

*La prueba en el arbitraje**
The Evidence in Arbitration Procedure

Mario Castillo Freyre**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v16i21.1556>

Lex

* Ponencia pronunciada el viernes 6 de septiembre de 2013, en el VII Congreso Internacional de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Magíster y doctor en Derecho, abogado en ejercicio, socio del estudio que lleva su nombre; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones Biblioteca de Arbitraje y Biblioteca de Derecho de su estudio. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa.

Correo electrónico: estudio@castillofreyre.com





El proceso. Enrique Polanco.
<https://www.facebook.com/enriquepolancopintor>

RESUMEN

A través del presente artículo, el autor analiza la importancia y características del concepto de medio probatorio y cómo es que se desarrolla la actividad probatoria dentro de un proceso arbitral.

Palabras clave: *arbitraje, prueba, actuación probatoria, proceso civil.*

ABSTRACT

In this paper the author analyzed the importance and characteristics of the supporting evidence concept and how the evidence related activities are carried out within an arbitration procedure.

Key words: *arbitration, evidence, evidence related activities, civil process.*

I. PALABRAS LIMINARES

Razones personales me han impedido asistir, como siempre lo he hecho, a todos los bloques de este VII Congreso Internacional que organiza el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Recuerdo cómo en el año 2007, junto a mi amigo el doctor César Guzmán-Barrón, creamos este Congreso y me alegra mucho que la Universidad Católica, nuestra casa de estudios, haya podido mantener, invariablemente, la organización del Congreso de Arbitraje de la Universidad.

La finalidad que persiguió mi estudio cuando promovió la creación de este Congreso no era otra que la PUCP contara con un evento plural, al que se invitara a exponer a profesionales de primer nivel, no en razón de contribuir con algún auspicio económico, sino por exclusivos méritos académicos y profesionales.

Me alegra que esta línea siga caracterizando a nuestro Congreso de Arbitraje, al que le deseo muchísimos años de éxito, éxito que también ha acompañado al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, derivado fundamentalmente de la buena dirección de César y de los colaboradores tan eficientes que lo acompañan.

En ese sentido, le agradezco mucho el permitirme seguir participando en la organización de este evento y, desde ya, le reitero mi apoyo para el Congreso del próximo año.

II. LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL ARBITRAJE

En este bloque vamos a tratar acerca de diversos temas relativos a la actividad probatoria en el arbitraje.

Confieso que hasta el día de ayer no había preparado ponencia alguna, pues presumía —equivocadamente— que mi labor como moderador solo iba a consistir en ceder el uso de la palabra a nuestros ilustres ponentes y efectuar alguno que otro comentario; pero el martes asistí al bloque relativo a las *Tendencias de las controversias en los laudos del arbitraje de contra-*

tación pública, y escuché la muy ilustrativa ponencia del doctor Rigoberto Zúñiga, lo que me obligó a redactar estas palabras que someto a consideración de ustedes como un aporte sobre la experiencia vivida.

Uno de los temas más importantes en cualquier proceso, sea este de orden civil, arbitral, administrativo o penal, es el relativo a la actividad probatoria.

En derecho penal —salvo ciertas puntuales excepciones— rige la presunción de inocencia del imputado, de manera que si el Ministerio Público no aporta los medios probatorios que acrediten su culpabilidad, este deberá ser absuelto.

En los procesos de orden civil, ya sea que se tramiten en la jurisdicción ordinaria o en la jurisdicción arbitral, rige el principio general en el sentido de que “quien alega un hecho debe probarlo”.

En otras palabras, es responsabilidad de aquel que pretende se declare un derecho, el aportar los medios probatorios que acrediten la existencia de ese derecho, habida cuenta de que si no lo hace, la pretensión irremediablemente será desestimada.

Así, la obtención de un resultado favorable para una pretensión procesal deberá pasar por una actividad probatoria lo suficientemente sólida como para que el tribunal la llegue a declarar fundada.

Esto significa que el esquema a seguir es: pretensión→actividad probatoria→resultado. En otras palabras, no debería obtenerse un resultado favorable a una pretensión si esta no es probada de modo fehaciente.

Hay que partir del supuesto de que en materia de la prueba civil generalmente no rigen presunciones favorables a aquel que pretende algo, con lo cual este no tendrá otra alternativa que probar.

En buena cuenta, en los procesos civiles, ya sea de la jurisdicción ordinaria o arbitral, rige el principio establecido por el artículo 196 del Código Procesal Civil, en el sentido de que, salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

Ello, por lo demás, guarda plena concordancia con lo dispuesto por el artículo 200 del referido Código Procesal, cuando establece que cuando no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada.

III. LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL

Resulta muy importante que en este congreso se hayan destinado dos bloques a la actividad probatoria en el arbitraje, habida cuenta de que este tema, por lo general, solo es abordado desde la perspectiva del proceso civil en la jurisdicción ordinaria. Poco o muy poco se escribe acerca de la actividad probatoria en el arbitraje.

Solo para una referencia ilustrativa, diremos que el Código Procesal Civil destina 135 artículos (todo el Título VIII de la Sección Tercera, relativa a la Actividad Procesal) al tratamiento de los medios probatorios, en tanto la Ley de Arbitraje regula la materia de manera inorgánica en solo tres artículos.

En el artículo 43 se establece que 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 actuación de aquellas que estime necesarias.

Esta norma agrega que el tribunal está facultado para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.

Por su parte, el artículo 44 se refiere a los peritos y el artículo 45 a la colaboración judicial a efectos de la actuación de medios probatorios. En ese sentido, resulta claro que esta falta de regulación particular en sede arbitral acerca de la actividad probatoria genera un vacío importante que debe ser cubierto de una manera adecuada por la doctrina y práctica arbitrales.

Así, la práctica enseña que, como no podría ser de otra manera, los principios que inspiran y rigen la actividad probatoria en los procesos civiles de la jurisdicción ordinaria son los que inspiran también la actividad probatoria en el arbitraje.

Con esto no estoy diciendo que se produzca un trasvase, tal cual, de los principios y normativa del proceso civil ordinario, pero tal vez sea esta el área en la cual la aplicación de los principios del proceso civil al arbitraje ofrece menos resistencia.

Queda claro que las reglas generales en torno a la aplicación de los principios son las mismas, pero obviamente no se aplicarán con similar rigor, en la medida de que el Código Procesal Civil no es, formalmente, de aplicación supletoria al arbitraje.

Pero cuando hay un huérfano, siempre es necesaria una madre sustituta. Y la Ley de Arbitraje es huérfana en lo que respecta a la regulación de la actividad probatoria. Si se quiere, se trata de una orfandad voluntaria, pues se pudo haber regulado esto de manera minuciosa, pero se optó por una prácticamente total ausencia de regulación.

Entonces, resulta natural que se tome como base o referencia natural para la actuación de medios probatorios lo dispuesto por el Código Procesal Civil, no por tratarse de una ley aje-

na al arbitraje, sino por el hecho de que este cuerpo normativo condensa buena parte de los principios y doctrinas que el medio jurídico nacional ha interiorizado como suyos en materia de actividad probatoria.

Cualquier Código Procesal Civil materializa en norma legal las doctrinas imperantes en una sociedad acerca del proceso civil.

Dentro de tal orden de ideas, no debe extrañar que el medio jurídico no sienta la ausencia de regulación de la actividad probatoria en la Ley de Arbitraje, pues, en el fondo, toma los principios del proceso de la jurisdicción ordinaria, aplicándolos, *mutatis mutandi*, al arbitraje.

En ese sentido, no debe extrañar que muchos escritos en materia arbitral hagan referencia al Código Procesal Civil, pues este llena un inmenso vacío y ayuda al proceso arbitral en cuanto a las doctrinas sobre la prueba.

Dentro de tal orden de ideas, es plenamente aplicable al arbitraje lo dispuesto por el artículo 188, cuando establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

Por último, cabe señalar que tal orfandad normativa en torno a la prueba en el arbitraje se ve acrecentada con la falta de regulación del tema por parte de los propios reglamentos de los centros de arbitraje peruanos, lo que conduce a que en algunos casos —por citar un ejemplo— se opte por incorporar en las actas de instalación una cláusula en virtud de la cual se aplicarán al proceso las Reglas de la International Bar Association sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional.

IV. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Además, es aplicable al arbitraje el principio de oportunidad regulado en el artículo 189 del Código Procesal Civil, cuando establece que “los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código”.

Queda claro que en el proceso de la jurisdicción ordinaria no se admiten medios probatorios extemporáneos, a menos que se trate de hechos nuevos o estemos frente a pruebas de oficio.

En el proceso arbitral este tema tiene algunas particularidades, fruto del principio de flexibilidad del arbitraje, que no siempre brindan resultados positivos.

Nos explicamos. En el proceso arbitral, los medios probatorios también deben ser ofrecidos en la etapa postulatoria, es decir, con la demanda, con la contestación a la demanda, con la reconvencción y con la contestación a la reconvencción.

Queda claro que el principio de oportunidad es fundamental para que cualquier proceso se desarrolle de manera ordenada, habida cuenta de que la posibilidad de ofrecer medios probatorios en otro momento procesal puede causar —como de hecho causa en muchos arbitrajes— desórdenes e innecesarias dilaciones.

No olvidemos que el principio de oportunidad del Código Procesal Civil constituyó una reacción para combatir el caos que significaba el ofrecimiento de medios probatorios en el marco del Código de Procedimientos Civiles de 1912, el mismo que, prácticamente, permitía que los litigantes “se guardaran cartas bajo la manga” y ofrecieran medios probatorios en cualquier estado del proceso, incluso poco antes de que se sentenciara.

Este desorden acabó en el proceso civil con el Código Procesal de 1993.

Entonces, la pregunta que cabría formular es la relativa a si este principio, que resulta bueno para el proceso de la jurisdicción ordinaria, también debería fomentarse en el arbitraje.

Uno de los principales problemas que va teniendo el arbitraje es la dilación de los procesos; y, por experiencia vivida, creo que buena parte de esa dilación obedece al hecho de que los litigantes no necesariamente ofrecen todos los medios probatorios en la parte postulatoria del proceso.

V. AMPLIACIÓN DE PRETENSIONES

Es frecuente también que las partes recurran a la ampliación de sus pretensiones en pleno proceso arbitral, basadas en el inciso 3 del artículo 39 de la Ley de Arbitraje, norma que establece que, salvo acuerdo en contrario en el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación en razón de la demora con que se hubiese hecho el perjuicio que pudiera causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias.

Agrega la norma que el contenido de la modificación y de la ampliación de demanda o reconvencción deberán estar incluidos dentro de los alcances del convenio arbitral.

En este estado de cosas, la reflexión que cabría formular es que cualquier modificación o ampliación de demanda plantea, necesariamente, una dilación al proceso arbitral, a menos que tales variaciones sean formuladas de inmediato, acto seguido de interpuesta la demanda y antes de que el tribunal corra traslado de ella a la parte contraria.

En todos los demás casos, la modificación o ampliación de demanda representará una dilación en los plazos procesales.

Queda claro, además, que cuando la ampliación o modificación de demanda se produzca en plena etapa probatoria, ella puede tener un impacto importante en los términos o plazos

del arbitraje, pues podría obligar a actuar una serie de medios probatorios adicionales, los mismos que podrían incluir —por ejemplo— la realización de nuevas pericias o nuevas inspecciones arbitrales en adición a las ya realizadas.

En ese orden de ideas, creemos que solo tendría sentido que los tribunales acepten estas modificaciones o ampliaciones de demanda, dentro de la etapa probatoria, cuando se trate de pretensiones que vengan acompañadas de medios probatorios de ejecución inmediata o, si se hubiesen ofrecido pericias, declaraciones de parte, declaraciones de testigos o inspecciones arbitrales, antes de que el Tribunal Arbitral haya dispuesto la actuación de los medios probatorios ofrecidos en la demanda original.

Caso contrario, aceptar la ampliación de pretensiones implicaría una distorsión en los términos que naturalmente debe guardar un proceso arbitral.

Sin embargo, hay que reconocer que con la ampliación de pretensiones, en el fondo las partes pueden estar ganando tiempo, no con respecto al propio proceso en el que se solicita dicha ampliación, sino en lo que respecta a ahorrarse el inicio de un nuevo proceso arbitral, cuya instalación, sin duda, demorará.

Asimismo, cabe señalar que el inicio de otro u otros procesos arbitrales acarrearía el riesgo de que la conformación de los tribunales arbitrales no coincida en cuanto a sus integrantes, lo que podría conducir a decisiones en alguna medida contradictorias.

VI. NUEVOS MEDIOS PROBATORIOS

Por otra parte, en los arbitrajes los litigantes vienen haciendo costumbre el ofrecer medios probatorios que no tienen el carácter de nuevos, prácticamente en cualquier estado del proceso.

Esto obedece al hecho de que muchas veces las partes se ven influenciadas por las preguntas y cuestionamientos de los árbitros en el desarrollo de las audiencias informativas, o incluso en la audiencia de informes orales.

En otras palabras, las partes, midiendo el temperamento de los árbitros, sienten que van ganando o perdiendo el proceso a la par de que hacen todo lo posible por aportar los medios probatorios que ratifiquen o cambien el curso de los acontecimientos.

Dentro de tal orden de ideas, creo que los tribunales arbitrales deben ser muy cautos en el marco de estas audiencias informativas o de informes orales, ya que no correspondería hacer que las partes sientan que con las preguntas del tribunal este ya tiene un camino trazado.

En otras palabras, los árbitros deben tener cautela al preguntar, de modo tal de que sus interrogantes permitan a ambas partes exponer sus puntos de vista sobre asuntos particulares

controvertidos, pero de ninguna manera deben hacer que las partes sientan que con tales preguntas prácticamente cada uno de los árbitros ya tiene el voto definido.

Digo esto en la medida de que podría entenderse que tales cuestionamientos o preguntas del Tribunal Arbitral conducen a una parte a la necesidad de reforzar sus argumentos de defensa. En ese sentido, hay casos en los cuales la intervención del Tribunal Arbitral puede no solo constituir un cuestionamiento sobre los hechos del proceso, sino una ayuda involuntaria a la parte que viene perdiendo, a efectos de que pueda aportar pruebas extemporáneas.

Asimismo, en el medio arbitral también se advierte una cada vez más creciente permeabilidad por parte de los tribunales arbitrales en el sentido de admitir cualquier medio probatorio presentado por las partes dentro de la etapa probatoria, o incluso cuando ya venció dicha etapa, obviándose el principio de oportunidad.

Por lo general, las razones que brindan los tribunales para admitir los medios probatorios se basan en la necesidad de conocer la verdad completa acerca del caso.

No está mal el fundamento, pero tal proceder hace que muchas veces se torne complicado el desarrollo de los procesos y se generen algunas situaciones que pueden conducir incluso a una anulación del laudo arbitral.

Recuerdo un caso en el cual el presidente del tribunal, ya culminada la etapa probatoria y en plena audiencia de informes orales, formuló a una de las partes determinados cuestionamientos en relación al valor probatorio y a la metodología de su pericia, lo que motivó que dicha parte presentara, cuando ya se había establecido el plazo para laudar, nuevos medios probatorios que condujeron a que esta etapa del proceso se tornase bastante compleja y azarosa.

En otras palabras, con las preguntas del presidente le quedaba claro a los abogados de la parte demandante que sus pretensiones serían declaradas infundadas, pues se estaba cuestionando —de modo muy severo— el valor del principal medio probatorio aportado por dicha parte.

Entendemos que preguntar de esta manera carece de sentido, pues en esta etapa del proceso ni siquiera cabía aportar nuevos medios probatorios ni enmendar el rumbo de los acontecimientos.

VII. LAS AUDIENCIAS INFORMATIVAS

He hecho referencia hace algunos momentos a las audiencias informativas. Ellas, como la mayoría de temas en materia probatoria, carecen de regulación específica en la Ley de Arbitraje y son plenamente válidas en función del principio de flexibilidad del arbitraje y en razón de que el tribunal tiene todo el derecho a convocarlas a fin de encontrarse debidamente informado.

Pero también los tribunales arbitrales deben ser conscientes de que en algunos casos las audiencias informativas pueden constituir una demasía en el proceso, alargando de manera innecesaria la etapa probatoria y haciendo que las partes y sus técnicos expongan en estas audiencias algo que van a repetir en la audiencia de informes orales.

Es evidente que en aquellos procesos que no revistan singular dificultad fáctica o jurídica, no será necesaria la realización de audiencias informativas. Es más, en estos casos los tribunales deberían obviarlas.

No digo lo mismo en relación a aquellos procesos sumamente complejos en donde los temas técnicos requieren una especial explicación.

Pero lo que sí queda claro es que los tribunales no deben suplir con las audiencias informativas la ausencia de estudio del expediente.

En muchas ocasiones se aprecia que los miembros del Tribunal Arbitral recién se enteran de lo que ya está plasmado en el expediente semanas o meses atrás, con la realización de una audiencia informativa.

VIII. LAS PRUEBAS DE OFICIO

En cuanto a su ofrecimiento, los medios probatorios se dividen en pruebas de parte y pruebas de oficio.

Son pruebas de parte aquellas ofrecidas por los litigantes, en tanto que las pruebas de oficio son ordenadas, *motu proprio*, por el Tribunal Arbitral; pero también tenemos pruebas ofrecidas por una parte para que sean actuadas de oficio por el tribunal. Se trata de un híbrido probatorio que fundamentalmente está centrado en las pericias.

Como sabemos, las partes tienen libertad para ofrecer como medios probatorios pericias que serán desarrolladas o ejecutadas por expertos que ellas mismas contraten.

En ese sentido, la pericia será ofrecida en la etapa postulatoria y será presentada al Tribunal Arbitral durante la etapa probatoria por la parte que la ofreció.

La experiencia enseña que las pericias de parte, si bien son ilustrativas y en muchos casos de excelente factura, siempre cargan con un *vicio de origen*, en el sentido de que los peritos son contactados y contratados por la parte que ofrece el medio probatorio; además de que esta brinda al perito todas las instrucciones para la realización de la pericia, le proporciona la información que ella considera conveniente y le da los lineamientos que estima pertinentes, todo ello además de que los honorarios del perito son pagados exclusivamente por la parte que ha ordenado la ejecución de la pericia.

En este orden de ideas, siendo conscientes de estas limitaciones formales en torno a la convicción que la pericia de parte puede causar en el Tribunal Arbitral, los litigantes muchas veces ofrecen como medio probatorio la realización de una pericia, pero dejan en manos del tribunal la designación de los peritos, así como los lineamientos que deberán seguir los mismos, la información y documentación que deberán consultar, etc.

En estos casos, obviamente, los honorarios del perito también serán sufragados por la parte que ofreció el medio probatorio, pues, en estricto, no se trata de un medio probatorio ordenado de oficio por el Tribunal Arbitral, sino de un medio probatorio cuya actuación va a ser dirigida por el Tribunal Arbitral, pero por ello no deja de ser un medio probatorio ofrecido por una parte.

En este contexto, ya que estamos hablando de pericias, resulta conveniente subrayar que este es el medio probatorio en donde más se observan pruebas de oficio.

Y esto es natural, porque en un arbitraje en donde cada litigante, por ejemplo, ofrezca una pericia de parte, el tribunal necesitará que un tercero, ajeno a la influencia o directivas de los litigantes, pueda desarrollar una pericia, la misma que, para el tribunal, generalmente tendrá mayores visos de imparcialidad que las pericias de parte. Esto es de evidencia palmaria.

Ello no significa que necesariamente ante dos pericias aportadas por las partes, el Tribunal Arbitral deba ordenar la ejecución de una tercera, porque a lo mejor las pericias de parte coinciden o se acercan en sus resultados; o, simplemente, se esté ante una pericia cuya solidez genere plena credibilidad en el tribunal.

IX. EL VALOR PROBATORIO DE LAS PERICIAS

Así también es importante subrayar que las pericias no necesariamente van a determinar el curso del proceso, afirmación en la que incluimos a las pericias de oficio.

Decimos esto, pues los tribunales arbitrales son los que —en última instancia— van a resolver con una adecuada valoración de todos los medios probatorios aportados por las partes al proceso o aquellos que fueron actuados de oficio.

No debe extrañar, entonces, que el laudo arbitral disponga algo distinto a lo establecido por los peritos de oficio.

Muchas veces los litigantes tienen a distorsionar el valor probatorio de una pericia, sobredimensionándolo.

En algunos casos, los litigantes creen que porque la pericia de oficio señala algo, el Tribunal Arbitral va a laudarlo, necesariamente, en ese sentido.

Los tribunales tienen que analizar detalladamente el contenido de las pericias, llegando en algunos supuestos a concluir de manera similar que los peritos, pero en algunos otros de modo radicalmente distinto, en la medida de que los tribunales deben tener la capacidad de desnudar inconsistencias, errores o tergiversaciones en los que hayan incurrido los peritos para la realización de su trabajo.

Dado que en el arbitraje rige el principio de libre valoración de la prueba, las pericias son solo un medio probatorio más. Su importancia, al igual que la de cualquier otro medio probatorio, radicará en su seriedad y coherencia.

Si bien es cierto que los medios probatorios de oficio más usuales son las pericias, debemos recordar que los tribunales arbitrales suelen ordenar de oficio también inspecciones, exhibición de documentos y —aunque con menor frecuencia— declaraciones de parte.

X. CUÁNDO ORDENAR UNA PRUEBA DE OFICIO

Basado en la idea de que los tribunales tienen plenas facultades para ordenar la actuación de cualquier prueba de oficio, también debe partirse del principio de que este tipo de pruebas de oficio debe tener como único fundamento el interés del tribunal por esclarecer la verdad, y ellas de ninguna manera deben ayudar a alguna de las partes a complementar medios probatorios que no aportaron oportunamente al proceso.

Es evidente que la línea divisoria entre una situación y la otra resulta muy tenue, razón por la cual los tribunales arbitrales deberían tener sumo cuidado al ordenar la actuación de medios probatorios de oficio, de modo que cuando lo hagan, la intervención del tribunal sea apreciada por las partes como la lícita y lógica intervención en pro del conocimiento de la verdad.

En buena cuenta, consideramos que las pruebas de oficio deberían regirse por el principio que inspira su tratamiento en el Código Procesal Civil, en cuyo artículo 194 se establece que cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.

XI. PERTINENCIA E IMPROCEDENCIA DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

Como sabemos, el artículo 190 del Código Procesal Civil regula la pertinencia e improcedencia de los medios probatorios, señalando que estos deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando esta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad serán declarados improcedentes por el juez.

En realidad, el mismo principio debería inspirar la actividad probatoria en materia arbitral.

Sin embargo, se ha convertido en práctica habitual que los tribunales arbitrales admitan todos los medios probatorios por más impertinentes o improcedentes que estos sean.

Debemos recordar que la finalidad de no admitir medios impertinentes o improcedentes es no dilatar la etapa probatoria y no recargar la labor de los jueces, centrando —como corresponde— la actividad probatoria en aquellos medios de prueba que tengan directa relación con las materias controvertidas en el proceso y que sirvan para dilucidarlas.

Así las cosas, en verdad creemos que los tribunales arbitrales deberían reconsiderar el proceder en cuanto a la admisión indiscriminada de medios probatorios.

Es verdad que la razón por la cual los tribunales arbitrales proceden de esta manera se basa fundamentalmente en la idea de la no afectación del derecho de defensa.

Como todos sabemos, el control *ex post* del arbitraje está marcado por el recurso de anulación del laudo y los tribunales arbitrales tienen mucho cuidado en no afectar la actividad probatoria, considerando que es probable que la parte que ofrece un medio probatorio impertinente o improcedente pueda perder el proceso y luego adoptar como excusa para intentar la anulación del laudo, la afectación del debido proceso, invocando la causal establecida en el artículo 63, inciso 1, literal c) de la Ley de Arbitraje, que establece que el laudo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al acuerdo arbitral aplicable o, en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en la propia ley.

En buena cuenta, de lo que estamos hablando es de la violación del debido proceso, y, claro está, quien pierde en un arbitraje puede pretender la anulación del laudo señalando que no se le permitió probar su derecho, al desestimarse los medios probatorios aportados.

En ese sentido, es verdad que la admisión de pruebas que revistan estas características no deseadas por el derecho procesal, generalmente constituye un riesgo calculado por parte de los tribunales arbitrales.

La admisión de un medio probatorio impertinente o improcedente no va a perjudicar los derechos de la parte contraria, en la medida de que, como resulta obvio, tal medio probatorio no probará algo relevante en lo que respecta a las pretensiones controvertidas.

Se podría decir, entonces, que la admisión y actuación de tales medios probatorios constituye una demasía o una concesión a la voluntariedad probatoria de las partes, la misma que tiene por objeto evitar que estas se sientan afectadas en sus intereses.

En verdad, el tema se reduce a admitir o no dichos medios probatorios.

Creo que, en el fondo, tal admisión no afecta ningún derecho procesal ni constitucional; y, en todo caso, si se entendiera que el debido proceso es afectado por esta circunstancia, como hemos visto, tal afectación no debería tener impacto alguno en el laudo arbitral, pues los medios probatorios que conduzcan a resolver las pretensiones, es decir, aquellos en que se base el sentido del propio laudo, evidentemente no deberán ser aquellos medios probatorios impertinentes o improcedentes.

XII. CLASES DE MEDIOS PROBATORIOS

El Código Procesal Civil establece en su artículo 191 que todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos, aunque no estén tipificados en dicho Código, son idóneos para lograr la finalidad de acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

Dentro de tal orden de ideas, el Código Procesal divide a los medios probatorios en típicos (declaración de parte, declaración de testigos, documentos, pericia e inspección judicial; artículo 192) y atípicos (artículo 193), que son aquellos no previstos en el artículo 192, constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios, los mismos que se actuarán y apreciarán por analogía con los medios típicos y con arreglo a lo que el juez disponga.

Como es evidente, la Ley de Arbitraje no establece una clasificación de los medios probatorios, y la división efectuada por el Código Procesal Civil no es propia del arbitraje.

Por lo general, los procesos arbitrales no ofrecen dificultades en lo que respecta a aquello que se considera como medio probatorio, en el entendido de que los alcances de los medios probatorios son fundamentalmente los señalados por la ley que rige el proceso ordinario.

En el supuesto de que se generen dudas, las partes ofrecen, dentro de sus medios probatorios, informes de expertos, ya sea de orden técnico o legal.

Es claro que las partes tienen, tanto en el proceso de la jurisdicción ordinaria como en el proceso arbitral, la libertad de presentar informes legales que sustenten mejor sus posiciones.

Total, los informes de abogados no son sino puntos de vista o análisis jurídicos sobre algunos o todos los aspectos de la materia controvertida, y podrán contribuir a que los magistrados o los árbitros comprendan de una mejor manera el contenido del proceso, o al menos refrescarán los argumentos jurídicos sobre el particular.

En estricto, un informe legal no puede ser calificado como un medio probatorio, en la medida de que tales informes no prueban nada, pues son solo opiniones.

El mismo razonamiento podríamos efectuar en torno a los informes de expertos en otras materias (que no tengan la naturaleza de pericias), los cuales tampoco tendrán el carácter de medios probatorios. Solo se trata de puntos de vista particulares, emitidos por profesionales destacados en alguna especialidad del conocimiento. Estos, al igual que los informes legales, no prueban nada.

Dentro de tal orden de ideas, cuando un Tribunal Arbitral reciba de una de las partes un informe de estas características, solo le corresponderá emitir una resolución para que el mismo se tenga presente.

XIII. INEFICACIA DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS

Sobre esta materia, la Ley de Arbitraje guarda silencio, a diferencia del Código Procesal Civil que regula la materia en su artículo 199, cuando establece que carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno.

Pensamos que esta norma también debería aplicarse a los procesos arbitrales, en la medida de que el derecho procesal no auspicia la actuación de medios probatorios obtenidos de manera ilícita.

Aquí hay un gran vacío en la doctrina arbitral, pero entendemos que razones de orden público hacen imperiosa la aplicación de la norma procesal ordinaria en sede arbitral.

Por lo demás, la Constitución y los Códigos Procesales en el Perú prohíben el uso de una prueba obtenida ilícitamente y, en especial, de aquellas que provengan de la violación del derecho que tiene todo ciudadano al secreto de sus comunicaciones.

“Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez [...]. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal”, precisa el artículo 2, inciso 10 de la Constitución, como derecho de toda persona.

En el año 2003, el Tribunal Constitucional peruano definió la prueba ilícita en los siguientes términos:¹ “La prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable”.

La posición del Tribunal Constitucional concuerda muy bien con la definición que de prueba ilícita otorga el Nuevo Código Procesal Penal en el artículo VIII de su Título Preliminar:

¹ Expediente N.º 2053-2003-HC/TC, sentencia del 15 de septiembre de 2003 del Tribunal Constitucional.

Artículo VIII.- Legitimidad de la prueba

Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.

Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

En buena cuenta, el derecho procesal no concede valor alguno a las pruebas ilegítimas, por ser absolutamente atentatorias contra el debido proceso.

Estos principios relativos al debido proceso, como hemos visto, corresponden a garantías de orden constitucional, razón por la cual no cabe duda alguna de que también resultan aplicables a los procesos arbitrales.

XIV. VALORACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

Como hemos recordado, el Código Procesal Civil de 1912 establecía como régimen de valoración de los medios probatorios el de la prueba tasada.

Esto significa que a los diversos medios probatorios se les asignaba una valoración previa antes de que ellos mismos fuesen aportados al proceso.

Así, la confesión era prueba plena contra aquella parte que declaraba; al igual que el antiguo juramento decisorio, que ponía fin al proceso con la declaración del deponente.

También eran prueba plena la inspección ocular y los instrumentos públicos.

No era el caso de los instrumentos privados, de los testigos y de los peritos.

Dicho sistema probatorio estaba tan arraigado, que el Código Civil de 1984 todavía mantiene rezagos del mismo en los contratos de suministro y mutuo.

En el primero de ellos, en el artículo 1605, se establece que la existencia y contenido del suministro puede probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, pero que si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.

Agrega esta norma que cuando el contrato se celebre a título de liberalidad debe formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad.

Por su parte, el artículo 1649, relativo al contrato de mutuo, establece que la existencia y contenido del mutuo se rige por lo dispuesto en la primera parte del artículo que acabamos de citar.

No cabe duda de que son dos casos palpables de prueba tasada.

Sin embargo, cabría preguntarnos si en realidad dichas normas se encuentran vigentes, pues podría entenderse que ellas han sido derogadas por resultar incompatibles con la normativa procesal instaurada en 1993.

Es así que desde el año en mención, en que rige el Código Procesal Civil, en los procesos seguidos en la jurisdicción ordinaria rige un criterio radicalmente distinto al de 1912: el de libre valoración de la prueba, el mismo que está regulado por el artículo 197 del Código Procesal, que establece que todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.

En primer término, debemos preguntarnos si existiría alguna razón para que el sistema de valoración de los medios probatorios en sede arbitral fuera diferente que en sede de la jurisdicción ordinaria.

La Ley de Arbitraje se pronuncia de modo muy somero sobre el particular, cuando señala, en su artículo 43, que el Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas.

Además, por lo general, es muy probable que las reglas complementarias que rijan el proceso tampoco establezcan algo más al respecto. Nos referimos, concretamente, al eventual reglamento aplicable al caso, si se tratare de un centro de arbitraje o a las normas establecidas en el acta de instalación del Tribunal Arbitral. Usualmente, tales instrumentos no se pronuncian sobre la valoración de los medios probatorios.

Dentro de tal orden de ideas, constituye un valor entendido que en el arbitraje rige el mismo principio que en la ley procesal civil, vale decir, el contenido en el artículo 197 del Código adjetivo.

Si hubieren dudas sobre el particular, el tema también se solucionaría de manera sencilla, pues al no existir un régimen legal impuesto de prueba tasada en relación al arbitraje, no cabría interpretar la solución de otra manera que no sea aquella en virtud de la cual no existen medios probatorios con valor intrínseco predeterminado, de modo tal que en defecto de tal valoración legal, la consideración de los mismos deberá ser efectuada por el propio Tribunal Arbitral.

Es así que los tribunales arbitrales deben hacer una valoración de los medios probatorios en su conjunto. Esto significa que ellos deberán ser considerados los unos con respecto a los otros.

Este sistema parte del criterio de que la valoración de conjunto permitirá confrontar todos los medios probatorios, a efectos de que el Tribunal Arbitral pueda llegar a concluir en lo que considere es su verdad sobre los hechos.

Es evidente, entonces, que la valoración de conjunto permitirá esa apreciación global del proceso, lo que no equivale a que el tribunal otorgue similar valor a todos los medios probatorios, pues sin duda en esa apreciación de conjunto algunos medios pesarán más que otros o, incluso, en algunos casos específicos habrá medios probatorios que no tengan frente a sí otros que el tribunal deba confrontar.

En buena cuenta, este sistema de valoración de conjunto consiste en que el propio tribunal debe hacer un cotejo en cuanto a cada uno de los medios probatorios aportados para cada punto controvertido.

Y dado que es usual que los puntos controvertidos coincidan con las pretensiones procesales de las cuales derivan, se podrá concluir que el referido cotejo permitirá al Tribunal Arbitral dilucidar paulatinamente en el laudo su posición sobre cada pretensión procesal.

Así, el criterio de valoración de la prueba que rige en el arbitraje pasa necesariamente por el criterio de que todos los medios probatorios pueden ofrecer, *a priori*, igual credibilidad.

Esto significa que una declaración testimonial podrá ser tan importante como un instrumento público; o que una declaración de parte pueda tener igual valor que una inspección arbitral.

Lo que ocurre es que no partimos de un análisis formal de dichos medios probatorios, sino del análisis de fondo que el Tribunal Arbitral debe hacer con respecto a cada uno de ellos.

En otras palabras, el tribunal gozará de la mayor libertad para elaborar una cadena de razonamientos en base a la fe que le merezcan tales medios probatorios y, en función a ello, llegar a una conclusión para resolver los puntos controvertidos.

Es claro que los tribunales arbitrales, al igual que los tribunales de la jurisdicción ordinaria, deberán hacer una valoración de todos los medios procesales aportados, independientemente de que en el laudo pueda hacerse mención a solo algunos de ellos.

Esto es natural y no afecta en lo absoluto el debido proceso, dado que los tribunales siempre se encuentran frente a medios probatorios que, si bien son pertinentes, no revisten mayor importancia a efectos de probanza, en razón de que en el propio expediente se han actuado otros medios probatorios que revisten un peso trascendental para la resolución del caso y que pueden tornar inútil o superfluo el recurrir a la mención de aquellos medios probatorios de escaso impacto en la decisión de la controversia.

Lo propio podríamos decir de aquellos medios probatorios impertinentes o improcedentes que hubieran sido admitidos por el Tribunal Arbitral, los cuales no serán de utilidad alguna para la resolución del caso.

XV. MEDIOS PROBATORIOS Y NATURALEZA DEL PROCESO

Resulta evidente que la consideración que el tribunal haga en torno a la valoración de los medios probatorios tendrá que calzar con la naturaleza del arbitraje.

Decimos esto porque si se tratare de un arbitraje de conciencia, podrá no haber mayor problema en cuanto a conceder la razón a la parte que ha planteado determinadas pretensiones procesales, si es que ella hubiese acreditado los hechos que invoca con los medios probatorios aportados al proceso.

Sin embargo, no necesariamente ocurrirá lo mismo cuando nos encontremos frente a un arbitraje de derecho, habida cuenta de que los medios probatorios aportados y la acreditación de los hechos alegados solo podrán conducir al amparo de las peticiones procesales en cuanto estas se ajusten rigurosamente al ordenamiento jurídico aplicable al caso.

Esto podrá conducir a situaciones en las cuales, si bien se acrediten determinados hechos y el tribunal considere justo el amparo de ciertas pretensiones, podría no llegar a hacerlo, en la medida de que ellas no sean amparadas por dicho ordenamiento jurídico.

Y esto es natural, pues en todo proceso de derecho las pretensiones solo son amparables si se prueban los hechos y las pruebas van de la mano con el debido sustento jurídico.

XVI. CONSIDERACIONES FINALES

Concluimos esta exposición en la que hemos querido abordar algunos de los aspectos más importantes en lo que respecta a la actividad probatoria en los procesos arbitrales.

Queda claro que se trata solamente de pinceladas, pues los problemas en cuanto a esta materia son infinitos. En tal sentido, no hemos pretendido agotar el tema, sino brindar algunas opiniones que consideramos básicas para fomentar el intercambio de ideas con tan distinguidos ponentes y público que esta noche nos acompañan.

Recibido: 24/01/2018
Aprobado: 30/03/2018