunal debería considerar preferentemente la influencia que puede tener ese medio probatorio en el fondo de la controversia frente a cualquier otra consideración que pueda conducir a una decisión injusta de la misma. El tribunal debería ser creativo, pudiendo optar por modificar los plazos del calendario procesal u optar por cualquier otra solución que estime conveniente.

Anexo 1

Artículo 15.- Excepciones al ejercicio del derecho

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto a la información expresamente clasificada como secreta, que se sustente en razones de seguridad nacional, en concordancia con el artículo 163 de la Constitución Política del Perú, que además tenga como base fundamental garantizar la seguridad de las personas y cuya revelación originaría riesgo para la integridad territorial y/o subsistencia del sistema democrático, así como respecto a las actividades de inteligencia y contrainteligencia de la DINI dentro del marco que establece el Estado de Derecho en función de las situaciones expresamente contempladas en esta Ley. En consecuencia, la excepción comprende únicamente los siguientes supuestos:

1. Información clasificada en el ámbito militar, tanto en el frente interno como externo:
 - a) Planes de defensa militar contra posibles agresiones de otros Estados, logísticos, de reserva y movilización y de operaciones especiales, así como oficios y comunicaciones internas que hagan referencia expresa a los mismos.
 - b) Las operaciones y planes de inteligencia y contrainteligencia militar.
 - c) Desarrollos técnicos y/o científicos propios de la defensa nacional.
 - d) Órdenes de operaciones, logísticas y conexas, relacionadas con planes de defensa militar contra posibles agresiones de otros Estados o de fuerzas irregulares militarizadas internas y/o externas, así como de operaciones en apoyo a la Policía Nacional del Perú, planes de movilización y operaciones especiales relativas a ellas.

e) Planes de defensa de bases e instalaciones militares.

f) El material bélico, sus componentes, accesorios, operatividad y/o ubicación cuyas características pondrían en riesgo los planes de defensa militar contra posibles agresiones de otros Estados o de fuerzas irregulares militarizadas internas y/o externas, así como de operación en apoyo a la Policía Nacional del Perú, planes de movilización y operaciones especiales relativas a ellas.

g) Información del Personal Militar que desarrolla actividades de Seguridad Nacional y que pueda poner en riesgo la vida e integridad de las personas involucradas.

2. Información clasificada en el ámbito de inteligencia tanto en el frente externo como interno:

a) Los planes estratégicos y de inteligencia, así como la información que ponga en riesgo sus fuentes.

b) Los informes que, de hacerse públicos, perjudicarían la información de inteligencia.

c) Aquellos informes oficiales de inteligencia que, de hacerse públicos, incidirían negativamente en las excepciones contempladas en el inciso a) del artículo 15 de la presente Ley.

d) Información relacionada con el alistamiento del personal y material.

e) Las actividades y planes estratégicos de inteligencia y contrainteligencia, de los organismos conformantes del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA), así como la información que ponga en riesgo sus fuentes.

f) Información del personal civil o militar que desarrolla actividades de Seguridad Nacional y que pueda poner en riesgo la vida e integridad de las personas involucradas.

g) La información de inteligencia que contemple alguno de los supuestos contenidos en el artículo 15 numeral 1.

En los supuestos contenidos en este artículo los responsables de la clasificación son los titulares del sector o pliego respectivo, o los funcionarios designados por éste.

Con posterioridad a los cinco años de la clasificación a la que se refiere el párrafo anterior, cualquier persona puede solicitar la información clasificada como secreta, la cual será entregada si el titular del sector o pliego respectivo considera que su divulgación no pone en riesgo la seguridad de las personas, la integridad territorial y/o subsistencia del sistema democrático. En caso contrario deberá fundamentar expresamente y por escrito las razones para que se postergue la clasificación y el período que considera que debe continuar clasificado. Se aplican las mismas reglas si se requiere una nueva prórroga por un nuevo período. El documento que fundamenta que la información continúa como clasificada se pone en conocimiento del Consejo de Ministros, el cual puede desclasificarlo. Dicho documento también es puesto en conocimiento de la comisión ordinaria a la que se refiere el artículo 36 del Decreto Legislativo N° 1141, Decreto Legislativo de Fortalecimiento y Modernización del Sistema de Inteligencia Nacional - SINA y de la Dirección Nacional de Inteligencia - DINI, dentro de los diez (10) días posteriores a su pronunciamiento. Lo señalado en este párrafo no impide que el Congreso de la República acceda a la información clasificada en cualquier momento de acuerdo con lo señalado en el artículo 18 de la presente Ley.

La Ley del Sistema de Inteligencia Nacional - SINA y de la Dirección Nacional de Inteligencia - DINI señala el plazo de vigencia de la clasificación secreta, respecto de la información que produce el sistema; y el trámite para desclasificar, renovar y/o modificar la misma. La clasificación es

objeto de revisión cada cinco años por el Consejo de Seguridad Nacional.

Artículo 16.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información reservada

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de la información clasificada como reservada. En consecuencia, la excepción comprende únicamente los siguientes supuestos:

1. La información que por razones de seguridad nacional en el ámbito del orden interno cuya revelación originaría un riesgo a la integridad territorial y/o la subsistencia del sistema democrático. En consecuencia, se considera reservada la información que tiene por finalidad prevenir y reprimir la criminalidad en el país y cuya revelación puede entorpecerla y comprende únicamente:

a) Los planes de operaciones policiales y de inteligencia, así como aquellos destinados a combatir el terrorismo, tráfico ilícito de drogas y organizaciones criminales, así como los oficios, partes y comunicaciones que se refieran expresamente a ellos.

b) Las informaciones que impidan el curso de las investigaciones en su etapa policial dentro de los límites de la ley, incluyendo los sistemas de recompensa, colaboración eficaz y protección de testigos, así como la interceptación de comunicaciones amparadas por la ley.

c) Los planes de seguridad y defensa de instalaciones policiales, establecimientos penitenciarios, locales públicos y los de protección de dignatarios, así como los oficios, partes y comunicaciones que se refieran expresamente a ellos.

d) El movimiento del personal que pudiera poner en riesgo la vida e integridad de las personas involucradas o afectar la seguridad ciudadana.

e) El armamento y material logístico comprometido en operaciones especiales y planes de seguridad y defensa del orden interno.

f) La información contenida en los Reportes de actividades con las sustancias químicas tóxicas y sus precursores listados en la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción; la información contenida en los Reportes sobre las instalaciones de producción de las sustancias químicas orgánicas definidas; la información relacionada con las inspecciones nacionales e inspecciones realizadas por la Secretaría Técnica de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas; la información concerniente a los procesos productivos en donde intervienen sustancias químicas tóxicas y sus precursores de las Listas 1, 2 y 3 de dicha Convención; y la información concerniente al empleo de las sustancias químicas tóxicas y sus precursores de las Listas 1 y 2 de dicha Convención.

2. Por razones de seguridad nacional y de eficacia de la acción externa del Estado, se considerará información clasificada en el ámbito de las relaciones externas del Estado, toda aquella cuya revelación originaría un riesgo a la seguridad e integridad territorial del Estado y la defensa nacional en el ámbito externo, al curso de las negociaciones internacionales y/o la subsistencia del sistema democrático. Estas excepciones son las siguientes:

a) Elementos de las negociaciones internacionales que de revelarse perjudicarían los procesos negociadores o alterarían los acuerdos adoptados, no serán públicos por lo menos en el curso de estas.

b) Información que al ser divulgada oficialmente por el Ministerio de Relaciones Exteriores pudiera afectar negativamente las relaciones diplomáticas con otros países.

c) La información oficial referida al tratamiento en el frente externo de la información clasificada en el ámbito militar, de acuerdo a lo señalado en el inciso a) del numeral 1 del artículo 15 de la presente Ley.

d) Los contratos de asesoría financiera o legal para realizar operaciones de endeudamiento público o administración de deuda del Gobierno Nacional; que, de revelarse, perjudicarían o alterarían los mercados financieros, no serán públicos por lo menos hasta que se concreten las mismas.

En los casos contenidos en este artículo los responsables de la clasificación son los titulares del sector correspondiente o los funcionarios designados por éste. Una vez que desaparezca la causa que motivó la clasificación, la información reservada es de acceso público.

La Ley del Sistema de Inteligencia Nacional - SINA y de la Dirección Nacional de Inteligencia - DINI señala el plazo de vigencia de la información de inteligencia producida por el sistema y clasificada como reservada, en los supuestos de los numerales 1 literales a, c y d; y 2 literal c, del presente artículo. Asimismo, norma el trámite para desclasificar, renovar y/o modificar la misma. La clasificación es objeto de revisión cada cinco años por el Consejo de Seguridad Nacional.

Bibliografía

Aceris Law International Arbitration Law Firm. «Procedural Timetable and Late Submission of Evidence in ICC Arbitration». Acceso el 17 de marzo de 2021. <https://www.acerislaw.com/procedural-timetable-and-late-submission-of-evidence-in-icc-arbitration/>.

Arrarte Arisnabarreta, Ana María, «La actividad probatoria en el arbitraje y la colaboración judicial en la generación de prueba», *Advoca-*

tus, n.º 26 (2012): 203-219, <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4122>.

Blume Fortini, Ernesto. «El Control de la Constitucionalidad en el Perú». En *Derecho Procesal Constitucional*. Coordinado por Susana Ynes Castañeda Otsu. Tomo I. Lima: Jurista Editores, 2004.

Cámara de Comercio Internacional. «Ronda de Escritos». En *Conducción Eficaz del Arbitraje: Una guía para abogados internos y para otros representantes de las partes*, 33-34. Francia: Imprimerie Port Royal, 2018. <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/05/effective-management-of-arbitration-icc-guide-spanish-version.pdf>.

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. «1. Las Reglas de Praga sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional». Acceso el 04 de abril del 2021. <https://www.arbitrajeccl.com.pe/portfolio/1-las-reglas-de-praga-sobre-la-tramitacion-eficiente-de-los-procedimientos-en-el-arbitraje-internacional>.

Castillo Freyre, Mario, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata, Jhoel Chipana Catalán. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Tomo II. Biblioteca de Arbitraje Estudio Mario Castillo Freyre Abogados. Lima: Thomson Reuters, 2014.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias. «Reglas de Arbitraje del Convenio del CIA-DI». Acceso el 04 de abril de 2021. <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/reglamento/convenio/reglas-de-arbitraje-del-convenio>.

Del Toro Huerta, Mauricio Iván. «El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional». *Anuario Mexicano de Dere-*

cho Internacional 6 (2006): 513-549. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/viewFile/160/256>.

International Bar Association. «Las Reglas». En *Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional*, 4-23. Londres: International Bar Association, 2010. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=3599492E-8BC6-4E3D-A205-B86B69A42593>.

Ledesma Narváez, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*, Tomo I. Lima, Gaceta Jurídica, 2015.

Montoya Manfredi, Ulises. *Derecho Comercial*. Tomo I. Lima, Editorial Cuzco, 1986.

Pietrowski, Robert. «Evidence in International Arbitration». *Arbitration International* 22, n.º 3 (2006): 373-410. <https://doi.org/10.1093/arbitration/22.3.373>

United Nations Commission on International Trade Law. *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Procedures*. New York: United Nations Office at Vienna, 2016. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-notes-2016-e.pdf>.

Welser, Irene y Samuel Mimmagh, «Production of Physical Evidence in International Arbitration – A No Go?». En *Austrian Yearbook on International Arbitration 2020*. Editado por Christian Klausegger, Peter Klein, Florian Kremslehner, Alexander Petsche, Nikolaus Pitkowitz, Irene Welser y Gerold Zeiler, 115-135. Vienna: Stämpfli Verlag, 2020. https://www.cerhahempel.com/fileadmin/docs/publications/Welser/Welser.Mimmagh_Production_of_Physical_Evidence_A_No_Go_AYIA_2020.pdf.

Tello, Isabel. «Los Límites del Secreto Profesional en Perú». *Lex Latin*, 07 de agosto del 2019. Acceso el 04 de abril del 2021. <https://www.lexlatin.com/portal/opinion/los-limites-del-secreto-profesional-en-peru>.

Zolezzi Ibarcena, Lorenzo. «Art. 43 – Pruebas». En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Coordinado por Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard Gonzáles, 511-522. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.