

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE  
COMERCIAL INTERNACIONAL  
-INFLUENCIA DE LAS TRADICIONES JURÍDICAS  
DEL DERECHO COMÚN Y DEL DERECHO CIVIL-**

**CRISTINA GABRIELA GONZÁLEZ FRANCO**

**GUATEMALA, ABRIL DE 2012**

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL  
-INFLUENCIA DE LAS TRADICIONES JURÍDICAS DEL DERECHO COMÚN  
Y DEL DERECHO CIVIL-**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**CRISTINA GABRIELA GONZÁLEZ FRANCO**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, abril de 2012

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**



DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana  
VOCAL I: Lic. Avidán Ortiz Orellana  
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi  
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz  
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Diéguez  
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez  
SECRETARIO: Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Lic. Cesar Augusto Conde Rada  
Vocal: Lic. Luis Alfredo González Rámila  
Secretario: Licda. Rina Verónica Estrada Martínez

**Segunda Fase:**

Presidente: Lic. Edwin Leonel Bautista Morales  
Vocal: Licda. Judith Alvarado López  
Secretario: Lic. Julio César Quiroa Higueros

**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



*Lic. Raúl Antonio Castillo Hernández*  
*Abogado y Notario*

*6 Av. 0-60, c. 4, of. 801, Torre Profesional*  
*Tel. 23351716*

**Guatemala, 10 de agosto de 2011**

**Lic. Carlos Manuel Gastro Monroy**  
**Jefe de la Unidad de Tesis**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**  
**Ciudad Universitaria**



Respetable Licenciado:

De acuerdo con el nombramiento emitido por esa Jefatura, en el que se me faculta para que como Asesor pueda realizar modificaciones que tengan por objeto mejorar el trabajo de investigación de la Perito Contador **Cristina Gabriela González Franco**, intitulado **"LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL -INFLUENCIA DE LAS TRADICIONES JURÍDICAS DEL DERECHO COMÚN Y DEL DERECHO CIVIL-**", me permito emitir el siguiente:

#### **DICTAMEN**

El trabajo mencionado, en mi opinión es meritorio y exigió un esfuerzo investigativo de la autora, que incluye un análisis doctrinario y documental de la prueba en el arbitraje comercial internacional. El mismo contribuye grandemente y de manera técnica y científica con los estudiosos del derecho guatemalteco, específicamente en el mercantil, todo de conformidad con el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; motivo por el cual a usted respetuosamente me permito informarle lo siguiente:



1. La monografía de tesis realizada en el presente trabajo cuenta con la metodología, contenido científico y técnico adecuado para su presentación, pues en dicho trabajo se utilizó el método deductivo, en vista de que al analizar y observar los hechos que aparecen en la investigación se originaron conclusiones personales. Además se utilizó el método histórico, pues necesariamente se analizaron actos jurídicos pasados, mismos que sirvieron de Marco Teórico de la investigación.
2. Respecto al orden seguido en la redacción de la presente investigación, la misma cuenta con la lógica y congruencia correcta; luego de un trabajo de varias sesiones en las cuales he guiado personalmente a la estudiante, he podido comprobar, con una rigurosa asesoría, que el trabajo al final satisface todos los requerimientos en una forma sencilla.
3. En cuanto al aporte científico que brinda a nuestra sociedad el presente trabajo de investigación, el mismo queda plasmado en la definición hecha con precisión de los criterios para admitir, diligenciar y valorar la prueba en el proceso de Arbitraje Comercial Internacional, sin pretender agotar el tema, dada la característica dinámica del Derecho.
4. En cuanto a las conclusiones y recomendaciones a las cuales se arribaron en el presente trabajo investigativo se realizaron de acuerdo al contenido del trabajo, las cuales tienen una congruencia correcta, la cual se puede verificar con la comprobación de la hipótesis.
5. Durante la asesoría brindada se verificó que la estudiante realizara una investigación actualizada, utilizando para esto técnicas de investigación y bibliografías modernas, congruentes y pertinentes con respecto al tema desarrollado con lo cual se verifica la hipótesis planteada.

Atentamente,

Lic. Raúl Antonio Castillo Hernández

Asesor

Colegiado 6448.

*Raúl Antonio Castillo Hernández*  
ABOGADO Y NOTARIO



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

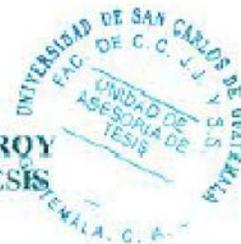
Edificio S-7, Ciudad Universitaria  
Guatemala, Guatemala

**UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, veinticinco de agosto de dos mil once.

Atentamente, pase al ( a la ) LICENCIADO ( A ) : **RAFAEL FRANCISCO CETINA GUTIÉRREZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del ( de la ) estudiante: **CRISTINA GABRIELA GONZÁLEZ FRANCO**, Intitulado: **"LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL -INFLUENCIA DE LAS TRADICIONES JURÍDICAS DEL DERECHO COMÚN Y DEL DERECHO CIVIL-**".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes".

  
**LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS**



cc. Unidad de Tesis  
CMCM/jrvch

Licenciado Rafael Francisco Cetina Gutiérrez  
Abogado y Notario  
8. Av. 13-69, zona 1, Oficina 3  
Tel. 22514528



Guatemala, 13 de septiembre de 2011.

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Ciudad Universitaria



Estimado Licenciado:

En atención a la providencia emanada de esa unidad, en la que se me faculta para que como Revisor realice las modificaciones que tengan por objeto mejorar el trabajo de tesis denominado: "LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL -INFLUENCIA DE LAS TRADICIONES JURÍDICAS DEL DERECHO COMÚN Y DEL DERECHO CIVIL-", elaborado por la Perito Contador CRISTINA GABRIELA GONZÁLEZ FRANCO, de manera atenta a usted comunico:

1. El trabajo realizado, es de mucha importancia puesto que es un tema sobre el cual no se ha profundizado, dicho trabajo contiene doctrina, legislación y propuestas que directamente le son aplicables, en el se demuestra la importancia del conocimiento y cultura jurídica de los distintos sistemas jurídicos por parte de los árbitros para poder admitir, diligenciar y valorar la prueba en los arbitrajes comerciales internacionales, cuando se encuentren dos culturas jurídicas distintas.
2. En cuanto a la metodología y técnicas de investigación utilizadas en la presente investigación se utilizó el método hipotético-deductivo, en el sentido en que es utilizado en el planteamiento de Karl Popper sobre filosofía de la ciencia y en el sentido planteado por John G. Kemeny en su planteamiento del método de la ciencia.
3. En cuanto a la redacción de la presente investigación, la misma es correcta, con la utilización del lenguaje técnico exacto y se llevaron a cabo varias sesiones con la estudiante en las cuales se ha revisado el presente trabajo y se le han hecho las correcciones pertinentes, por lo anteriormente dicho éste trabajo llena los requisitos necesarios después de dichas revisiones.

Licenciado Rafael Francisco Cetina Gutiérrez  
Abogado y Notario  
B. Av. 13-69, zona 1, Oficina 3  
Tel. 22514528



4. La contribución científica principal del tema presentado, es ofrecer varias alternativas para obtener el mejor criterio para admitir, diligenciar y valorar la prueba en el proceso del Arbitraje Comercial Internacional, el cual se determina atendiendo a varios factores, estableciendo soluciones concretas a dicha cuestión.
5. Las conclusiones y recomendaciones a las cuales se llegó dentro del presente trabajo de Investigación se realizaron de manera ordenada, concreta y objetiva y con una congruencia presentada con cada capítulo del mismo.
5. La bibliografía utilizada dentro de la presente investigación es amplia y de varios países, ya que por la naturaleza del tema es importante utilizar varios libros que desarrollen el tema y su aplicación en otros países así como varios reglamentos internacionales que tratan el asunto.
7. Luego de varias revisiones en las cuales se ha orientado personalmente a la sustentante durante todas las etapas del proceso de investigación científica, al revisar el trabajo final se concluye que éste es satisfactorio.

Por lo anteriormente expuesto, el presente trabajo de tesis reúne los requisitos legales establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público, razón por la cual, emito Dictamen Favorable.

Atentamente,

  
LIC. RAFAEL FRANCISCO CETINA GUTIÉRREZ.  
REVISOR  
COLEGIADO 4106

*Rafael Francisco Cetina Gutiérrez*  
ABOGADO Y NOTARIO  
C.C.L. 4106



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, veinte de marzo de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante CRISTINA GABRIELA GONZÁLEZ FRANCO titulado LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL- INFLUENCIA DE LAS TRADICIONES JURÍDICAS DEL DERECHO COMÚN Y DEL DERECHO CIVIL-. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

LEGM/sllh



## DEDICATORIA

- A DIOS: Por darme la oportunidad de vivir y ser útil a la sociedad.
- A MI ABUELO: José Luis Franco Cermeño, sin cuyas enseñanzas y valores no podría dar este paso en mi vida.
- A MI MADRE: Norma Irene Franco Lemus por estar siempre a mi lado y por todo su amor y apoyo incondicionales.
- A MI PADRE: Aníbal González Dubón, cuyo ejemplo académico ha servido de gran ejemplo en mi vida.
- A MIS TÍAS: Alba Liliana y Candy por todo el cariño y apoyo que me han brindado.
- A MIS TÍOS: Luis Eduardo y J.C.
- A MIS HERMANOS: Pablo Alejandro, María Fernanda y Diego José.
- A CARLOS ENRIQUE ROMÁN FIGUEROA: Por su apoyo incondicional y amor a la docencia.



A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES Y LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.

A GUATEMALA: con la esperanza de hacer una diferencia con mi trabajo y esfuerzo diario.



## ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

### CAPÍTULO I

1. El arbitraje comercial internacional.....	1
1.1 El arbitraje.....	1
1.2 Clases de Arbitraje.....	6

### CAPÍTULO II

2. La tradición jurídica romano canónica.....	23
2.1 Tres tradiciones legales.....	23
2.2 Derecho civil romano, derecho canónico y derecho mercantil.....	28

### CAPÍTULO III

3. El sistema anglosajón y el derecho común.....	41
3.1 El derecho común inglés.....	41
3.2 Estructura jurídico-política inglesa.....	51



3.3	La profesión jurídica.....	60
3.4	Las fuentes del derecho.....	63

#### **CAPÍTULO IV**

4.	Los principios generales del proceso arbitral comercial internacional.....	75
4.1	Carácter convencional del procedimiento arbitral.....	75
4.2	El carácter convencional del reglamento de la Cámara de Comercio Internacional.....	86
4.3	Otros reglamentos.....	89
4.4	Atribuciones de los árbitros.....	91
4.5	Algunas medidas que pueden hacer más eficaz el procedimiento.....	96
4.6	Disidencia entre los árbitros y las partes.....	96
4.7	Cambio de las reglas por las partes.....	98
4.8	Control del ejercicio de las atribuciones de los árbitros.....	99
4.9	Sede del arbitraje.....	101

#### **CAPÍTULO V**

5.	La prueba en el proceso arbitral comercial internacional.....	117
5.1	La prueba.....	117
5.2	Reglas de Colegio de Abogados Internacional.....	122
5.3	Los medios de prueba.....	123



5.4	Atribución de los árbitros para pedir otras medidas de prueba.....	151
5.5	Apreciación de la prueba.....	153
5.6	Prescindencia de la prueba. Laudo dictado con sólo la prueba documental.....	153
5.7	Medidas de protección de secretos e información confidencial.....	153
5.8	Alegatos de bien probado.....	155
5.9	Audiencias.....	155
5.10	La clausura del procedimiento.....	159

## CAPÍTULO VI

6.	Impugnaciones a los laudos de los arbitrajes comerciales internacionales con fundamento en violaciones en el diligenciamiento y valoración de la prueba...	163
6.1	Control judicial del procedimiento arbitral y de los laudos.....	163
6.2	Regla general: irrecurribilidad de los laudos.....	164
6.3	El recurso en la Ley de Arbitraje, de Guatemala.....	170
6.4	Casos.....	175
	CONCLUSIONES.....	185
	RECOMENDACIONES.....	188
	BIBLIOGRAFÍA.....	191



## INTRODUCCIÓN

Esta investigación pretendió, poner de relieve los problemas referentes a las culturas jurídicas del derecho común y del derecho civil y tratar de encontrar respuestas adecuadas para solucionar las dificultades que enfrentaría un tribunal arbitral para satisfacer los requerimientos de prueba de ambas tradiciones y evitar una posible impugnación del laudo que estuviese fundamentada en alegatos de violaciones al derecho de defensa o al debido proceso, debido al distinto tratamiento de las instituciones procesales en materia probatoria.

Se plantearon como principales objetivos de la investigación los siguientes: i) resaltar conocimientos necesarios para la comprensión de los efectos que producen las distintas culturas jurídicas, en lo concerniente a la producción y valoración de la prueba en los arbitrajes comerciales internacionales; ii) definir y determinar las principales corrientes jurídicas contemporáneas, y realizar un análisis crítico de las mismas, determinando su relación con el problema a resolver; iii) valorar y determinar de forma concreta el problema planteado, con el fin de comprender la complejidad y variabilidad que el problema puede adoptar en diferentes circunstancias fáctico-jurídicas; iv) determinar la relación entre las culturas jurídicas del Derecho Común y del Derecho Civil; v) y por último, establecer un marco metodológico de análisis del problema frente a las diferentes tradiciones jurídicas.

En lo referente a la hipótesis planteada, se establece que dentro del arbitraje comercial internacional no existe una prohibición expresa en cuanto a la adopción de un sistema determinado para admitir, producir y diligenciar la prueba, resultado de la naturaleza convencional del arbitraje y siempre que se respete el derecho de



defensa y del debido proceso. De manera que, las partes incluso pueden prescindir de la aplicación de regla alguna, debiendo ceñirse únicamente a la *lex arbitri*.

Sin embargo, aún cuando las partes renunciaren a adoptar sistema procesal alguno, cuando se trata de distintas culturas jurídicas o incluso de distintas nacionalidades, el tribunal arbitral deberá enfrentar los problemas subyacentes al arbitraje propiamente dicho y tratar de encontrar soluciones idóneas, sin lesionar el orden público.

La tesis consta de seis capítulos: el primero aborda el tema del arbitraje comercial internacional; el segundo trata lo concerniente a la tradición jurídica romano-canónica; el tercero desarrolla lo relativo a la tradición jurídica anglosajona y el derecho común; en el cuarto se analizan los principios generales del proceso arbitral comercial internacional; el quinto, aborda la prueba en el proceso arbitral comercial internacional y, el sexto y último capítulo, desarrolla las impugnaciones a los laudos de los arbitrajes comerciales internacionales con fundamento en las violaciones al debido proceso y derecho de defensa en materia probatoria.

Para resolver el problema de investigación y constatar la validez o no de la hipótesis, se utilizó principalmente el método hipotético-deductivo en el sentido en que es utilizado por Karl Popper sobre filosofía de la ciencia y el utilizado por John G. Kemeny en su planteamiento del método de la ciencia. Así también se emplearon las técnicas documental y de fichas bibliográficas, con la cuales se obtuvo la información doctrinaria y jurídica que se relaciona con el tema del problema investigado.



## CAPÍTULO I

### 1. El arbitraje comercial internacional

#### 1.1 El arbitraje

Para González de Cossio “El arbitraje es la alternativa a las cortes nacionales establecidas por el Estado para dirimir cualquier tipo de controversia”<sup>1</sup>. Esta definición es por la negativa y no contiene los elementos esenciales que caracterizan la institución.

Para Guasp “El arbitraje es la resolución de un conflicto que se lleva a cabo por un tercero a cuya decisión las partes se someten voluntariamente”<sup>2</sup>. Cabe agregar que tal decisión es final y obligatoria.

A esta definición puede agregarse que ello se hace bajo ciertas reglas convenidas por las partes y que en definitiva vienen a conformar un procedimiento, que aún cuando la fuente de este medio de resolución de conflictos es la voluntad de las partes, el Estado se reserva cierto control sobre él, estableciendo ciertos recursos que son irrenunciables, y que finalmente es inexorable acudir ante los jueces estatales para obtener medidas de coerción, sea durante el procedimiento o para ejecutar el laudo que se haya dictado.

---

<sup>1</sup> González de Cossío, Francisco. **Arbitraje**, pág.2.

<sup>2</sup> Guasp, Jaime. **El arbitraje en el derecho español**, pág. 4.



La Ley de Arbitraje de Guatemala, lo define de la siguiente manera en el Artículo 4:  
“Arbitraje. Significa cualquier procedimiento arbitral con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo”.

Las leyes y las convenciones internacionales no suelen definir al arbitraje, constituyen la excepción la Ley de Arbitraje de Guatemala y la de Colombia para la cual el arbitraje es: “un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible difieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral”.

Existe una reconocida doctrina que reconoce que los elementos del arbitraje que se consideran unánimemente reconocidos por los tribunales y autores son dos: a) La tarea de los árbitros es resolver una disputa; la fuente de esta función jurisdiccional es el contrato; b) el poder de los árbitros para resolver el conflicto proviene de la intención común de las partes; entonces, el arbitraje comprende un elemento jurisdiccional y un elemento contractual.

a) Elementos esenciales: Los elementos que caracterizan al arbitraje son los siguientes:

a.1) Es un método adversarial de resolución de conflictos:



Con el arbitraje las partes persiguen solucionar una controversia, cualquiera que sea su naturaleza. En algunos ordenamientos la disputa debe ser de derecho. No constituiría propiamente un arbitraje el sometimiento a decisión de un árbitro una cuestión de hecho (el precio de una cosa, el monto de un perjuicio, el estado de cosas o lugares, la buena o mala realización de una obra). Tal sucede en Francia, en donde el litigio que enfrenta a las partes debe ser entendido como una oposición de intereses fundada sobre una pretensión jurídica. La única limitación que existe al respecto es que el conflicto sea susceptible de ser sometido a arbitraje.<sup>3</sup>

En algunas legislaciones se regula el denominado “arbitraje pericial” respecto del cual se dice que constituye una forma de arbitraje de gran utilidad para resolver conflictos que versan sobre cuestiones de hecho.

Se dice que el arbitraje es adversarial porque cada una de las partes plantea sus pretensiones y la función del tercero (el árbitro) es atribuir la razón a alguno de ellos a través del laudo. Esto lo diferencia de otros métodos de resolución de conflictos como la mediación y la conciliación en los que el tercero ayuda a las partes a encontrar una solución que en definitiva ellas elaboran y consienten.

a.2) Es alternativo a los tribunales estatales:

Pues las partes optan por someter la decisión a un particular, quien estará investido de la jurisdicción, pero no forma parte del poder judicial ni de ningún otro órgano estatal.

---

<sup>3</sup> Silva Romero, Eduardo. **El contrato de arbitraje**, pág.5.



a.3) Es voluntario:

El sometimiento voluntario es quizá la característica esencial. El arbitraje es de característica esencialmente convencional y está fundado en la libertad de las partes.

La libertad de las partes para convenir la resolución de su disputa futura o actual por medio de un arbitraje comprende la de pactar la ley aplicable al fondo del asunto y de estipular el procedimiento, sea por referencia a una ley nacional (que puede ser distinta de la ley del país sede del tribunal arbitral) o por adhesión a un reglamento arbitral.

a.4) Difiere la solución a un tercero:

Se difiere la solución a un tercero: el árbitro, sujeto que debe permanecer independiente y neutral a las partes; ello comprende incluso a los denominados árbitros de parte, quienes deberían ser conocidos como árbitros designados por las partes.<sup>4</sup>

Este tercero tiene la atribución de decidir el conflicto, es decir que ejerce la jurisdicción (aunque limitadamente porque no tiene poder de imperio).

a.5) Ese tercero es un particular:

---

<sup>4</sup> Caivano, Roque J. **Arbitraje**, pág. 174.



No integra el poder judicial ni ningún otro poder del Estado, ni es un órgano u organismo público, aunque en algunos ordenamientos se impone el denominado arbitraje forzoso, en el cual la ley obliga a las partes al arbitraje y éste es administrado por órganos estatales que funcionan como verdaderos tribunales administrativos.

a.6) La decisión es final y obligatoria:

La decisión del árbitro es, en principio, final y obligatoria (Artículo 28.6 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional –CCI-; Artículo 32.2 del Reglamento de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI-), con excepción de los recursos irrenunciables establecidos en los ordenamientos locales.

a.7) Para cuya ejecución ha de ocurrirse a los tribunales estatales:

Los árbitros ejercen la jurisdicción, sin embargo, no gozan de todos los atributos de la jurisdicción sino sólo de algunos. En concreto, los árbitros no tienen poder de coerción sobre las partes; ni mucho menos respecto de terceros que son ajenos al contrato que resulta ser la fuente de la jurisdicción arbitral.

Por ello tanto sea para la ejecución del laudo como para otras medidas que exigen coerción (como la adopción de medidas cautelares o ejecución de diligencias de prueba, etc.), los árbitros deben recurrir a un tribunal estatal que les sirve de apoyo.



## 1.2 Clases de arbitraje

### a) Arbitraje Internacional

#### a.1) Criterios para determinar la internacionalidad del arbitraje

En la Ley de Arbitraje de Guatemala, los criterios legales se encuentran descritos en el Artículo 2; sin embargo no define los criterios para determinar cuando un arbitraje es local o doméstico, por lo que por argumento a contrario sensu, deberíamos entender que si el arbitraje carece de dichos elementos, será doméstico.

La clasificación del arbitraje como internacional o doméstico, depende de la existencia o no de elementos de internacionalidad. Para individualizar estos elementos existen básicamente dos criterios: uno objetivo y el otro subjetivo.

El elemento objetivo consiste en calificar de internacional el arbitraje en que están comprendidos los intereses del comercio internacional, fórmula acuñada por la jurisprudencia francesa desde 1927, incorporada a su legislación<sup>5</sup> y que exige determinar que son los intereses del comercio internacional.

Este criterio prescinde de toda consideración de la nacionalidad de las partes, del lugar donde se desarrolla el arbitraje y de la nacionalidad de los árbitros; así, un arbitraje puede ser doméstico aunque comprenda dos sociedades consideradas extranjeras en

---

<sup>5</sup> Poudret, Jean F.- Besson, Sébastien. **Derecho Comparado del Arbitraje Internacional**, pág. 31.



el lugar donde se desarrolla el arbitraje si el negocio que da lugar a la disputa se agota en el mercado interno y viceversa, puede ser calificado de internacional aún cuando las partes sean consideradas nacionales en el lugar en que el arbitraje se desarrolla si hay transferencia de bienes o servicios al extranjero.

Por ello la jurisprudencia francesa concluye que para definir el arbitraje como internacional, el nuevo Código Procesal Civil francés adopta un criterio exclusivamente económico, según el cual es suficiente que el conflicto sometido a arbitraje recaiga sobre una operación que no se desenvuelve exclusivamente en un Estado, aunque la definición del contenido de la expresión interés del comercio internacional puede ser infinitamente más compleja.

El criterio subjetivo toma en consideración la nacionalidad o el domicilio de las partes; este criterio aparece en el Artículo 176 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado, en tanto califica de internacional el arbitraje cuando las partes no tenían al momento de la celebración del convenio de arbitraje, su domicilio ni su residencia habitual en Suiza.<sup>6</sup>

Otras corrientes tienden a la combinación de ambos criterios. Ello se advierte en la Convención Europea de 1961 en tanto dispone que se aplica a las disputas emanadas del comercio internacional entre personas físicas o jurídicas que tengan residencia habitual en diferentes estados contratantes.

---

<sup>6</sup> Poudret- Besson. Ibid., pág. 33.



Claramente esta convención exige la concurrencia de ambos recaudos: que la cuestión esté causada en el comercio internacional y la residencia de las partes en países distintos.

El Código de Procedimientos Italiano en el Artículo 832 toma en consideración que la residencia o la sede efectiva de por lo menos una de las partes esté en el extranjero al tiempo del otorgamiento de la cláusula arbitral o que una parte sustancial de las prestaciones causadas en el contrato deben ser ejecutadas en el extranjero.<sup>7</sup> En este caso los elementos de conexión son alternativos. En la misma orientación está la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –CNUDMI- en sus Artículos 1.3 y 1.4; misma que ha sido seguida en muchos países, por lo que su criterio objetivo-subjetivo se aplica en múltiples jurisdicciones, aunque algunas leyes locales se han hecho eco de las críticas.

Así Fouchard, Gaillard y Goldman señalan que: “La elección del lugar de arbitraje depende enteramente de la voluntad de las partes, y que el hecho de que las partes hayan convenido expresamente en que la cuestión objeto del arbitraje está relacionada con más de un Estado nada indica, pues es también una manifestación de ellas que puede relevarse como falsa o inexacta, con lo cual estos dos elementos no son necesariamente indicativos de la internacionalidad del arbitraje”.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup>Poudret- Besson. Ibid., pág. 35.

<sup>8</sup> Fouchard, Phillippe- Gaillard, Emmanuel-Goldman B. **On international commercial arbitration**, pág. 52.



## b) Arbitraje domestico

Un arbitraje es doméstico, interno o local, si no tiene elementos internacionales o esos elementos internacionales no son relevantes.

### b.1) Importancia de la distinción

La doctrina ha reivindicado la especificidad del arbitraje internacional que nace de: a) El hecho incontestable de que el arbitraje ha devenido el mecanismo ordinario de resolución de conflictos en el comercio internacional; b) Su génesis convencional; c) La conveniencia de pasar a un segundo plano los aspectos procesales y; d) La conveniencia de que se apoye en reglas materiales que respondan a las necesidades del comercio internacional.

Sobre la base de estos argumentos, se reclama una reglamentación específica para el arbitraje internacional, distinta de la regulación que exista para el arbitraje doméstico.

En definitiva, se afirma que el arbitraje internacional goza de autonomía, expresión que abarca la convención arbitral (que es autónoma respecto del contrato principal), del derecho aplicable (que puede ser un derecho elegido por las partes que no tenga vinculación con ninguna de ellas ni objetivamente con el contrato o aún un ordenamiento no estatal) y del procedimiento (que como tal no ha de ser interferido por los tribunales estatales). Autonomía que se explica dice un autor, por la existencia de



un orden jurídico arbitral; el arbitraje comercial internacional es –en esta concepción– un completo sistema de justicia no asimilable a la justicia estatal.<sup>9</sup>

Sin embargo, muchos países han venido adoptando leyes de arbitraje para el arbitraje doméstico e internacional en un mismo cuerpo, entre ellos, Guatemala.

La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –CNUDMI- tiene por objeto reducir o eliminar los obstáculos creados por las leyes nacionales al arbitraje de las controversias comerciales internacionales, haciendo posible la realización de un arbitraje comercial internacional independiente de las normas locales que gobiernan la conducción de los procedimientos de arbitraje doméstico y ella es seguida por las legislaciones nacionales de muchos Estados, entre ellos también el de Guatemala.

### c) Arbitraje en el país y en el extranjero

Otro criterio de distinción vinculado al anterior, pero no necesariamente idéntico, es el que se funda en el lugar donde el arbitraje está localizado, esto es, cuál es la sede del Tribunal Arbitral. La importancia del tema radica en que, al menos como principio, todo procedimiento arbitral está ligado a una ley nacional que por regla general es la del Estado en cuyo ámbito espacial se ha localizado el arbitraje, lo que comúnmente conocemos como la ley de la sede.

---

<sup>9</sup> Racine, Jean B. **Reflexiones sobre la autonomía del arbitraje comercial internacional**, pág. 305.



Oppetit señala que: “el arbitraje no se encuentra en una zona de no derecho, sino que se encuentra sujeto a reglas de organización y de funcionamiento; además, las jurisdicciones arbitrales resuelven las controversias no mediante una gestión intuitiva, mística o subjetiva, sino basadas en normas de referencia. Claro es que estas reglas conforman un conjunto normativo complejo por la diversidad de orígenes y naturaleza, así como por la dificultad de establecer entre ellas una jerarquía y una articulación (por ejemplo: el Código Civil de Quebec regula el contrato de arbitraje; la Ley de Arbitraje de Guatemala regula lo que puede ser materia de arbitraje, los laudos extranjeros no pueden ejecutarse en un país en el cual el asunto no puede ser materia de arbitraje, etc.)”<sup>10</sup>.

Este conjunto normativo es lo que se denomina *lex arbitri* o ley del arbitraje, y está formado tanto por las reglas establecidas en los códigos procesales o leyes especiales de arbitraje como por las que emanan de leyes de fondo y de las convenciones y tratados internacionales incorporados al derecho del país que, por su vinculación con el arbitraje concreto, determina la *lex arbitri*.

Esta *lex arbitri* es, al menos en principio, la ley del país sede del arbitraje.

Vista la cuestión del lado opuesto, el alcance de las leyes nacionales se limita a los arbitrajes que tienen lugar en el territorio de ese Estado. El arbitraje localizado en el territorio de un Estado estará sujeto a la ley de otro Estado sólo en cuanto a:

---

<sup>10</sup> Oppetit, Bruno. **Teoría del arbitraje**, pág.185.



Reconocimiento de los efectos del acuerdo de arbitraje, posibilidad de medidas cautelares y, reconocimiento y ejecución del laudo.<sup>11</sup>

Como ejemplo: Un arbitraje localizado en Guatemala estará alcanzado por la ley mexicana, si se pretendiera ejecutar el laudo en México, pues en este caso el juez mexicano recurrirá a su derecho interno para determinar si la materia es arbitrable y si el laudo reúne los requisitos para concederle la ejecución. Ello está autorizado por el Artículo V.2 de la Convención de Nueva York de 1958.

De lo anterior se deduce que la elección de la sede constituye un evento crucial en la vida del arbitraje, puede determina la inserción de éste en un ordenamiento jurídico que da sustento a la voluntad privada y al mismo tiempo la limita con sus reglas imperativas. En otras palabras, el arbitraje, aun internacional, se liga a determinado orden jurídico estatal que es el de la sede.

#### d) Deslocalización del arbitraje internacional

Algunos autores han propiciado la idea de que el arbitraje internacional no se integra al ordenamiento jurídico de ningún Estado, por lo que no podría tener relación con el derecho estatal ni siquiera del país en el cual el tribunal tiene su asiento (la afirmación hace referencia al derecho que rige al arbitraje en sí, no alude al derecho de fondo aplicable a la controversia, que será el elegido por las partes y que puede ser incluso un derecho no estatal, como la *lex mercatoria*, los principios generales del derecho del

---

<sup>11</sup> Kleinhelsterkamp, Jan. **International commercial arbitration in Latin America**, pág. 11.



comercio internacional o los principios Unificación del Derecho Privado –UNIDROIT–; y a falta de elección por las partes será el que determinen los árbitros); pues el tribunal arbitral no dicta el laudo en nombre del Estado que ejerce soberanía sobre ese territorio.

Esto supone algunas alternativas:

i) Elección por las partes de una ley estatal distinta a la del país sede:

La primera, que las partes convengan la aplicación al procedimiento arbitral de una ley distinta a la del país sede. Esto es: un arbitraje con sede en Guatemala, pero sometido a la ley alemana por decisión de las partes en el convenio arbitral.

La convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras ha asumido esa posibilidad, pues sus disposiciones contemplan la elección por las partes, ley que rige el acuerdo arbitral y el procedimiento, aunque la ley del Estado sede rige si no hay acuerdo de partes y también para determinar si la sentencia arbitral es obligatoria.

Sin embargo ello no implica: a) Independizar el arbitraje de las normas imperativas de la ley del país sede; b) Sustraer el laudo del control de las autoridades judiciales del país de la sede por vía de los recursos que este considera irrenunciables; c) Atribuir



competencia para entender en un recurso contra el laudo a un juez de un país distinto al de la sede.<sup>12</sup>

Por lo demás, las leyes locales consideran, casi de manera unánime, que la sujeción del arbitraje a la ley de la sede es imperativa.

Finalmente, el arbitraje parcialmente deslocalizado, esto es, el sujeto a una ley distinta del país sede, quedará sometido todavía a otro control por una tercera ley; ello sucede cuando un juez estatal es requerido para el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero, pues él tiene la atribución de ejercer el control sobre el laudo conforme a su propia ley de acuerdo con la autorización que confiere la Convención de Nueva York en cuanto hace a la arbitralidad del litigio y a la conformidad del laudo con el orden público.

## ii) Exclusión por las partes de todo orden jurídico estatal

Este tipo de deslocalización jurídica, en palabras de Poudret y Besson<sup>13</sup>, puede asumir distintas formas:

- a) La exclusión de todo orden jurídico, estatal o no, de modo que el arbitraje quede regido exclusivamente por la voluntad de las partes, o sea, una suerte de arbitraje sin ley.

---

<sup>12</sup> Poudret - Besson. Ob. Cit, pág.92.

<sup>13</sup> Poudret- Besson. Ibid, pág. 96.



b) La sujeción del arbitraje a un ordenamiento no estatal como la *lex mercatoria*. No es infrecuente que los laudos recurran a la *lex mercatoria*, los principios generales del derecho comercial internacional, etc., para resolver sobre el fondo del asunto, sea porque las partes lo han convenido así, sea porque los árbitros suplen la ausencia de elección de las partes).

Estas formas de arbitraje deslocalizado darían lugar a un laudo bautizado como flotante. En la práctica es totalmente deslocalizado el arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones –CIADI-, también se le atribuye deslocalización al del Tribunal Arbitral del Deporte y a los arbitrajes en Internet y se señala que han sido ejecutados bajo la Convención de Nueva York, laudos emanados del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos que eran a-nacionales.<sup>14</sup>

Este criterio era el que inspiraba el proyecto de convención elaborado por la Cámara de Comercio Internacional y presentado en 1953 al Secretario General de la ONU. Este proyecto propiciaba el reconocimiento de un arbitraje totalmente deslocalizado, fundado exclusivamente en la autonomía de la voluntad, del cual resultaba un laudo o sentencia internacional; puesto a examen de un grupo de expertos, dio lugar a otro proyecto ya preparado en el seno de la ONU, que no aludía a sentencia arbitrales internacionales sino a sentencias extranjeras y que dio lugar a la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, aprobada en 1958 y que entró en vigor el siete de junio de 1959 con el depósito del tercer instrumento de ratificación.

---

<sup>14</sup> González de Cossío. **Ob. Cit**, pág. 20, 21.



Sea por efecto de la Convención de Nueva York la cual ha sido decisiva en el desarrollo del arbitraje comercial internacional, sea también por las objeciones doctrinarias, lo cierto es que la deslocalización jurídica del arbitraje internacional no parece responder a la realidad ni ha ganado adeptos numerosos.

Además, la deslocalización tiene el inconveniente práctico muy relevante de dejar al Tribunal Arbitral sin un tribunal judicial de apoyo, esto es, al que recurren los árbitros o las partes para la ejecución de medidas preliminares, cautelares o de prueba, durante el trámite del arbitraje.

Sin perjuicio de ello, una cierta deslocalización del arbitraje internacional parece reconocerse y con ello produce algunos efectos: Por un lado algunas legislaciones estatales admiten la renuncia a todos los recursos, siempre y cuando el laudo no afecte intereses ubicados en el país sede, y algunos autores ha señalado que algunos efectos de la deslocalización del laudo pronunciado en un arbitraje internacional se advierte en la admisión de la ejecución de un laudo a pesar de su anulación dictada en el país sede; criterio que se ha extendido más allá de Francia.

En la doctrina también se señala que la legislación francesa se encamina francamente a una desnacionalización del arbitraje internacional.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Fouchard- Gaillard-Goldman. **Ob. Cit**, pág. 49.



Finalmente, algunos apuntan que el arbitraje por Internet es necesariamente deslocalizado: árbitros virtuales, ciber-tribunales, no tienen una sede real. Pero esto es confundir las cosas; la sede es un concepto jurídico y exterioriza la relación entre el arbitraje y un ordenamiento jurídico sin que tenga relevancia alguna el contacto físico de las partes o los árbitros con el territorio del país sede.

#### e) Noción e importancia del arbitraje internacional

Conviene detenerse en la extraordinaria difusión que experimenta el arbitraje comercial internacional en nuestros días e indagar sus causas.

Para Caravaca y Fernández de la Gándara “Es efectivamente el medio más utilizado para resolver diferencias jurídicas que surgen de las relaciones comerciales internacionales. Ocho o nueve de cada diez contratos internacionales contiene una cláusula compromisoria”<sup>16</sup>

La calificación de arbitraje internacional dependerá de que los elementos que lo componen tengan relación con un solo Estado, o que se vinculen con más de uno.

El arbitraje será comercial cuando trata de materia comercial “el conjunto de relaciones jurídicas que derivan de actos que la ley considera comerciales.”

---

<sup>16</sup> Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Fernández de la Gándara, Luis. **El arbitraje comercial internacional**, pág. 38-39.



No existe una posición uniforme entre los doctrinarios, respecto cuáles son los factores que determinan en un caso concreto la internacionalización del arbitraje.

Así se hace prevalecer tanto el lugar donde el laudo haya sido dictado, como el domicilio o la nacionalidad de las partes, el domicilio de los árbitros, etcétera.

La Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) en el Artículo 1º define un arbitraje como internacional si se da cualquiera de los siguientes factores:

- a) Si las partes tienen al momento de celebrar el acuerdo arbitral sus establecimientos en Estados diferentes;
- b) Si uno de los lugares subsiguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos;
  - i) El lugar del arbitraje, si éste ha sido determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo a él;
  - ii) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o
  - iii) Si las partes han convenido expresamente que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje esté relacionada con más de un Estado.

La ley modelo define como internacional un arbitraje si las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en



Estados diferentes (párrafo 3 del artículo 1). La inmensa mayoría de situaciones que suelen considerarse internacionales responden a ese criterio.

La ley modelo establece un régimen jurídico especialmente adaptado al arbitraje internacional, basado en la territorialidad para calificar a un arbitraje como internacional.

Según Juan M. Farina citado por Roque J. Caivano “la inexistencia de un tribunal arbitral internacional que brinde la posibilidad de someter a su jurisdicción los conflictos derivados del tráfico mercantil internacional, es una de las principales causas por las que quienes comercian más allá de sus fronteras hayan optado desde antiguo por la utilización del sistema arbitral para dirimir sus litigios. Parece obvio: las partes tienen una natural desconfianza a someterse a los tribunales estatales del país a que pertenece cada una de ellas. Nadie quiere litigar ante los jueces naturales de su parte contraria.”<sup>17</sup>

El principal carácter del arbitraje internacional es que sus usuarios no pueden ni quieren someterse a un régimen nacional apremiante, que trate del procedimiento, del Derecho aplicable al fondo del litigio o hasta del juez competente.

---

<sup>17</sup> Caivano, Roque J. **Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos**, pág. 85-86.



Internacionalmente, las empresas le encuentran diversas ventajas: una mejor respuesta a los problemas técnicos; el deseo de una mayor rapidez del procedimiento, la búsqueda de la confidencialidad en los negocios y también el beneficio que los tratados internacionales otorgan al laudo arbitral extranjero o internacional, un efecto del cual las decisiones judiciales sólo gozan en virtud de las convenciones diplomáticas bilaterales. Cuando surge un litigio en relación con un laudo arbitral internacional o en su ejecución, el poder del juez es mucho menor que tratándose de arbitraje interno: en efecto, en virtud de la Convención de Nueva York, aquél debe limitar su misión a la verificación, principalmente de la existencia de una cláusula arbitral, la composición correcta y la independencia del tribunal arbitral, la aplicación objetiva de un procedimiento contradictorio y eventualmente, el respeto de los principios de orden público aceptados internacionalmente.

Es por el interés de las empresas que prospera el arbitraje comercial internacional. No sólo buscan la confidencialidad y la prudencia en los negocios, sino también establecer cierto equilibrio en las prestaciones, una apertura hacia la pluralidad de culturas, una moderación de la potencia financiera o industrial, la independencia en relación con el poder el Estado. De forma general, buscan un mínimo de seguridad en un mundo peligrosamente aleatorio en que la suspicacia predomina a menudo sobre la confianza, y en el que los litigios comerciales están a veces influenciados y agravados por el interés nacional.



Tras los años, el arbitraje internacional se ha transformado en una especie de servicio público, especialmente cuando se celebra bajo la tutela de instituciones de conocida honorabilidad y por juristas independientes y confirmados.

El arbitraje no es sólo una expresión de la libertad en las relaciones entre las partes, también es una forma de libertad en la elección del modo de solución del litigio. Se desarrolla bajo el signo de la competición. Las partes tienen el poder de escoger las reglas según las cuales se solucionarán sus litigios y que servirán también para dirigir todo el procedimiento, empezando por escoger los árbitros. Ciertos arbitrajes se realizan en el seno de zonas geográficas precisas entre compañías que tienen semejanzas económicas y culturales. Pero mayor parte del tiempo, el arbitraje es una actividad totalmente internacional, dominada por una competencia sana entre empresas, centros de arbitraje y juristas.





## CAPÍTULO II

### 2. La tradición jurídica romano canónica

#### 2.1 Tres tradiciones legales

En el mundo contemporáneo hay tres tradiciones legales muy influyentes: el derecho civil, el derecho común y el derecho socialista.

Merryman<sup>18</sup> hace la distinción entre el término “tradición legal” del término “sistema legal”. Un sistema legal, es un conjunto operativo de instituciones, procedimiento y reglas legales. En este sentido, hay un sistema federal y cincuenta sistemas estatales legales en los Estados Unidos, sistemas legales separados en cada una de las otras naciones y aun otros sistemas legales distintos en organizaciones tales como la Comunidad Económica Europea y las Naciones Unidas. En un mundo organizado en estados soberanos y en organizaciones de estados, hay tantos sistemas legales como estados y organizaciones.

Los sistemas legales nacionales se clasifican con frecuencia en grupos o familias. Por ejemplo, los sistemas legales de Inglaterra, Nueva Zelanda, California y Nueva York se llaman sistemas de “derecho común” y hay buenas razones para agruparlos en esta forma. Pero no debe sugerirse que tengan instituciones, procesos y reglas legales idénticas.

---

<sup>18</sup> Merryman, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**, pág.15.



Por el contrario hay gran diversidad entre ellos, no sólo en sus reglas de derecho sustantivo, sino también en sus instituciones y procedimientos.

De igual modo, Francia, Alemania, Italia y Suiza tienen sus propios sistemas legales, como los tienen Argentina, Brasil y Chile. Es cierto que frecuentemente se les llama naciones de “derecho civil”. Pero es importante reconocer que hay grandes diferencias entre los sistemas legales que operan en estos países, los que tienen reglas, procedimientos e instituciones legales muy diferentes.

Afirma Zarate que: “no existe una propuesta ideal de clasificación de familias jurídicas; incluso su misma denominación varía en forma notable, dependiendo del autor consultado, al igual que la membresía de algunos sistemas en una u otra familia.”<sup>19</sup>

Tales diferencias entre los sistemas legales reflejan el hecho de que, durante varios siglos, el mundo ha sido dividido en estados individuales, bajo condiciones que han subrayado la importancia de la soberanía estatal y alentando un énfasis nacionalista en las características y tradiciones nacionales. En este sentido, no existe nada que pueda llamarse el sistema del derecho civil, el sistema del derecho común o el sistema del derecho socialista. Existen muchos sistemas legales diferentes dentro de cada uno de

---

<sup>19</sup> Zarate, José Humberto. **Sistemas jurídicos contemporáneos**, pág. 6.



estos tres grupos o familias de sistemas legales. Pero el hecho de que se agrupen diferentes sistemas legales bajo un rubro tal como el del “derecho civil”, por ejemplo, indica que tienen algo en común, algo que los distingue de los sistemas legales clasificados como “derecho común” o “derecho socialista”. Es esta comunión peculiar lo que se llama aquí la tradición legal y la que nos permite hablar de los sistemas legales de Francia y Alemania (y muchos otros) como sistemas de derecho civil.

Como lo implica el término, una tradición legal no es un conjunto de reglas de derecho acerca de los contratos, las sociedades anónimas y los delitos, aunque tales reglas serán casi siempre, en cierto sentido, un reflejo de esa tradición. Es más bien un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho. La tradición legal relaciona el sistema legal con la cultura de la que es una expresión parcial. Ubica el sistema legal dentro de la perspectiva cultural.

Dentro de la gran diversidad de tradiciones legales existentes, las tres mencionadas antes tienen un interés particular porque están en vigor en naciones poderosas, tecnológicamente avanzadas, y porque han sido exportadas, con mayor o menor efecto, a otras partes del mundo. De las tres, la tradición del derecho civil es la más antigua y



difundida. La fecha tradicional de su origen es el año 450 A.C., supuesta fecha de publicación de las XII tablas en Roma. Es ahora la tradición legal dominante en la mayor parte de Europa occidental, toda América Latina, muchas partes de Asia y África, e incluso algunos enclaves dentro del derecho común (Luisiana, Quebec y Puerto Rico). Fue la tradición legal dominante en Cuba y otras naciones de Europa oriental, y continúa ejerciendo una influencia importante sobre los sistemas legales socialistas. El derecho civil fue la tradición legal familiar para los políticos-académicos de Europa occidental creadores del derecho internacional. Las cartas básicas y el continuo desarrollo legal y operación legal de las comunidades europeas son obra de personas instruidas en la tradición del derecho civil. Resulta difícil exagerar la influencia de la tradición del derecho civil sobre el derecho de naciones específicas, el derecho de las organizaciones internacionales y el derecho internacional.

En el mundo del derecho común no estamos acostumbrados a pensar en estos términos. Por lo tanto, conviene repetir que la tradición del derecho civil es la más antigua, más difundida y más influyente que la tradición del derecho común. En estos sentidos, por lo menos, es más importante. Debe añadirse que muchas personas creen que el derecho civil es culturalmente superior al derecho común, en su opinión relativamente rudimentario y mal organizado. La cuestión de la superioridad carece realmente de importancia. Los juristas refinados del derecho comparado de ambas tradiciones abandonaron hace mucho tiempo las discusiones sobre la superioridad o inferioridad relativas. Pero resulta interesante el hecho de que muchas personas



piensen que su sistema legal es superior al nuestro. Esa actitud ha pasado a formar parte de la tradición del derecho civil.

La fecha que suele usarse para marcar el inicio de la tradición del derecho común es el año de 1066, cuando los normandos derrotaron a los nativos defensores en Hastings y conquistaron Inglaterra. Si aceptamos esa fecha, concluiremos que la tradición del derecho común es un poco más de 900 años más vieja. Conviene recordar que, cuando se publicó en Constantinopla el Corpus Juris Civilis de Justiniano, en el año de 533, la tradición del derecho civil, de la que forma parte importante, era ya más antigua que el derecho común en la actualidad. Sin embargo, a resultas de la notable expansión y desarrollo del imperio británico durante la época del colonialismo y el imperio, el derecho común tuvo una amplia difusión. Es ahora la tradición legal vigente en Gran Bretaña, Irlanda, Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, y ha ejercido gran influencia sobre el derecho de muchas naciones de Asia y de África.

El hecho de que estas tres tradiciones legales tengan un origen europeo debe hacernos meditar. Por supuesto, hay muchas otras tradiciones legales en el mundo de hoy, y se están formando otras nuevas. El dominio de las tres tradiciones que se han mencionado es el resultado directo del imperialismo de Europa occidental en los siglos anteriores y del imperialismo soviético en el siglo pasado (así como la dominación del derecho romano en una época anterior fue un producto del imperialismo romano).



Así pues, hay muchas naciones importantes que no pueden incluirse en ninguna de estas tres grandes tradiciones legales. Se cree generalmente, por ejemplo, que incluso dentro de Europa occidental existen los sistemas legales escandinavos como algo aparte de las tradiciones del derecho civil y del derecho común. Una gran parte del mundo está sujeta al derecho islámico y otras tradiciones legales de orientación religiosa ejercen gran influencia en otras partes del mundo. En gran parte de África y en muchos lugares de Asia, existen tradiciones legales autóctonas a menudo restringidas a áreas geográficas o grupos tribales relativamente pequeños. La mayoría de estas tradiciones han experimentado, o están experimentando, cierto contacto con los principales sistemas legales de otras partes del mundo y el resultado es frecuentemente un estado inestable de coexistencia cuya naturaleza final no es todavía evidente.

## 2.2 Derecho civil romano, derecho canónico y derecho mercantil

### a) Derecho civil romano

La tradición del derecho civil es una combinación de varias subtradiciones distintas, con orígenes separados y desarrollos en diferentes periodos de la historia. Estas subtradiciones serán descritas en los rubros siguientes: derecho civil romano, derecho canónico, derecho mercantil, la revolución y la ciencia jurídica. Un breve análisis de cada uno de estos rubros constituye un resumen del desarrollo histórico de la tradición del derecho civil, que indica algo de su complejidad.



Según Wolff “la más antigua de las subtradiciones deriva directamente del derecho romano compilado y codificado bajo Justiniano en el siglo VI. Incluye el derecho de las personas, la familia, la herencia, la propiedad, los delitos, el enriquecimiento injustificado y los contratos y los remedios que protegen judicialmente los intereses de estas categorías. Aunque las reglas efectivamente vigentes han cambiado desde 533, a menudo en forma drástica, los tres primeros libros de las Institutas de Justiniano (De Personas, De cosas, De obligaciones) y los principales códigos civiles del siglo XIX se ocupan sustancialmente de los mismos conjuntos de problemas y relaciones, y el área sustantiva que abarcan es lo que un abogado civilista llama el “derecho civil”.<sup>20</sup>

La creencia de que este grupo de temas es un cuerpo coherente de derecho que constituye el contenido fundamental del sistema legal está profundamente arraigada en Europa y las otras partes del mundo que han recibido la tradición del derecho civil, y es una de las principales marcas distintivas de lo que los abogados comunes llaman el sistema del derecho civil. La expansión de la actividad gubernamental y la importancia creciente del derecho público no han alterado profundamente esta perspectiva. El “derecho civil” es todavía el derecho fundamental para la mayoría de los abogados civiles. De aquí surge un problema de terminología. Los abogados comunes usan el término “derecho civil” para referirse a todo el sistema legal de las naciones que siguen la tradición del derecho civil. Pero la terminología legal de los abogados de tal jurisdicción usa “el derecho civil” para referirse a la porción del sistema legal que

---

<sup>20</sup> Wolff, Hans Julius. **Roman Law: An historical introduction**, pág. 68.



acabamos de describir. En este capítulo se usará el término de “derecho civil romano” para referirnos a esa parte del derecho.

Justiniano, un emperador romano que residía en Constantinopla, tuvo dos motivaciones principales cuando ordenó la preparación, bajo la dirección del jurista Triboniano, de lo que se llama ahora el Corpus Juris Civilis. Primero, era un reaccionario: consideraba decadente el derecho romano contemporáneo; trataba de rescatar el sistema legal romano de varios siglos de deterioro y devolverle su pureza y su grandeza de otros tiempos. Segundo, era un codificador: la masa de materiales autorizados y semiautorizados se había vuelto tan grande, e incluía tantos refinamientos y puntos de vista diferentes, que Justiniano estimó conveniente eliminar lo que estuviera errado o fuera oscuro o repetitivo; resolver conflictos y dudas; y organizar lo que conviniera conservar en alguna forma sistemática. En particular le preocupaba a Justiniano el número, la extensión y la diversidad de los comentarios y tratados escritos por académicos legales (jurisconsultos). Trató de abolir la autoridad de quienes no fuesen los más grandes jurisconsultos del periodo clásico, y hacer innecesaria la redacción de más comentarios o tratados.

Tras la publicación del Corpus Juris Civilis, Justiniano prohibió toda nueva referencia a las obras de los jurisconsultos. Las obras que aprobó fueron incluidas en el Corpus Juris Civilis, y en adelante debería hacerse referencia a ese ordenamiento, no a las autoridades originales. También prohibió la elaboración de comentarios sobre la compilación misma. En otras palabras, trató de abolir todo el derecho anterior, excepto el incluido en el Corpus Juris Civilis, y decidió que lo que se encontraba en su



compilación sería adecuado para la solución de los problemas legales sin el auxilio de nuevas interpretaciones o comentarios de los juristas. Quemando algunos de los manuscritos reunidos por Triboniano, pudo hacer más efectiva su prohibición de que se citaran autoridades originales. La prohibición de citas de obras no incluidas en el Corpus Juris Civilis destruyó efectivamente una cantidad material mayor aún, ya que disminuyó naturalmente el interés por la preservación y la copia de las obras de los jurisconsultos que las habían producido. En cambio, fue menos eficaz su disposición de que no se hiciesen comentarios sobre la compilación, ya que se desobedeció durante su propia vida.

El Corpus Juris Civilis de Justiniano no se limitaba al derecho civil romano. Incluía muchas cosas referentes al poder del emperador, a la organización del imperio y a una diversidad de otras materias que los abogados de hoy clasificarían como derecho público. Pero la parte de la compilación de Justiniano que se ocupa del derecho civil romano es la parte que ha sido objeto del estudio más intenso y se ha convertido en la base de los sistemas legales del mundo de derecho civil. Otras partes de la compilación de Justiniano han sido estudiadas y usadas con menor cuidado porque han parecido menos aplicables a los problemas de otros pueblos y gobiernos en otros lugares y épocas. En todo caso, la parte del Corpus Juris Civilis dedicada al derecho civil romano es con mucho la mayor. El Corpus Juris Civilis cayó en desuso con la caída del Imperio Romano. Los invasores aplicaron versiones del derecho civil romano más rudimentarias, menos refinadas, a los pueblos de la península italiana. Los invasores también trajeron consigo sus propias costumbres legales germánicas, las que se aplicaban a ellos mismos pero no a los pueblos conquistados, siguiendo la regla de que



el derecho de la nacionalidad de una persona la seguía a donde quiera que fuese. Sin embargo, en algunas partes de Italia, el sur de Francia y la Península Ibérica, empezó a realizarse una fusión de ciertas leyes tribales germánicas con las instituciones legales autóctonas. Esto produjo, a lo largo de los siglos, lo que llaman todavía los europeos el derecho romano “vulgarizado” o “barbarizado”, algo que ahora interesa principalmente a los historiadores del derecho.

Al retornar la luz a Europa, al recuperar los europeos el control del mar Mediterráneo, y al iniciarse ese periodo extraordinario de febril resurgimiento intelectual y artístico llamado Renacimiento, reapareció un interés intelectual y académico por el derecho. Se acepta generalmente que lo que los civilistas suelen llamar “el resurgimiento del derecho romano” se inició en Bolonia, Italia, a fines del siglo XI. Sin embargo, en el siglo IX en el Imperio Romano de Oriente, hubo un resurgimiento anterior del interés por el Corpus Juris Civilis, que condujo a la publicación (en griego) de una compilación llamada la Basilica. La Basilica ejerció una influencia general mucho menor que la del resurgimiento italiano posterior, pero siguió siendo en Grecia una fuente importante del derecho civil, hasta la adopción del primer código civil griego después de la segunda Guerra Mundial.

Fue en Bolonia donde apareció la primera universidad europea moderna, y el derecho era uno de los temas de estudio más importantes. Pero el derecho que se estudiaba no era el derecho romano barbarizado que había estado vigente bajo los invasores germánicos. Tampoco era el cuerpo de reglas promulgadas o consuetudinariamente



seguidas por los pueblos locales, los gremios mercantiles o las pequeñas soberanías.

El derecho estudiado era el Corpus Juris Civilis de Justiniano.

Había varias razones para esta atención al Corpus Juris Civilis y la omisión de otros cuerpos de derecho existentes. Primero, en la Italia del siglo XII era muy fuerte y real la concepción de un Sacro Imperio Romano. Justiniano era considerado como un Sacro Emperador romano, y su Corpus Juris Civilis era tratado como una legislación imperial. Por lo tanto, tenía la autoridad del Papa y del emperador temporal detrás de sí. Esto lo volvía muy superior, en fuerza y alcance, a la legislación de un príncipe local. Segundo, los juristas reconocían la alta calidad intelectual del Corpus Juris Civilis. Veían que ésta obra, llamada por ellos la “razón escrita”, era superior a las compilaciones barbarizadas que se habían puesto en vigor bajo la invasión germánica. El Corpus Juris Civilis no tenía sólo la autoridad del Papa y el emperador, sino también la autoridad de una civilización y una inteligencia obviamente superiores.

Bolonia y las otras universidades del norte de Italia se convirtieron en el centro del derecho del mundo occidental. De toda Europa acudían los hombres a estudiar el derecho que se enseñaba en las universidades italianas. El derecho estudiado era el Corpus Juris Civilis, y el idioma común del estudio era el latín. Varias escuelas de pensamiento se impusieron sucesivamente en cuanto al procedimiento apropiado para el estudio y la explicación del Corpus Juris Civilis. Especialmente prominentes por sus concepciones del derecho y sus estilos de enseñanza, eran los grupos de académicos conocidos como los Glosadores y los Comentaristas, quienes produjeron una literatura inmensa que por sí misma se convirtió en objeto de estudio y discusión y llegó a tener



gran autoridad. Quienes habían estudiado en Bolonia regresaron a sus países y establecieron universidades donde enseñaban y estudiaban el derecho del Corpus Juris Civilis de acuerdo con el estilo de los Glosadores y los Comentaristas. En esta forma, el derecho civil romano y las obras de los Glosadores y Comentaristas se convirtieron en la base de un derecho común de Europa, el que ahora llaman el jus commune los historiadores del derecho. Había un cuerpo común de derecho y de escritos acerca del derecho, un lenguaje legal común y un método común de enseñanza e investigación.

Con el surgimiento del estado nacional y el crecimiento del concepto de la soberanía nacional sobre todo a partir del siglo XV, y con la declinación del Sacro Imperio Romano hasta la categoría de una mera ficción, terminó la época del jus commune- de un derecho común de Europa- y se inició el período del derecho nacional. En algunas partes de Europa (por ejemplo en Alemania), el derecho civil romano y las obras de los académicos boloñeses se “recibieron” formalmente como el derecho obligatorio. (Los civilistas usan el término “recepción” para resumir el proceso por el que los estados nacionales del mundo de derecho civil incluyeron el jus commune en sus sistemas legales nacionales). En otras partes de Europa fue menos formal la recepción; el Corpus Juris Civilis y las obras de los Glosadores y los Comentaristas se recibieron por su valor como derecho consuetudinario o por su atractivo como un sistema intelectualmente superior. Pero por un medio u otro, el derecho civil romano fue recibido en una gran parte de Europa occidental, en las naciones que albergan ahora la tradición del derecho civil.



Finalmente, en el siglo XIX los principales estados de Europa occidental adoptaron códigos civiles (y otros códigos), cuyo arquetipo es el Código de Napoleón de 1804. El contenido de estos códigos civiles era casi idéntico al contenido de los tres primeros libros de las Institutas de Justiniano y el componente de derecho civil del jus commune de la Europa medieval. Los conceptos principales tenían la naturaleza del derecho romano y del derecho común medieval, y la organización y la estructura conceptual eran similares. Un código civil europeo o latinoamericano de la actualidad revela claramente la influencia del derecho romano y su resurgimiento medieval. El derecho civil romano resume la parte más antigua, más continua y ampliamente estudiada y (en opinión de los civilistas) más básica de la tradición del derecho civil.

A menudo se afirma que el derecho romano fue la mayor contribución de Roma a la civilización occidental, y los modos de pensamiento romanos se han filtrado ciertamente en todos los sistemas legales occidentales. En este sentido, todos los juristas occidentales son juristas romanos. Pero en las naciones de derecho civil la influencia del derecho civil romano es mucho más generalizada, directa y concreta que en el mundo del derecho común. Los norteamericanos no han tenido la recepción del derecho romano.

#### b) Derecho canónico

El segundo componente más antiguo de la tradición del derecho civil es el derecho canónico de la Iglesia católica. La Iglesia elaboró este cuerpo de derecho y procedimiento para su propio gobierno y para regular los derechos y obligaciones de



sus fieles. Así como el derecho civil romano era el derecho universal del Imperio temporal, directamente asociado a la autoridad del emperador, el derecho canónico era el derecho universal del cambio espiritual, directamente asociado a la autoridad del Papa. Cada uno de estos derechos tenía su propia esfera de aplicación, y existía un conjunto separado de tribunales para cada uno: los tribunales civiles para el derecho civil romano y los tribunales eclesiásticos para el derecho canónico. Sin embargo, había una tendencia a una superposición de las jurisdicciones, y antes de la Reforma era común encontrar tribunales eclesiásticos que ejercían la jurisdicción civil, sobre todo en lo tocante al derecho familiar y a las sucesiones, así como la jurisdicción sobre ciertos tipos de delitos. El derecho canónico surgió a principios de la era cristiana y tiene una historia fascinante, que incluye documentos falsificados que durante siglos se consideraron genuinos. Se reunieron varias colecciones y diversos arreglos de materiales del derecho canónico, y para la época del resurgimiento boloñés podía estudiarse un cuerpo sustancial del derecho boloñés escrito.

Según Wigmore “el estudio del derecho canónico se unió al estudio del derecho civil romano en las universidades italianas, y el grado otorgado a un estudiante que completara todo el programa de estudios era el de Juris Utriusque Doctor, o Doctor en ambos Derechos, por referencia al derecho civil y al derecho canónico (el grado J.U.D. se otorga todavía en algunas universidades del mundo de derecho civil). En virtud de que ambos se estudiaban juntos en las universidades italianas, ambos tendían a influirse recíprocamente; y el derecho canónico, al igual que el derecho civil, ayudó a la formación del jus commune que más tarde recibieron los estados europeos. El derecho canónico influyó al jus commune principalmente en las áreas del derecho familiar y



sucesorio (ambas partes del derecho civil romano), el derecho penal y el derecho procesal. Cuando se privó de su jurisdicción civil a los tribunales eclesiásticos de Europa, muchos de los principios e instituciones, sustantivos y procesales, que éstos habían desarrollado habían sido adoptados por los propios tribunales civiles.”<sup>21</sup>

Este jus commune del derecho civil romano y el derecho canónico era el derecho generalmente aplicable en Europa. Por supuesto, había también una parte importante de derecho local, en parte consuetudinario y en parte en forma de legislación establecida por los príncipes, los señores, los pueblos o las comunas. En general se consideraba que tal derecho tenía una naturaleza excepcional y sólo poseía un interés local. El investigador jurídico concentraba su atención en el jus commune , antes que en las variaciones locales. Pero el derecho local tuvo algún efecto sobre el desarrollo del jus commune. Muchos de los profesores e investigadores jurídicos más importantes eran también abogados practicantes en contacto constante con el derecho en práctica. Lo que ellos consideraban un derecho consuetudinario y local, sobre todo en campos como el derecho penal, donde el derecho romano estaba subdesarrollado o se consideraba inaplicable, ayudaba a formar sus ideas acerca del jus commune. Al mismo tiempo, su inclinación académica y su convicción de la superioridad del derecho civil romano afectaban fuertemente el desarrollo del derecho local. Ambos derechos tendían a converger en los lineamientos favorecidos por los académicos.

La recepción del jus commune en las naciones europeas despertó finalmente un interés nacionalista por la identificación y la preservación –y en algunos casos la glorificación-

---

<sup>21</sup> Wigmore, John Henry. *A panorama of the world's legal systems*, pág. 35.



de las instituciones legales nativas. Las costumbres de las diversas regiones francesas legalmente clasificadas como regiones de derecho consuetudinario, por oposición a las costumbres de las regiones generalmente clasificadas como regiones de derecho escrito, donde el derecho romano era la influencia dominante- se convirtieron en una fuente de orgullo nacional e interés académico a medida que Francia se convertía en un estado nacional consciente de sí mismo. Después de la Revolución se hizo un esfuerzo para incluir, durante la codificación, algunas instituciones tomadas de las costumbres en el nuevo orden legal centralizado. En Alemania surgió, durante el trabajo preparatorio de codificación, una disputa entre los “germanistas” y los “romanistas”, y el proyecto de un código civil, originalmente propuesto para la Alemania unificada, fue rechazado por la oposición de los germanistas. Su protesta sostenía que el proyecto era puramente romano en forma y sustancia, en detrimento de las instituciones legales nativas, y lograron imponer una revisión que tratara de dar al código un aire más alemán, menos romano.

En estas y otras formas, el desarrollo de un sistema legal nacional en cada una de las grandes naciones europeas asumió ciertas características directamente imputables al deseo de identificar, perpetuar y glorificar las instituciones legales nativas. En efecto, esta tendencia es una de las razones principales de las diferencias sustanciales existentes entre los sistemas de derecho civil contemporáneos. Pero lo que une a tales naciones es el hecho de que estas instituciones legales nativas se han combinado con la forma y la sustancia del derecho civil romano, bajo influencia del jus commune. La influencia romana es muy grande; la contribución legal nativa, sin dejar de ser sustancial, tiene generalmente una importancia secundaria. No se ocupa de cuestiones



tales como las actitudes y las nociones legales básicas, ni de la organización y el estilo del orden legal. Esto se toma de la tradición del derecho civil romano, más antigua, más desarrollada y refinada.

### c) El Derecho Mercantil

La tercera subtradición, al lado del derecho civil romano y del derecho canónico, es la del derecho mercantil. Es obvio que cierta forma del derecho mercantil es tan antigua como el comercio, pero el derecho mercantil de Europa occidental (y también el derecho mercantil del mundo de derecho común) experimentó su desarrollo principal en Italia en el momento de las Cruzadas, cuando el comercio europeo recuperó el dominio del área mediterránea. Los comerciantes italianos formaron gremios y establecieron reglas para la gestión de asuntos comerciales. Los pueblos italianos medievales se convirtieron en centros comerciales, y las reglas desarrolladas en estos pueblos –en particular Amalfi, Génova, Pisa y Venecia- influyeron en el desarrollo del derecho mercantil. Al revés de lo que ocurría con el derecho civil romano y con el derecho canónico, que eran librescos y estaban dominados por los académicos, el derecho mercantil era la creación pragmática de hombres prácticos ocupados en el comercio. La interpretación y aplicación del derecho mercantil se realizaba en tribunales mercantiles donde los jueces eran comerciantes. Las necesidades del comercio y los intereses de los comerciantes, no la compilación de Justiniano ni las de los canonistas, eran las fuentes principales de este derecho.



Estas tres subtradiciones de la tradición del derecho civil –el derecho civil romano, el derecho canónico y el derecho mercantil- son las principales fuentes históricas de los conceptos, las instituciones y los procedimientos de la mayor parte del derecho privado y del derecho procesal, y de gran parte del derecho penal de los sistemas del derecho civil modernos. En forma actual, afectada por el derecho revolucionario y la ciencia jurídica, estas subtradiciones se materializan en los cinco códigos básicos que suelen encontrarse en una jurisdicción de derecho civil: el código civil, el código mercantil, el código de procedimientos civiles, el código penal y el código de procedimientos penales.



## CAPÍTULO III

### 3. El sistema anglosajón y el derecho común

#### 3.1 El derecho común inglés

##### a) Formación histórica

##### a.1) Imperio romano

A mediados del siglo I antes de Cristo, la antigua Roma republicana, próxima a transformarse en imperio, inició las primeras exploraciones de la parte sur de Inglaterra, así como una dominación sobre hostiles tribus celtas que duraría cuatro siglos.

A pesar de las numerosas huellas dejadas por la cultura romana, principalmente su lenguaje y su sistema de caminos, el derecho romano no logró enraizar en la tradición jurídica local, y su ocaso fue paralelo al abandono de la isla por parte de las legiones romanas al comenzar el siglo V después de Cristo.

Junto con los romanos, la estabilidad que brindaba el Imperio partió igualmente, y sucesivas invasiones teutónicas atomizaron la composición social de Inglaterra. Así, los celtas y algunos misioneros cristianos fueron forzados a coexistir con comunidades tribales de anglos, sajones y daneses bajo un derecho no escrito de carácter consuetudinario, acorde con los usos y tradiciones germánicos, y aplicado con variantes locales por los terratenientes a sus respectivos siervos.



## a.2) Conquista normanda

En el siglo XI de nuestra era, el duque Guillermo de Normandía reclamó la sucesión al trono de Inglaterra a Harold Harefoot. Con su victoria, el nuevo rey estableció un poder centralizado en Westminster, desde donde gobernó también sus posesiones continentales, y a efecto de consolidar su dominio, se abstuvo de influir en la mayor parte del desorganizado conjunto de costumbres locales que constituía el derecho inglés.

La única área que Guillermo innovó, más por razones políticas que jurídicas, fue relacionada con la propiedad agraria. Primeramente, confiscó todas las tierras que integraban su recién conquistado reino, se reservó la propiedad originaria en su calidad de soberano, y después repartió la propiedad limitada entre sus seguidores, según su lealtad y servicios prestados en batalla, exigiéndoles nuevos juramentos de fidelidad. Con ello, además de fortificar su autoridad central, saldó las deudas originadas por su conquista y realizó un minucioso inventario de sus posesiones inglesas, lo que posteriormente permitió una eficiente recolección de impuesto sobre tierras.

Guillermo conservó igualmente el carácter de juzgador supremo del reino. Si bien los asuntos locales ordinarios se reservaron para los cortes de los condados, los litigios de trascendencia especial eran resueltos por el rey en persona en Westminster, o por su centralizada organización de gobierno conocida como Curia del Rey (*Curia Regis*), compuesta por los consejeros más cercanos al rey.



### a.3) Desarrollo del derecho común y sus cortes

Durante los siguientes tres siglos, las atribuciones judiciales de la Curia del Rey adoptaron formas más institucionales con la creación de tres cortes reales, que impartían justicia en casos excepcionales y no factibles de ser resueltos por los tribunales locales, y que no dependían de la presencia física del monarca para el ejercicio de su labor, lo que permitió el desarrollo de un derecho general a todo el reino, conocido posteriormente como derecho común, para distinguirlo del derecho local de los condados.

Estas cortes reales de excepción eran: la Corte del Tesoro, con una amplia jurisdicción inicial que gradualmente se limitó a litigios fiscales; la Corte de las Causas Comunes, que conocía de litigios sin un interés directo para el rey, generalmente en asuntos de deudas civiles y reclamos de contratos relacionados con propiedad inmueble; y el Tribunal del Rey, con jurisdicción sobre asuntos que atañían directamente al rey o afectaban a su corona, especialmente en materia penal.

La actividad de las cortes reales, por su carácter de excepción que no permitía conocer de cualquier asunto, se fundaba en un sistema de mandatos judiciales conocidos como writs, el cual limitaba la impartición de justicia en forma bastante similar al antiguo sistema formulario romano, dado que no era reconocido un derecho o una acción si no existía disponible un writ expreso para el caso, de entre una lista de aproximadamente 50. La lógica de esta limitante radicaba en el carácter real de las cortes, el cual confería



a los mandatos la naturaleza de órdenes provenientes del propio rey, sin cuya autorización teórica simbolizada en el writ, ningún juzgador daría entrada a un asunto.

Dicha situación desarrolló un principio jurídico muy característico de la familia del derecho común, según el cual las formas adjetivas preceden a los derechos sustantivos, por lo que éstos quedan indefensos en caso de inexistencia de las primeras.

A efecto de dar cierta flexibilidad a un sistema tan rígido, se optó por tres soluciones prácticas: 1) incrementar el número de writs disponibles, con la restricción de emular y no contradecir los ya existentes; 2) crear ficciones jurídicas en los casos concretos, lo cual permitía la invocación de un writ en la solución de las circunstancias imaginarias y, en consecuencia, el conocimiento del asunto real por parte del juez; y finalmente 3) el conocimiento del caso por parte de un juez, en atención a las circunstancias particulares del asunto, lo que se denominó acciones sobre el caso (actions on the case).

#### a.4) La carta magna

No obstante su rigidez, las cortes reales expandieron progresivamente su influencia sobre las cortes locales, debido a la preferencia de los litigantes por formas procesales más justas y confiables que las costumbres germánicas de ordalías y juramentos.



Según Pound<sup>22</sup>, esta tendencia agravó seriamente a los barones feudales, puesto que, además de reducir sus ingresos por concepto de costas judiciales, debilitó su poder jurisdiccional. Por ello, y con el apoyo del clero, en 1215 obligaron al entonces rey Juan Sin Tierra a celebrar un convenio conocido como la Carta Magna, a efecto de garantizar diversos privilegios feudales. En un claro reflejo de la mentalidad jurídica de la época, la Carta Magna se elaboró como una formulación de los diversos deberes del rey, en su calidad de propietario originario de la tierra, con los barones feudales, en su carácter de principales arrendatarios de dichas posesiones rurales.

Este primer documento constitucional de Inglaterra, sin embargo, no debió su trascendencia a las muy variadas estipulaciones reconocidas a los barones feudales, sino a los pocos derechos que protegían a los súbditos ordinarios. Tal es el caso de los principios de libertad de tránsito dentro del reino reconocida a todos los súbditos, de libertad de comercio, de seguridad jurídica de personas y bienes contra cualquier acto procesal contrario a derecho, del acuerdo del reino y no sólo del rey para la imposición de nuevos impuestos, y del derecho de los hombres libres a ser juzgados por sus iguales de acuerdo con las “leyes de la tierra”, lo cual reafirmó la antigua práctica prenormándica de los jurados. La Carta Magna fue complementada en su carácter limitante de poder real y su sistema de tribunales por el llamado Segundo Estatuto de Westminster, por el cual se prohibió la expansión de la jurisdicción de las cortes reales y la creación de nuevos writs, salvo aquellos que creara el Parlamento.

---

<sup>22</sup> Roscoe, Pound. *The spirit of the common law*, pág. 25.



a.5) Derecho de equidad (equity).

A principios del siglo XV las cortes reales del derecho común resultaban ya inadecuadas, en su rígida formalidad, para satisfacer las necesidades jurídicas de una sociedad cambiante que contaba sólo con un sistema de *writs* limitado e inflexible, cuyas reparaciones normalmente se restringían a indemnizaciones pecuniarias.

Por tal razón el rey –“fuente de toda justicia y gracia” en el decir de René David<sup>23</sup>- y más tarde el confesor del rey, llamado el Canciller, comenzaron a conocer de asuntos que requirieran una solución equitativa más que legalista, “para dar satisfacción a la conciencia y con espíritu de caridad.” Con esa finalidad conformaron un procedimiento escrito, inquisitorial y carente de jurado –que posteriormente se desarrollaría en el subsistema de jurisprudencia conocido como derecho de equidad (equity), a semejanza del procedimiento practicado entonces por las cortes eclesiásticas, obviamente de raíces románicas, por el que se aplicaba desde los tiempos de la cristianización de la isla, en el siglo VII, el derecho canónico en materia penal por delitos de naturaleza moral o religiosa, en materia familiar y en sucesiones, además de la obvia jurisdicción sobre el clero, conocida como beneficio de la clerecía.

Debido al buen recibimiento que el equity tuvo en el medio legal, se institucionalizó la Corte del Canciller, la cual desarrolló importantes conceptos jurídicos ingleses,

---

<sup>23</sup> René, David. **Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos**, pág. 254.



principalmente el fideicomiso inglés (trust), con marcadas diferencias con el fideicomiso románico.

Rabasa afirma que: “no obstante las causas de su creación, el equity incurrió en los mismos defectos del derecho común, y ya a mediados del siglo XVIII habría conformado sus propias normas procesales de características tan rígidas como las que originalmente pretendió subsanar. Igualmente, desarrolló una serie de máximas o adagios que constituyeron sus conceptos jurídicos fundamentales.”<sup>24</sup>,

#### a.6) Consolidación del sistema parlamentario

Como consecuencia de la Guerra de las Rosas de mediados del siglo XV, ascendió al trono de Inglaterra la dinastía de los Tudor. Durante su reinado, y debido a la influencia del Renacimiento continental, surgieron juristas formados con las enseñanzas de la tradición románica que nutrieren notablemente el desarrollo del derecho de equidad (sin que ello significara propiamente un fenómeno de recepción), además de acrecentar el poder jurisdiccional de la Corona.

Como medida de equilibrio, los juristas adheridos a la tradición del derecho común apoyaron al establecimiento del Parlamento como un órgano legislativo, en un principio controlado por el monarca pero separado de éste, que gradualmente fue adquiriendo mayor independencia. Así, a finales de la dinastía Tudor, el Parlamento era considerado ya el órgano supremo de creación del derecho.

---

<sup>24</sup> Rabasa, Oscar. **El derecho angloamericano**, pág.238.



La siguiente dinastía, los Estuardo, pretendió infructuosamente en la primera mitad del siglo XVII controlar, e incluso abolir al Parlamento, además de limitar la autonomía de las cortes de derecho común. La reacción provino desde diversos sectores, principalmente por parte del jurista Edward Coke, quien desde su cargo de juez en jefe de los tribunales de derecho común, confirmó los límites del poder real a través de repetidas sentencias, así como por parte del Parlamento mismo, cuyo desacuerdo con el absolutismo de la Corona condujo finalmente a una guerra civil que concluyó con la derrota y ejecución del rey Carlos I.

Al restaurarse la monarquía una década más tarde, se reafirmaron las facultades legislativas del Parlamento y su control sobre el fisco, además de su composición bicameral integrada por la Cámara de los Comunes como instancia popular fundamental, y por la Cámara de los Lores, como representación de la nobleza. Seguidamente, se consagró el carácter constitucional del gobierno mediante la promulgación del Bill of Rights, que conjuntamente con la Carta Magna, conforman los documentos básicos del constitucionalismo inglés. El Bill of Rights dispuso principalmente la elección libre del Parlamento, la regularidad de sus sesiones, nuevos poderes parlamentarios, así como limitaciones en fianzas, multas y crueldad de castigos. Un tercer documento, el Act of Settlement, estableció la independencia del Poder Judicial y la remoción de sus miembros por cuenta únicamente del Parlamento y no del rey.



#### a.7) Las leyes de la judicatura

A lo largo del siglo XIX, el sistema jurídico inglés sufrió diversas transformaciones originadas primordialmente desde el Parlamento, y como consecuencia directa de las necesidades sociales surgidas durante la expansión colonial e industrial del Imperio.

La actividad legislativa del Parlamento se extendió a las materias educativa, laboral, de asistencia social, comercial y de transportes, además de ampliar la representatividad de la Cámara de los Comunes, todo ello sin incurrir en la corriente codificadora que entonces dominaba en los sistemas de tradición románica.

Asimismo, el Parlamento promulgó diversas leyes tendentes a reorganizar el Poder Judicial inglés. En 1873 y 1875, a través de las Leyes de la Judicatura, instituyó la Corte Suprema con una integración conjunta de las antiguas cortes de derecho común y de *equity*, promoviendo en consecuencia la fusión de ambas corrientes legales al posibilitar la aplicación conjunta de sus normas y principios, además de abolir la rigidez formal para ejercitar acciones. En 1876, mediante la Ley de Jurisdicción en Apelación, restableció el desempeño judicial de la Cámara de los Lores en Materia de Apelación, si bien limitó el ejercicio de esta atribución a miembros que detentaran antecedentes destacados en la judicatura, los cuales integran el denominado Comité de Apelación.



#### a.8) El siglo XX

Este siglo significó un periodo de constantes cambios en la tendencia del desarrollo jurídico inglés.

La naturaleza de las transformaciones dependió principalmente del corte ideológico del partido político en el poder; así cuando la mayoría parlamentaria ha sido detentada por el Partido Laboralista, el derecho inglés ha atravesado periodos de evidente énfasis en la creación de la normatividad social e intervencionismo estatal en la economía, propios del modelo del Estado de bienestar o bien, cuando el Partido Conservador ha logrado la mayoría parlamentaria, como el caso de las dos últimas décadas de ese siglo, el derecho inglés ha conocido periodos de liberalismo económico y conservadurismo sociopolítico que, en principio privilegian el derecho común tradicional sobre la legislación innovadora del Parlamento.

#### a.9) Ámbito contemporáneo

En la actualidad el sistema jurídico inglés encuentra su ámbito espacial de aplicación en la mayor parte del Reino Unido. En efecto, el derecho común inglés tiene aplicación en Inglaterra y en Gales, así como una marcada influencia en Irlanda del Norte, pero no domina en Escocia, en donde la tradición románica se encuentra firmemente arraigada.



En el caso de Escocia, si bien algunas leyes del Parlamento constituyen derecho positivo, su tradición histórica de constantes alianzas con potencias europeas continentales a efecto de contrarrestar el expansionismo inglés, marcaron igualmente el carácter románico de su sistema jurídico. Evidentemente, después de la unión política con Inglaterra a principios del siglo XVIII, el derecho escocés ha recibido permanentemente influencia del derecho común inglés, por lo que resultaría más prudente ubicarlo como un sistema mixto. No obstante, dicha influencia podría disminuir en caso de persistir la tendencia nacionalista del pueblo escocés, el cual ha demandado desde la década de los setenta el reconocimiento de mayores facultades administrativas y legislativas a su gobierno local.

### 3.2 Estructura jurídico-política inglesa

#### a.1) Forma de gobierno

El gobierno británico constituye una monarquía parlamentaria y constitucional. Actualmente, el rey representa la cabeza del Estado y sus funciones resultan únicamente de tipo ceremonial, al extremo de ser frecuentemente cuestionada la utilidad práctica de la pesada carga financiera que la manutención de la familia real significa para el pueblo británico.

Es el carácter parlamentario el rasgo que mayormente distingue al gobierno, pues además de ubicar el principal depositario del poder político en el Reino Unido, explica la



ambigua separación entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, los cuales se encuentran tan interrelacionados que, por la lógica misma del sistema político, sólo es posible la coexistencia de un Ejecutivo y una mayoría del Legislativo que pertenezcan a un mismo partido político.

Por su parte, el Poder Judicial se encuentra más claramente separado de las instituciones legislativa y ejecutiva. La judicatura inglesa conserva una marcada preferencia por los méritos profesionales como vía de acceso a los puestos en las cortes de importancia, de modo que el Parlamento guía sus nombramientos por criterios de escaso contenido político.

#### a.2) Sistema constitucional

A diferencia de la mayor parte de los estados contemporáneos, sin importar la tradición jurídica a la que se adhieran, el Reino Unido carece de un documento constitucional único; sin embargo, ello no debe ser interpretado como ausencia definitiva de una constitución.

A pesar de la dificultad de precisar las fuentes y límites constitucionales, y a despecho de la abstracción y flexibilidad consecuentes, es posible, sin embargo, identificar la composición constitucional a partir de los siguientes elementos:

- a) Ciertos documentos históricos (la Carta Magna de 1215, la Petición de Derechos (Petition of Rights) de 1628 y el la Carta de Derechos (Bill of Rights) de 1689);



- b) Legislación parlamentaria específica a la que se le reconoce la superioridad sobre el resto de la legislación (*Habeas Corpus Act* de 1679, *Act of Settlement* de 1700, *Act of Union with Scotland* de 1707, *Act of Union with North Ireland* de 1800, las variadas *Franchise Acts* en materia electoral y las *Nacionalization Acts*);
  
- c) Algunos tratados internacionales (el *Treaty of Accession* de 1972 que unió el Reino Unido a la Comunidad Económica Europea, ratificado por la Ley de Comunidades Europeas (*European Communities Act*) y el Tratado de Maastricht de 1992);
  
- d) El derecho común en materia de derechos individuales y;
  
- e) Los usos constitucionales.

Según Curtis, “La dispersión del derecho constitucional ocasiona que el sistema jurídico del Reino Unido carezca de tribunales constitucionales, por lo cual la judicatura no puede controlar por esta vía la legislación del Parlamento, legislación que, en caso de entrar en conflicto con la normatividad constitucional se estima modificativa o derogativa, mas no inconstitucional.<sup>25</sup>”

---

<sup>25</sup> Curtis, M.R. **Central government, an introduction to the British system**, pág.54.



### a.3) El rey

El monarca es una figura primordialmente ceremonial y simbólica. El rey reina, pero no gobierna<sup>26</sup>.

A pesar de que los tres poderes ejercen sus funciones a nombre del monarca, y de que en teoría éste es la fuente de toda justicia impartida en tribunales y corolario de toda labor parlamentaria, en la práctica sus funciones se limitan a realizar visitas de Estado, convocar y abrir las sesiones del Parlamento, otorgar su firma y consentimiento formal a los más importantes documentos y acciones del gobierno, recibir embajadores extranjeros, conferir títulos nobiliarios y actividades protocolarias similares. Para acceder al trono se observa el sistema de sucesión hereditaria, y una vez conferida la corona, el reinado es vitalicio o hasta la abdicación. Por tradición, el primer ministro debe efectuar frecuentes visitas al rey y enterarlo del desempeño de su gobierno, recibiendo del monarca el beneficio de sus consejos.

Cuando el rey fallece, o cuando anuncia su intención de abdicar o de contraer nupcias, se reúne un concilio de varios cientos de miembros conocido como el Consejo Privado, integrado por miembros de la familia real, dignatarios de la Iglesia anglicana, nobles, embajadores, jueces de cortes superiores y ciudadanos prominentes, con objeto de coadyuvar en la preservación de la monarquía.

---

<sup>26</sup> Noblet, Albert. **La democracia inglesa**, pág. 211.



#### a.4) El parlamento

Aunque el Parlamento británico es formalmente bicameral con la participación del monarca, en la práctica, es un órgano unicameral en virtud del poder y la trascendencia de la Cámara de los Comunes. Es en dicha cámara en donde la legislación británica es discutida y aprobada, en tanto que la Cámara de los Lores puede ofrecer sus comentarios sobre los proyectos legislativos, pero no modificarlos ni rechazarlos en forma definitiva. Una vez aprobado un proyecto el monarca otorga, como un mero formalismo, su consentimiento real.

Por regla general, un proyecto legislativo es discutido primeramente ante los Comunes y, en caso de aprobación, se remite entonces ante los Lores. Esta cámara puede en principio rechazarlo, en cuyo caso es devuelto a la cámara de origen. Si el proyecto es nuevamente aprobado por los Comunes, se considera definitivo y listo para la sanción real. El rechazo por parte de los Lores únicamente es definitivo cuando el proyecto solicita una extensión, por caso de emergencia nacional, del periodo de cinco años para el cual son electos los miembros de la Cámara de los Comunes.

A efecto de controlar las decisiones de los Comunes, la ciudadanía otorga o niega el reconocimiento a la legitimidad de la legislación a través de la opinión pública, de tal manera que una ley altamente impopular, aunque aprobada por el Parlamento, puede no ser aplicada en forma efectiva, o bien a través de los referendos, que tienen como resultado confirmar o derogar la legislación cuestionada.



A su vez, la Cámara de los Lores es un cuerpo aristocrático, tradicionalmente conservador, encuentra su antecedente histórico en la Curia Regis medieval; actualmente se halla compuesto por los nobles, juristas eminentes conocidos como Lores del Derecho (Law Lords) y obispos anglicanos. Los Lores, como instancia parlamentaria, deben debatir y considerar todos los proyectos legislativos, a pesar de que su oposición a cualquiera de ellos no necesariamente tiene efectos anulatorios, pues en tal caso, el proyecto rechazado por los Lores vuelve a ser discutido por los Comunes y una segunda aprobación por parte de éstos le otorga definitividad al proyecto. Normalmente, los Lores no actúan como cámara de origen.

La subsistencia de esta cámara ha sido seriamente cuestionada a lo largo del siglo XX, para cuya continuidad se han propuesto reformas que incluyen la elección popular de sus miembros y la disminución en número de la membresía proveniente de la nobleza.

#### a.5) El poder ejecutivo

La jefatura del gobierno británico recae en el cargo del primer ministro, un cargo que no se encuentra formalmente creado ni regulado, y que debe su trascendental funcionamiento sobre todo a los usos político-constitucionales adoptados durante los dos últimos siglos. El primer ministro no es electo directamente por el pueblo, sino por el consenso de los líderes del partido mayoritario en la Cámara de los Comunes, y el candidato propuesto, que normalmente también es un miembro de esta cámara, es posteriormente confirmado por el rey.



El primer ministro tiene las facultades de nombrar y sustituir libremente a los miembros del gabinete –generalmente, miembros del Parlamento afiliados a su propio partido político-, de solicitar al monarca la disolución del Parlamento antes de que expire el periodo de cinco años para el que son electos sus miembros, lo cual generalmente ocurre en tiempos de crisis política. Asimismo, puede convocar a elecciones adelantadas, en caso de que su gobierno cuente con altos niveles de popularidad, con lo que se aseguran triunfos electorales que en la práctica no disminuyen su tiempo en el poder, dada la posibilidad de reelección definida.

#### a.6) El poder judicial

El sistema de la judicatura inglesa es esencialmente unitario. Todas las áreas jurídicas concurren hacia los mismos canales de apelación, y su desenvolvimiento procesal se caracteriza por la fusión del derecho común y el *equity*; por tal motivo, aunado al hecho de que un tribunal común conoce de diversas materias jurídicas, existe una sola jerarquía de tribunales, a pesar de la creación en el presente siglo de tribunales especializados. Los tribunales comunes constituyen el eje alrededor del cual se estructura la judicatura inglesa, y sus instancias superiores tienen la facultad de revisar las decisiones de los tribunales especializados.

Los tribunales comunes por lo general se clasifican en inferiores y superiores. Los primeros son los más numerosos y de jurisdicción más limitada, y a menudo los encabeza un juez sin educación jurídica formal, cuya calidad como ciudadano es



suficiente para impartir justicia en asuntos menores, principalmente en materia penal.

En los tribunales comunes de jurisdicción inferior se incluye a las Cortes de Condado en materia civil y a las Cortes de Magistrados en materia penal.

Los tribunales comunes de jurisdicción superior conocen de asuntos con mayor complejidad jurídica, los encabezan los jueces con destacadas carreras previas en la abogacía y tienen competencia limitada por materia o por instancia, pero no conocen restricciones por territorio o cuantía.

#### a.7) Derecho común

Rabasa<sup>27</sup> ofrece respecto al término derecho común, una distinción semántica clara y precisa, señalando cuatro diversos sentidos: 1) entendido como una tradición jurídica surgida en Inglaterra en el siglo XI y a la cual se adhieren numerosos sistemas jurídicos que conforman a la familia del mismo nombre; 2) entendido como el cúmulo de precedentes dictados por los tribunales de un determinado sistema jurídico (inglés, canadiense, estadounidense) y que se emplea para distinguirlo de la normatividad legislada producida por el Poder Legislativo (Parlamento, Congreso) de este mismo sistema; 3) entendido como un subsistema de jurisprudencia distinguible del denominado equity; y 4) concebido como el derecho antiguo y primigenio de los sistemas jurídicos concernientes, con el objeto de diferenciarlo del derecho moderno.

---

<sup>27</sup> Rabasa, Óscar. **Ob. Cit**, pág. 25-56.



#### a.8) Derecho común y equity

El derecho inglés se estructura sobre la distinción básica de origen histórico más que jurídico, que atiende al subsistema jurisprudencial al cual pertenecen sus normas, es decir al derecho común, o al *equity*.

A partir de su surgimiento en el siglo XV, el *equity* complementó, y en algunas ocasiones sustituyó al derecho común, especialmente en aquellos casos que demandaban agilidad procedimental y compensaciones o reparaciones distintas a las pecuniarias, como pudiera ser el cumplimiento efectivo de alguna obligación reclamada. Su objetivo original era, entonces, ofrecer soluciones cuando el derecho común contemplara expresamente un remedio legal adecuado y completo. Naturalmente, la rivalidad de las competencias y la diversidad de criterios y técnicas originaron conflictos dentro del sistema jurídico en su totalidad, al igual que entre los tribunales competentes para cada uno de los subsistemas de jurisprudencia.

Como anteriormente fue mencionado, la rivalidad surgida como consecuencia de tal distinción básica finalizó con la unificación en 1873 de las dos vertientes jurisprudenciales, en una sola jerarquía judicial. Sin embargo, si bien el conflicto institucional fue resuelto, en cambio la división que lo originó permanece vigente en nuestros días, lo cual fomenta la diversidad y riqueza del ámbito jurídico adjetivo, pues determina si un ocurso tiene o no derecho a ejercitar una acción (derecho al ejercicio), tratándose del derecho común, o si discrecionalmente el juzgador le permite



ejercitar una acción (posibilidad del ejercicio), tratándose del *equity*. Es factible, incluso, la obtención simultánea de compensaciones provenientes de los dos subsistemas a través del ejercicio de una sola acción y, obviamente, ante el mismo tribunal.

La distinción es igualmente parámetro de clasificación para todas las áreas del sistema jurídico inglés, y con ello se confirma la preponderancia de la forma sobre la sustancia característica de dicho sistema.

En efecto, así como en la tradición románica, una determinada rama del derecho se clasifica como pública o privada, las materias, más propiamente que las ramas, del derecho inglés se consideran propias del *equity*, es decir, sociedades mercantiles, quiebras, propiedad inmobiliaria, fideicomisos, liquidación de sucesiones, hipotecas, etcétera), o bien, propias del derecho común (como el derecho penal, los contratos, la responsabilidad civil, el divorcio, la adopción, la tutela, el derecho marítimo, el derecho fiscal, etcétera).

### 3.3 La profesión jurídica

#### a.1) La abogacía

En el sistema jurídico inglés opera una dualidad en la profesión del abogado que origina rivalidades, críticas a favor y en contra, limitantes en el ejercicio profesional y, en último término, cargas financieras de cuestionable necesidad para el cliente. La abogacía se



practica como abogado litigante (barrister), o bien abogado asesor (solicitor), sin la posibilidad de desempeñar ambas funciones en forma paralela.

Las raíces históricas de esta separación de funciones se remontan al establecimiento mismo de las cortes reales, durante los dos primeros siglos posteriores al surgimiento del derecho común. Las partes en un litigio comparecían ante los tribunales recién creados y se hacían auxiliar por alguno de los conocedores del derecho que rondaban las cortes en busca de clientes. Como todo oficio medieval, el de los abogados conformó con el tiempo su propio gremio, la Barra (*Bar*) y se congregó en posadas (Inns), de las cuales subsisten cuatro en la actualidad: Gray's Inn, Lincoln's Inn, Inner Temple y Middle Temple.

Los miembros de la Barra, los abogados litigantes (barristers), vivían y trabajaban juntos en las posadas como forma de desarrollar un sentido propio de la fraternidad; ahí educaban a sus aprendices, practicaban en litigios simulados, preparaban la defensa de asuntos y trabajaban con un nuevo tipo de asistente que se encargaba del asesoramiento y trato con el cliente, el abogado asesor (proctor o solicitor), el cual no poseía el grado de conocimiento del abogado litigante (barrister) ni podía defender asuntos ante las cortes. El privilegio de comparecer ante el juez en la presentación de un caso provocó expulsar a los abogados asesores (solicitors) de los Inns, por lo que éstos se organizaron por su cuenta en una asociación después conocida como "Law Society."



La división de las funciones, que en otros sistemas jurídicos es realizada por un mismo profesional, subsiste hasta nuestros días, habiendo sido confirmada una vez última en 1979 por el dictamen en tal sentido con que concluyó un estudio desarrollado por una comisión real, a pesar de que actualmente ambos profesionales cuentan con similares niveles educativos.

El abogado asesor (solicitor), que puede asociarse con colegas para formar grandes firmas, se encarga de la parte preliminar del procedimiento judicial y trata directamente con el cliente, asesorándole en los aspectos legales de negocios y asuntos personales, o efectuando a su nombre trámites administrativos. Su principal fuente de ingresos económicos proviene del monopolio que –a cierta semejanza de los colegios de notarios en el sistema mexicano- tienen en la formalización de operaciones sobre bienes inmuebles, lo cual eleva significativamente el costo de la operación para el público, a cambio de garantizar que la transacción se apegue a derecho.

Como un logro de su profesión, los abogados asesores (solicitors) han obtenido en el siglo pasado la autorización de litigar ante tribunales especializados y comunes de jurisdicción inferior, pues laboran a lo largo del territorio de Inglaterra y Gales a diferencia de los abogados litigantes (barristers), que generalmente se concentran en Londres.

Por cuestiones de etiqueta, el abogado litigante (barrister) no tiene contacto directo con el cliente, sino con el abogado asesor (solicitor). Es éste quien requiere sus servicios para la conducción ante los tribunales del caso que previamente le planteó el cliente, o



bien para el asesoramiento en cuestiones jurídicas complejas y para la elaboración de contratos y testamentos. Su trabajo es individual, sin la posibilidad de asociarse en firmas como el abogado asesor (solicitor), además de ser marcadamente elitista y ceremonioso. Después de diez años de pertenecer a la Barra, puede solicitar ser admitido por el Lord Canciller como consejero de la reina, título que le posibilita aumentar su prestigio y sus ingresos.

### 3.4 Fuentes del derecho

#### a.1) El precedente

Se afirma con frecuencia que el derecho inglés es un derecho creado por jueces mediante precedentes. Un precedente es una decisión judicial definitiva dictada en el pasado, y cuyo sentido resolutorio es adoptado en la decisión de un asunto posterior, en virtud de repetirse en grado de similitud los hechos y circunstancias que dieron origen a ambos conflictos de intereses.

En la tradición del derecho común, una decisión judicial contiene dos elementos fácilmente distinguibles cuando aquella deviene en precedente: una parte total, conocida como ratio decidendi ("razón para decidir" o "razón suficiente") que es donde reside la esencia del precedente, el fundamento del sentido decisorio, el principio legal aplicado al caso concreto y que representa la norma jurídica por excelencia del derecho común, denominada regla de derecho; la segunda parte se conoce como obiter dictum



(dicho de paso), y representa las opiniones e información que el juez incluye en la sentencia y que, sin dejar de contribuir, no son determinantes para su sentido.

Durante los seis primeros siglos después de que surgiera el derecho común, el derecho inglés fue casi exclusivamente un derecho jurisprudencial, en el precedente constituyó la principal fuente pero, después de la guerra civil encabezada por Cromwell, comenzó un proceso paulatino en el que la legislación producida por el parlamento adquirió preeminencia como la fuente de derecho con autoridad suprema. No obstante, el derecho común debe su origen y desarrollo al precedente y, por tal razón, su dinámica misma se encuentra matizada por esta fuente, al extremo de parecer incoherente la visión global del sistema jurídico en caso de no precisar en forma adecuada la naturaleza y función del precedente.

Lo anterior se explica en virtud de la facultad de interpretación judicial con que cuenta la judicatura inglesa. Es el juez a través de su sentencia quien interpreta qué es el derecho, cualquiera que sea la fuente de que provenga, y al explicarlo, la sentencia que se transforma en parte del derecho mismo y le otorga paralelamente, crédito a su positividad.

A manera de ejemplo, planteemos el supuesto de una sentencia que interpreta una ley parlamentaria. En subsecuentes aplicaciones de la ley, gobernados y gobernantes se sujetarán al texto legal tanto como al texto de la sentencia que interpretó el sentido de la ley, y jueces y abogados considerarán “completa” o “perfeccionada” a la norma parlamentaria, en razón de haber quedado dilucidado su significado.



A efecto de darle seguridad, certeza y continuidad al derecho, el tribunal que dictó la sentencia de nuestro ejemplo muy probablemente utilizará el mismo criterio en sentencias futuras con las que debe resolver situaciones semejantes; es entonces cuando, por virtud de su naturaleza vinculante, la sentencia original se convierte en precedente de las posteriores, y dicho criterio deberá ser igualmente observado por los tribunales jerárquicamente inferiores.

Según Rabasa “esta práctica judicial ha desarrollado la doctrina conocida como Stare Decisis o, mejor aún, Stare Decisis est non quieta moveré, es decir, “estar a lo decidido y no perturbar lo que esté firme”, y que en términos generales se considera el principal sustrato doctrinal sobre el que se construye la estructura del derecho común.”<sup>28</sup>

Cabe resaltar en este punto la capacidad del sistema jurídico inglés para adaptar, en forma bastante más pragmática que los sistemas románicos, el derecho a la realidad social. El juez a diferencia del legislador, resuelve un conflicto jurídico determinado a través del contacto directo con las partes y del análisis de los hechos que dieron origen al litigio, razón por la que su sentencia responde a una realidad social concreta; si la sentencia deviene en precedente, la regla de derecho en ella establecida se sustenta en principios fácticos, circunstanciales, no en hipótesis abstractas como la legislación parlamentaria. Por tal razón, el sustento de la regla de derecho (los hechos, los elementos coyunturales del litigio), deben repetirse en forma lo suficientemente parecida, a efecto de justificar su posterior aplicación. Como resulta evidente que en la

---

<sup>28</sup> Rabasa, Oscar. **Op. Cit.** pág. 34.



gran mayoría de los conflictos jurídicos intervienen elementos fácticos que hacen diferentes a cada uno de ellos, el juez inglés decide asimismo si tales peculiaridades son lo suficientemente trascendentes como para lesionar un sano sentido de lo justo al aplicar el precedente o bien, si las circunstancias originales del nuevo caso no resaltan alguna cuestión jurídica diversa a la ya resuelta por el precedente. Ambas posibilidades confirman la dualidad rigidez-flexibilidad que caracteriza al derecho común.

El precedente inglés es rígido en la medida en que ha dejado establecida la solución que debe darse a una determinada cuestión jurídica, es decir, en la medida en que crea una regla de derecho. En principio, no importa si un juez estima incorrecto el criterio formulado en el precedente, pues de cualquier forma deberá adherirse a él y aplicarlo, ya que forma parte del derecho común del reino, siendo cualquier cambio en su sentido facultad del Parlamento y no del juez.

Asimismo, el precedente inglés es flexible en virtud del mecanismo de comparación conocido como distinción. Si bien la similitud de elementos fácticos y circunstancias conduce a la aplicación de la misma regla de derecho que sentó del precedente, la misión de los barristers es demostrar precisamente la existencia o ausencia – dependiendo de a qué parte representen-, de la similitud de los hechos. Así si una de las partes encuentra en desventaja para sus intereses la aplicación del precedente, deberá demostrar al juez, a través de distinguir, de resaltar las diferencias, que el caso sometido a su jurisdicción no es lo suficientemente similar al caso origen del precedente, y que una nueva o diversa regla de derecho debe ser la que guíe la sentencia en el asunto.



Por último, es oportuno recordar que un juez no se encuentra constreñido en sus decisiones por todos los precedentes que integran el derecho común inglés, sino que existen criterios de obligatoriedad de acuerdo con la autoridad del precedente, es decir, al rango jerárquico del tribunal que lo emitió. Todas las decisiones judiciales de la Cámara de los Loes poseen autoridad mandatoria, en la labor desarrollada por la totalidad de la judicatura inglesa y galesa, con excepción de los propios loes, pues su comité de apelación puede, en casos de excepción, cambiar de opinión y dictar una nueva regla de derecho, distinta a la contenida en un precedente previo emitido por la propia cámara.

El mismo criterio de obligatoriedad se observa en el resto de la judicatura: a menos que se ofrezca una distinción convincente, el precedente del tribunal jerárquicamente superior es obligatorio para el inferior y el primero se obliga por el sentido de sus propios precedentes, en tanto que no opere una nueva regla de derecho. Precedentes de tribunales con el mismo rango jerárquico no tienen autoridad mandatoria sino persuasiva, es decir, pueden ser invocados como fundamento de argumentaciones y el juzgador decide el grado de influencia que debe otorgarles.

#### a.2) La legislación

Por tradición, la legislación ha sido considerada como una fuente secundaria en el derecho inglés, en cierta forma complementaria de los precedentes, y ello es invocado



a menudo al comparar los rasgos distintivos del derecho común respecto de los sistemas románicos.

Sin embargo, tal percepción debe ser desechada. Al igual que la legislación de los demás sistemas del derecho común, la británica regula amplias y vitales facetas del Estado y de los gobernados cuyas necesidades jurídicas demandan, en muchos casos con prontitud, la satisfacción general a priori y flexiblemente abstracta que la norma parlamentaria puede ofrecer con mayor eficacia que las decisiones judiciales, y de ahí su trascendencia como fuente normal del derecho. Cabe destacar, no obstante, que la legislación británica cuenta con un grado de abstracción notoriamente restringido, como consecuencia de la facultad judicial de revisar e interpretar la normatividad parlamentaria. En tal sentido, el Parlamento promulga leyes con un alto nivel de especificidad y detalle respecto de las materias y modalidades por regular, a efecto de evitar que la actividad de la judicatura desvirtúe o modifique el intento inicial de la norma legislada.

La legislación británica es creación exclusiva del Parlamento, en razón de que el sistema político no contempla la existencia de legislaturas locales. Sus leyes, una vez asignadas por el monarca, adoptan el nombre de “acta” o el menos frecuente de “estatuto”, mientras que durante la etapa previa de discusión ante las cámaras del proyecto de ley se denomina Bill.

Dependiendo de su naturaleza o de su promotor, un proyecto se ubica en una de las cuatro clasificaciones oficiales: proyecto financiero en materia fiscal, crediticia y



bancaria, con iniciativa exclusiva de los Comunes; proyecto público en materia administrativa general, si la iniciativa proviene de los miembros del gabinete ejecutivo, proyecto de un parlamentario en materia administrativa general, si la iniciativa la origina un miembro del Parlamento; y el menos frecuente, proyecto privado versa sobre cuestiones que afecten a una localidad o un grupo social concreto, y puede ser propuesto por autoridades locales, corporaciones o incluso individuos.<sup>29</sup>

### a.3) La costumbre y los usos

Estos dos elementos representan las fuentes no escritas del derecho inglés; a manera de distinción básica entre ambas, se considera la costumbre como una fuente de derecho sustantivo, en tanto que los usos como una fuente de derecho adjetivo.

La costumbre constituyó la fuente primaria en la época pre-normándica, y de hecho proporcionó los fundamentos normativos sobre los cuales la idea del derecho común pudo nacer y desarrollarse en sus inicios, conociéndosele como la “costumbre general inmemorial del reino”. Un par de siglos después del ascenso de Guillermo de Normandía, la costumbre teutónica de anglos, sajones y daneses aún era sinónimo del derecho aplicado por los diversos tribunales locales controlados por los barones feudales, que coexistían con las recién creadas cortes reales del derecho común y, claro está, su aplicación se restringía a las pequeñas comunidades rurales. Finalmente, las dispersas costumbres de poblados y comarcas evolucionaron hacia costumbres más generales, en la medida en que la idea de un derecho nacional, así como su

---

<sup>29</sup> Curtis, M.R. **Op. Cit**, pág.48.



autoridad jurídica superior, fue aceptada a partir del siglo XV, terminando por integrarse como parte del derecho común.

Sin embargo, salvo algunas cuantas prácticas mercantiles, en la actualidad resulta inexacto considerar a la costumbre como una fuente viva del derecho. Es claro que desempeñó un papel primordial en el surgimiento primitivo del derecho inglés, pero su vigencia histórica resultaría incluso incongruente con un sistema jurídico altamente sofisticado como el que ahora estudiamos, el cual de ninguna forma podría calificarse de consuetudinario, al no estar en presencia de conductas reiteradas por parte de los juzgadores, sino de criterios decisorios racionalmente aceptados, a los que se les otorga permanencia en aras de una evidentemente necesaria seguridad jurídica.

Fenómeno contrario ocurre con los usos, principalmente por su contenido formal, dado que hoy en día indican en gran medida la manera en que se espera deben conducirse y funcionar las instancias estatales, incluida la judicatura.

La autoridad reconocida a los precedentes de determinados tribunales y, por tanto, la obligatoriedad de las reglas de derecho en ellos sentadas, se estableció primeramente por los usos propios de los tribunales, y no por mandato expreso del Parlamento o del monarca. De la misma forma, la intervención de los jurados en asuntos penales de determinada relevancia no se ordena expresamente en ninguna norma escrita y, no obstante, los usos judiciales así lo impusieron y así se sigue observando. Igualmente, a pesar de que las reglas que gobiernan a la Corte Suprema de la Judicatura establecen



una separación de las materias a que deben abocarse las distintas divisiones de la corte superior, los usos de ésta permiten a sus jueces ejercer su jurisdicción sobre cualquiera de los asuntos presentados ante la Corte Superior, aun cuando técnicamente no corresponda a la división a la que se encuentran adscritos. Asimismo, son los usos los que ordenan que no todos los miembros de la Cámara de los Lores conozcan de los asuntos en apelación que se les presentan en su carácter de última instancia jurisdiccional, sino únicamente aquellos conocidos como Law Lords, que precisamente integran su comité de apelación.

Puede afirmarse que los usos se extienden incluso al campo del derecho constitucional. En efecto, es por razón de los usos jurídico-políticos que se elige al jefe del Ejecutivo: ningún documento constitucional ni legislación parlamentaria disponen de la existencia del primer ministro, ni el procedimiento en que éste debe ser electo, por lo que es a los usos a los que se debe recurrir para explicar el aspecto jurídico de la elección del primer ministro por parte de la mayoría parlamentaria, así como las causas ante las cuales resulta ineludible su renuncia, como puede ser el voto de desconfianza del Parlamento.

#### a.4) La razón

Algunos autores formados en la tradición románica consideran que la razón constituye una de las fuentes inglesas del derecho en virtud de que, ante la ausencia de reglas jurisprudenciales de derecho o de normatividad legislada aplicables en la solución de un



litigio concreto, los jueces recurren a la razón a efecto de emitir su decisión sobre el caso.

Según David, la “costumbre general inmemorial del reino” invocada por los primeros jueces de las cortes reales del derecho común era tan sólo una “ficción” una imaginaria norma sancionada por la opinio juris seu necessitatis (La costumbre inveterada y la opinión o necesidad del Derecho), a efecto de legitimar sus sentencias carentes de cualquier otro fundamento más que el de la razón.”<sup>30</sup> De esta forma, el citado autor considera que la razón es una “fuente inagotable” que permite a los jueces ingleses llenar las lagunas de derecho, e incluso orientar la evolución de su sistema jurídico a través de “soluciones razonables” que, idealmente, deben armonizar con las normas jurídicas ya existentes.

Es conveniente, sin embargo, formular algunas precisiones al respecto. En principio, cabe afirmar, que la actual tradición jurídica de Occidente es una tradición racional y no dogmática, como pudieran ser las tradiciones religiosas o socialistas. Desde el punto de vista jurídico, la razón, considerada como la facultad del ser humano de reflexionar y decidir sobre alguna cuestión de derecho, impera en toda norma positiva, tanto de los sistemas románicos como del derecho común y, en teoría, no podría tener lugar la existencia ni la observancia de una norma irracional. La razón que justifica a una norma puede estar contaminada por prejuicios moralistas o de oportunismos políticos o económicos, puede incluso ser equívoca o acertada, pero la razón invariablemente está dentro del sustrato de legitimidad de la norma jurídica.

---

<sup>30</sup> David, René. **Op Cit**, pág. 300-303.



En este sentido, clasificar a la razón como una mera fuente secundaria del derecho inglés implica la posibilidad de cierta confusión. Si consideramos a una fuente formal como el proceso de creación jurídica de la norma, la razón a la que alude René David, además de un rasgo esencial de la cultura jurídica de Occidente, es una característica distintiva del verdadero proceso de creación, es una peculiaridad de lo que es la auténtica fuente, es decir, las decisiones judiciales y, más precisamente, la técnica del precedente, mas ello no significa que la razón sea el proceso de creación, esto es, la fuente misma.

En efecto, la técnica del precedente contempla la posibilidad de que, al no contener los hechos de un litigio el suficiente grado de similitud con los elementos fácticos generadores de una regla de derecho, se lleve a efecto una distinción, es decir el procedimiento eminentemente racional por el cual se evidencia lo inapropiado de acatar el sentido de un determinado precedente y, en consecuencia, la necesidad y la conveniencia de decidir el nuevo conflicto de una forma igualmente novedosa. En el caso de que esta innovadora decisión sea invocada posteriormente, el fundamento de la ratio decidendi se transforma asimismo en una nueva regla de derecho, lo cual significa el auténtico nacimiento de la norma jurídica y un paso más en la evolución del sistema jurídico. La técnica del precedente es, pues, la fuente del derecho propiamente dicha, y la razón un mero instrumento intelectual de que se vale la técnica.



#### a.5) La doctrina

A diferencia de los sistemas románicos, en los cuales la doctrina se constituyó históricamente como el catalizador evolutivo del derecho, el derecho común mantiene una postura ambivalente hacia esta fuente jurídica, que va de la indiferencia pragmática a la veneración personalizada.

En términos generales, puede afirmarse que la labor académica e investigadora del derecho inglés reviste mínima importancia como proceso generador de avances en el sistema jurídico. Salvo contados autores –todos ellos, a fin de cuentas jueces-, las opiniones doctrinales no trascienden a la dinámica propia de la vivencia del fenómeno jurídico; ello es claramente comprensible si recordamos que la formación del jurista inglés se lleva a cabo en la práctica, como aprendiz de la experiencia y no de la teoría, la cual bien puede significar no más que especulaciones ociosas poco útiles en la labor de un abogado o de un juez.

No obstante, han existido en la historia de la judicatura inglesa personajes destacados (como Edward Coke) cuyas decisiones han marcado hitos en momentos críticos de cambio, los que han desarrollado en obras doctrinales los criterios plasmados en sus sentencias. Las opiniones de estos autores, no más de una docena, en ocasiones son invocadas como fundamento jurídico dentro de litigios y, dada su relevancia en los procesos evolutivos del criterio jurídico inglés, son indiscutiblemente aceptados como fuente de autoridad, guardadas las evidentes diferencias históricas que implica sustentar un caso en opiniones emitidas en los siglos XVII o XVIII.



## CAPÍTULO IV

### 4. Los principios generales del proceso arbitral comercial internacional

#### 4.1 Carácter convencional del procedimiento arbitral

El arbitraje es un medio alternativo de resolución de conflictos, y para diferenciarse debe ofrecer mecanismos más flexibles y ágiles que los del procedimiento judicial, pero respetando a la vez las garantías esenciales del proceso, de modo de llegar a un laudo válido.

Para ello, el procedimiento arbitral se funda esencialmente en el principio de autonomía de la voluntad; son las partes las que acuerdan las reglas a que ha de sujetarse el proceso, sea estableciéndolas para el caso concreto, sea por remisión a un reglamento o a una ley que ellas eligen libremente.

Por tal razón, la primera característica del procedimiento arbitral es su carácter convencional, lo que lleva a decir a algunos expertos que, en realidad, no existe un procedimiento arbitral, sino que hay tantos procedimientos como arbitrajes, pues en cada uno de ellos se diseña —o al menos se puede diseñar— un mecanismo apropiado al caso.



a) Reconocimiento del carácter convencional del procedimiento arbitral

La primera regla que debe aprehenderse para comprender el funcionamiento del procedimiento arbitral es que tiene como fuente primordial el acuerdo de las partes. Ellas han de determinar, de común acuerdo, las reglas a las que se sujetará el procedimiento.

Ello está reconocido expresamente tanto en las leyes estatales sobre arbitraje como en las fuentes internacionales y en los reglamentos arbitrales. También ha quedado plasmado en el Artículo 19, Ley Modelo Uncitral, que bajo el acápite Determinación del procedimiento dice: “1) Con sujeción a las disposiciones de la presente ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el Tribunal Arbitral en sus actuaciones”, y en múltiples fuentes internacionales.”

b) Alcance de la autonomía de la voluntad: distinción entre *lex arbitri* y ley del procedimiento arbitral

Una primera cuestión que se debe dilucidar es si las partes pueden elegir una ley que rija el arbitraje. Para eliminar tal ambigüedad es preciso distinguir entre la ley aplicable al procedimiento arbitral y la *lex arbitri*.



Dijimos que la *lex arbitri* es un conjunto normativo que rige en un país determinado, formado tanto por las reglas establecidas en los códigos procesales o leyes especiales sobre arbitraje como por las que emanan de leyes de fondo y de las convenciones y tratados internacionales incorporados al derecho de ese país.

La *lex arbitri* da sustento a la voluntad privada que da origen al arbitraje y rige, en particular, la eficacia de la convención de arbitraje, la arbitrabilidad del litigio, la composición del Tribunal Arbitral, las garantías fundamentales del procedimiento, la cooperación del juez estatal y el control del laudo a través de los recursos.<sup>31</sup>

Hemos dicho también que esa *lex arbitri* es la ley de la sede, que normalmente esto es imperativo para las partes, y que aun cuando éstas elijan otra ley, las normas imperativas del país de la sede se aplican al arbitraje; el laudo no se sustrae del control de las autoridades judiciales del país de la sede por vía de los recursos que éste considera irrenunciables; así como que la elección que las partes hayan hecho de la ley de otro país no atribuye competencia para entender en un recurso contra el laudo a un juez de un país distinto al de la sede.

---

<sup>31</sup> Poudret – Besson. **Ob.cit**, pág. 83.



Otra cosa distinta es la ley aplicable al procedimiento ante los árbitros, que no concierne, por lo tanto, ni a la eficacia de la convención de arbitraje ni a las relaciones con los tribunales estatales, ni al control del laudo.

En este punto la autonomía de las partes es más amplia que en materia de *lex arbitri*, pues, en principio, ellas pueden regir con la más absoluta libertad casi todos los aspectos del procedimiento.

En realidad, la libertad de las partes llega aquí a una máxima expresión al menos en el sentido de que, en lo que hace al procedimiento propiamente dicho, puede existir un arbitraje “sin ley”. Es más, esto es lo corriente y lo recomendable.

En efecto, comúnmente las partes de un arbitraje estipulan reglas procesales fundamentales o se someten a un reglamento arbitral institucional y no hacen referencia a ningún ordenamiento procesal estatal, ni al del país sede ni a ningún otro.

Ello se refleja en el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional –CCI-, el cual establece en el Artículo 15.1 que: “las reglas podrán establecerse “con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje”, señalando los comentaristas que con ello se trata de desvincular al procedimiento arbitral de las leyes procesales locales; inclusive la Secretaría suele recomendar a los árbitros y a las partes no hacer



referencia a ninguna ley procesal, ni aun para su aplicación subsidiaria. Es que las leyes procesales estatales responden a las exigencias de los procedimientos judiciales y omitir referencia a esas leyes tiende a asegurar la flexibilidad del trámite arbitral y confirma que los procedimientos de la Cámara de Comercio Internacional –CCI– no deben ser conducidos de la misma manera que los procedimientos ante los tribunales estatales.<sup>32</sup>”

De allí que sea realmente excepcional —en particular en un arbitraje internacional— que se haga referencia a una ley procesal estatal para regir el procedimiento, aun subsidiariamente.

Aunque, como ya lo hemos señalado, ello no importa lisa y llanamente prescindir de la ley de la sede, cuyas normas imperativas, como *lex arbitri*, deben ser tenidas en cuenta por los árbitros si pretenden evitar el riesgo de una nulidad del laudo dictada por un tribunal judicial que tenga autoridad para revisar el laudo.

---

<sup>32</sup> Schäfer, Erik-Verbist, Hermann-Imhoos, Christophe. **El Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en la práctica**, pág. 96.



#### b.1) Otros límites a la autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad no es absoluta cuando se trata de regular el procedimiento arbitral.

Partes y árbitros deberán también tener en cuenta, además de las normas imperativas de la *lex arbitri*, que pueda pretenderse la ejecución del laudo en un país distinto al de la sede, y que, en tal caso, quedará sujeto al control del juez requerido para su reconocimiento y ejecución, el que por la Convención de Nueva York puede aplicar su propio derecho para comprobar la arbitrabilidad de la disputa y la conformidad del laudo con el orden público.

La atribución de las partes de pactar el procedimiento arbitral puede estar también limitada por las reglas establecidas en los reglamentos arbitrales a los cuales las partes se han sujetado. Así sucede en el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional –CCI- que, como veremos, al menos inicialmente prioriza el reglamento por encima de la voluntad de las partes (Artículo 15.1).



c) La garantía del debido proceso

Comenzamos señalando que es unánime el criterio según el cual en toda hipótesis los árbitros están obligados a respetar ciertos principios fundamentales, más allá de los cuales no puede verdaderamente concebirse una verdadera justicia; debe reconocerse que estos principios son comunes a todos los países; René David los resume en tres:

- 1) Cada una de las partes debe tener la posibilidad de hacer valer sus argumentos;
- 2) Cada una de las partes tiene el derecho de ser comunicado de la prueba producida por la otra a fin de poder refutarla;
- 3) El árbitro debe fundar su decisión sobre la opinión que él se ha formado y no en la de otro.<sup>33</sup>

c.1) En los reglamentos arbitrales:

El Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional –CCI- dispone: “En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso”, mientras que el Reglamento de Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) establece que: “Con sujeción a lo dispuesto en el

---

<sup>33</sup> David, René. **El arbitraje en el comercio internacional**, pág.405



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 plena oportunidad de hacer valer sus derechos”.

La utilización de distintos estándares, como “oportunidad suficiente”, “plena oportunidad” o “razonable oportunidad”, no permiten hacer elucubraciones para encontrar diferencias.

En este sentido, no caben en el proceso arbitral las limitaciones que a veces establecen las leyes procesales que prohíben dúplicas y réplicas para evitar demoras en el proceso o que cierran la exposición del caso con la demanda y reconvención y sus contestaciones. Por el contrario, en los procesos arbitrales es muy común que se autorice la presentación de escritos posteriores a la demanda, reconvención y contestaciones; más aún, el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional expresamente dispone: “Una vez examinados los escritos y documentos presentados por las partes, el Tribunal Arbitral deberá oírlos contradictoriamente si una de ellas así lo solicita. A falta de tal solicitud podrá oírlos de oficio” (Artículo 20.2). La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) dispone en el Artículo 23.2: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las actuaciones arbitrales cualquiera de las partes podrá



modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el Tribunal Arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la demora con que se ha hecho.

Pero el Tribunal Arbitral tiene la potestad de decidir cuándo el caso ha sido suficientemente planteado, pudiendo por lo tanto cerrar la etapa de presentación de alegaciones o pruebas; así se establece en el Artículo 22 conforme al cual: “El Tribunal Arbitral declarará el cierre de la instrucción cuando considere que las partes han tenido la oportunidad suficiente para exponer su caso.

c.2) Las convenciones internacionales de derechos humanos ¿aplican al arbitraje?

La cuestión se ha planteado con motivo de la Convención Europea de Derechos Humanos, cuyo Artículo 6.1 se refiere a la garantía del debido proceso, expresión que usamos como traducción absolutamente libre de *procés* equitativo que es la usada por la convención. Para Silva Romero: “en esa norma la convención diseña un modelo de proceso de vocación universal, pero la doctrina y la jurisprudencia están divididas en cuanto a su aplicación a una “justicia no estatal” como es la arbitral.”<sup>34</sup>

No está demás señalar que algunos argumentos con los que se pretende sostener la no aplicación son inaceptables. Así, en Europa se afirma que la convención es un tratado

---

<sup>34</sup> Silva Romero. **Ob. Cit.** pág. 5.



que no es una fuente de reglas de derecho, sino que enuncia obligaciones de los Estados. Esta tesis es absolutamente descartable en la doctrina ya que ésta es unánime en el sentido de que el derecho convencional de los derechos humanos causa derechos que los ciudadanos pueden ejercer y cuya protección pueden reclamar directamente ante los tribunales de sus países; en otras palabras, son directamente operativos sin que sea necesaria una ley interna que reglamente su ejercicio.

De todos modos, se puede señalar que:

— Aunque no sea aplicable la convención, sí lo son las garantías que ella incluye en la noción de debido proceso, con lo cual el resultado práctico es el mismo.

— Recientemente, la Corte de Casación francesa resolvió que el derecho de acceso a la justicia establecido en el Artículo 6, Convenio Europeo de Derechos Humanos, es violado si la parte no puede obtener la integración de un Tribunal Arbitral.

d) Otros principios inderogables del proceso arbitral

El debido proceso supone, en esencia y como se ha visto, la igualdad de trato, la posibilidad de plantear suficientemente el caso, la de probar los hechos y la de tener una sentencia con fundamentos serios.



De allí que algunos autores<sup>35</sup> consideran que la contradicción, entendida como la exigencia de que las pruebas de cada parte sean conocidas y comentadas por la otra, se incluye también entre los principios esenciales del procedimiento arbitral. En este sentido el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) establece: “El Tribunal Arbitral podrá, si lo considera pertinente, requerir que una parte entregue al tribunal y a la otra parte, dentro del plazo que el Tribunal Arbitral decida, un resumen de los documentos y otras pruebas que esa parte vaya a presentar en apoyo de los hechos en litigio expuestos en su escrito de demanda o contestación (Artículo 24.2)” y “En caso de celebrarse una audiencia, el Tribunal Arbitral dará aviso a las partes, con suficiente antelación, de su fecha, hora y lugar. Si han de de poner testigos, cada parte comunicará al Tribunal Arbitral y a la otra parte, por lo menos quince días antes de la audiencia, el nombre y la dirección de los testigos que se propone presentar, indicando el tema sobre el que depondrán y el idioma en que lo harán” (Artículo 25.1 y 25.2).

En cuanto al laudo, cabe señalar que debe ser motivado, aunque no está de más señalar que en los países anglosajones se admite el laudo no motivado. Como ya lo hemos dicho, la garantía del debido proceso exige que la sentencia tenga fundamentos serios o, en otras palabras, sea razonable, pues lo irrazonable es inconstitucional.

---

<sup>35</sup> Cruz Miramontes, Rodolfo-Cruz Barney, Oscar. **El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias. Análisis y práctica en México**, pág. 56.



El laudo también debe ser completo (o exhaustivo) y congruente en el sentido de que ha de pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas y sólo sobre ellas.

Se predica del procedimiento arbitral su libertad formal, que hace a su flexibilidad y sencillez lo que autoriza al Tribunal Arbitral a adaptar el procedimiento —aun el establecido por la voluntad de las partes— a las circunstancias de cada caso.<sup>36</sup>

#### 4.2 El carácter convencional del reglamento de la Cámara de Comercio Internacional

##### a) Principio general

El Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional –CCI- dispone: “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 aplicable al arbitraje” (Artículo 15.1).

---

<sup>36</sup> Cruz Miramontes-Cruz Barney. *Ibid*, pág. 57.



De modo, pues, que el procedimiento se rige en primer lugar por el reglamento y sólo en caso de silencio de éste, por lo que las partes o el tribunal determinen. Sin embargo, ha de advertirse que el reglamento contiene normas mínimas y extremadamente flexibles.

Por lo que pocas son las reglas inderogables; entre ellas puede identificarse el principio según el cual “en todos los casos el Tribunal Arbitral debe actuar justa e imparcialmente y asegurarse que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso” (Artículo 15.2); tampoco podría prescindirse de elementos esenciales del procedimiento de la Cámara de Comercio Internacional como el acta de misión o el control previo del laudo por la Corte.<sup>37</sup>

Salvo este principio básico y elemental, las partes pueden convenir la sede del arbitraje (Artículo 14.1), el idioma en que él ha de desarrollarse (Artículo 16) y las reglas de procedimiento, las cuales normalmente se establecerán en el calendario de procedimiento que incluso puede ser modificado por actuaciones posteriores (Artículo 18.4).

Según Gandolfi: “Esta amplia libertad de los árbitros y de las partes se justifica con mayor razón en el arbitraje internacional, en el que las partes pueden provenir de

---

<sup>37</sup> Schäfer,- Verbist- Imhoos. **Ob. Cit**, pág. 96.



distintos sistemas jurídicos. No está de más señalar que entre el derecho común y el sistema romano-germánico probablemente existen más diferencias en el proceso que en el derecho de fondo, pues, en definitiva, la noción de contrato es la misma de un lado y del otro del canal de la Mancha, mientras que ideas como el discovery period o el cross examination, comunes para un abogado anglosajón, pueden resultar absolutamente extrañas para un abogado de América latina o de la Europa continental.”

38

Conforme a ello, los árbitros (y las partes) han tratado cada vez más de crear procedimientos que, en el grado apropiado, incorporen aspectos de las tradiciones legales de las partes.

#### b) Las leyes procesales locales

El reglamento establece en el dispositivo del Artículo 15.1 que las reglas podrán establecerse “con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje”.

Este precepto del reglamento trata de desvincular el procedimiento arbitral de las leyes procesales locales; ya hemos dicho que la Secretaría suele recomendar a los árbitros y a las partes no hacer referencia a ninguna ley procesal ni aun para su aplicación subsidiaria. Es que las leyes procesales estatales responden a las exigencias de los

---

<sup>38</sup> Gandolfi, Giuseppe. **Por un código europeo de contratos**, pág. 713.



procedimientos judiciales, y omitir referencia a esas leyes tiende a asegurar la flexibilidad del trámite arbitral y confirma que los procedimientos de la Cámara de Comercio Internacional no deben ser conducidos de la misma manera que los procedimientos ante los tribunales estatales.<sup>39</sup>

Del mismo modo, los árbitros pueden tomar en consideración las reglas procesales imperativas que rijan en el o los países donde pudiera procurarse la ejecución del laudo, aunque ello no es obligatorio, cumpliendo los árbitros adecuadamente con sus obligaciones atendiendo a la normativa del lugar de la sede.

#### 4.3 Otros reglamentos

El Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) también reconoce expresamente el principio de autonomía de la voluntad. Su Artículo 1.1 expresa: “Cuando las partes en un contrato hayan acordado por escrito que los litigios relacionados con ese contrato se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, tales litigios se resolverán de conformidad con el presente Reglamento, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar por escrito”.

---

<sup>39</sup> Schäfer- Verbist -Imhoos. **Ob. Cit.**, pág. 96.



De modo, pues, que en este reglamento es claro que la convención constituye la primera fuente, acordando a las partes la posibilidad de modificar el reglamento. Pero en ningún caso puede modificarse la legislación estatal imperativa que resulte aplicable al arbitraje; así lo prevé el Artículo 1.2 del mismo Reglamento.

Por su lado, el Acuerdo Mercosur distingue entre los procedimientos institucionales y los ad hoc. Para los primeros establece como regla primera que el procedimiento ante las instituciones arbitrales se regirá por su propio reglamento (Artículo 1 2.a); las otras disposiciones son normas no operativas, pues el inciso b) dispone que los Estados incentivarán a las entidades arbitrales asentadas en sus territorios para que adopten un reglamento común, y el c), que las instituciones arbitrales podrán publicar para su conocimiento y difusión las listas de árbitros, nómina y composición de los tribunales y reglamentos organizativos.

Para el arbitraje ad hoc el Acuerdo Mercosur reconoce la autonomía de la voluntad, pues el Artículo 12.2 dispone que las partes podrán establecer el procedimiento arbitral y “si las partes o el presente acuerdo nada hubiesen previsto”, se aplicarán las normas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial –CIAC– conforme a lo establecido en el Artículo 3, Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975— vigentes al momento de celebrarse la convención arbitral. Finalmente, una norma de cierre se incluye en el inciso c), en



cuanto manda que todo lo no previsto por las partes, por el acuerdo y por las normas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial –CIAC- será resuelto por el Tribunal Arbitral atendiendo a los principios establecidos en el Artículo 11 (contradictorio, igualdad de las partes, imparcialidad del árbitro y libre convencimiento).

#### 4.4 Atribuciones de los árbitros

La fuente de la función jurisdiccional que ejercen los árbitros es el acuerdo de las partes; y partes y árbitros están unidos por un contrato del cual emanan derechos y obligaciones de los árbitros.

Entre esos deberes están los de organizar y controlar el procedimiento, lo que supone el deber de dirigirlo de modo de convertirlo en un instrumento eficaz, lo que se evidencia en que se llegue, en un término razonable, a dictar un laudo válido y que, como tal, tenga fuerza de cosa juzgada para las partes, o sea que, los árbitros no son sujetos pasivos, sirvientes de las partes, como en alguna oportunidad se ha dicho, sino que han de tener un rol activo, justamente para evitar las dilaciones innecesarias, como la producción de pruebas inútiles o reiterativas, pero a la vez teniendo la facultad de requerir aquellas que consideren necesarias para bien resolver y, sobre todo, para preservar la garantía del debido proceso en todas sus exigencias.



Ahora bien, para cumplir estas obligaciones, los árbitros deben estar investidos de atribuciones o poderes que les permitan adoptar las decisiones relativas a la organización, el control y la dirección del procedimiento.

De modo que entre obligaciones y poderes existe un necesario diálogo. Los poderes o atribuciones son los medios que se ponen a disposición de los árbitros para que puedan cumplir los deberes que han asumido al celebrar el contrato de arbitraje.

a) Enumeración

En algunos reglamentos arbitrales se reconoce un rol importante al árbitro para dirigir e impulsar el procedimiento hacia su conclusión mediante el dictado del laudo. Así, en el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional –CCI- se atribuye al Tribunal Arbitral poder para:

- (i) Celebrar audiencias y reuniones donde lo considere apropiado (Artículo 14.2);
- (ii) Deliberar en cualquier lugar que considere apropiado (Artículo 14.3);
- (iii) Establecer —en caso de silencio del reglamento y omisión de las partes— las normas por las cuales se ha de regir el procedimiento (Artículo 15.1);



- (iv) A falta de acuerdo de las partes, determinar el idioma del arbitraje (Artículo 16);
- (v) Elaborar el acta de misión (Artículo 18.1);
- (vi) Previa consulta con las partes, elaborar el calendario provisional de procedimiento (Artículo 18.4);
- (vii) Disponer de oficio los medios para oír a las partes (Artículo 20.2);
- (viii) Decidir la audición de testigos, peritos nombrados por las partes o de cualquier otra persona, en presencia de las partes, o en su ausencia, siempre que hayan sido debidamente convocadas (Artículo 20.3);
- (ix) Previa consulta con las partes, nombrar uno o varios peritos, definir su misión y recibir sus dictámenes (Artículo 20.4);
- (x) Decidir la causa en base exclusivamente a los documentos presentados por las partes (Artículo 20.6);



- (xi) Durante el procedimiento y en cualquier momento, requerir a cualquiera de las partes que aporte pruebas adicionales (Artículo 20.5);
- (xii) Dirigir las audiencias (Artículo 21.3);
- (xiii) Autorizar, junto con las partes, la presencia de terceras personas en las audiencias (Artículo 21.3);
- (xiv) Declarar el cierre de la instrucción cuando considere que las partes han tenido suficiente oportunidad para exponer su caso (Artículo 22.1);
- (xv) Corregir de oficio cualquier error de cálculo o tipográfico o de naturaleza similar que contenga el laudo (Artículo 29.1).

Atribuciones similares se encuentran en el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), el que además reconoce la facultad del tribunal de fijar el lugar del arbitraje (Artículo 16.1) exigir o no traducciones de los documentos anexos a la demanda o contestación, y cualesquiera documentos que se presenten durante las actuaciones (Artículo 17.2); fijar plazo para notificar la demanda (Artículo 18.1), y para comunicar la contestación de demanda a la contraparte y a cada uno de los árbitros (Artículo 19.1); decidir si corresponden o no las modificaciones o complementaciones de la demanda o contestación (Artículo 20); si se requiere que las partes presenten otros escritos, además de los de demanda y contestación, o si pueden presentarlos, y fijar los plazos para comunicar tales escritos (Artículo 22); prorrogar los plazos acordados (Artículo 23); requerir que cada una de las



partes entregue a la otra un resumen de los documentos y otras pruebas que esa parte vaya a presentar (Artículo 24.2); que las partes presenten documentos u otras pruebas en el plazo que fije (Artículo 24.3); dirigir las audiencias de testigos y hacer los arreglos para sus traducciones si fueran necesarias (Artículos 25 y 25.4); determinar la admisibilidad, la pertinencia y la importancia de las pruebas (Artículo 25.6); en razón de circunstancias excepcionales podrá decidir, por propia iniciativa o a petición de parte, que se reabran las audiencias en cualquier momento antes de dictar el laudo (Artículo 29.2), etc.

En definitiva, se concluye que, ante el silencio de las partes, los árbitros tienen la libertad de definir el procedimiento, naturalmente dentro de ciertos límites.

De todos modos, parece exagerado afirmar que el procedimiento arbitral oscila entre el principio dispositivo y el inquisitivo en tanto confiere extensos poderes a los árbitros para dirigir e impulsar el procedimiento hacia su conclusión con el laudo,<sup>40</sup> pues siempre los árbitros deben tener en cuenta que el origen de su misión es la convención de las partes y que ellos aceptaron prestar un servicio a esas partes.

---

<sup>40</sup> Chillón Medina, José M. – Merino Merchan, José F. **Tratado de arbitraje privado, interno e internacional**, pág.231.



#### 4.5 Algunas medidas que pueden hacer más eficaz el procedimiento

Böckstiegel<sup>41</sup> traslada algunas de sus experiencias en una serie de interesantes consejos a los árbitros para hacer más eficaz el procedimiento. En concreto, señala que es conveniente que haya una reunión rápida entre las partes y los árbitros para obtener la mayor colaboración posible de las partes para adoptar decisiones útiles y eficaces, definir rápidamente las reglas de juego (especialmente si las partes provienen de distintas culturas jurídicas), fijar un calendario de procedimiento adecuado a las circunstancias del caso, definir rápidamente acerca de cuestiones tales como los escritos que han de presentar las partes y los mecanismos que se han de seguir para la producción y control de la prueba etc.

#### 4.6 Disidencia entre los árbitros y las partes

La doctrina plantea la posibilidad de conflicto entre las partes y los árbitros acerca de las reglas de procedimiento y la instrucción de la causa, habiéndose generado dos corrientes de opinión aparentemente muy opuestas.

---

<sup>41</sup> Böckstiegel, Kart-Heinz. **Principales criterios para los árbitros internacionales para la organización de un proceso eficaz**, pág.15.



Por un lado, están los que, teniendo en cuenta el origen convencional del arbitraje, tienden a hacer prevalecer la voluntad de las partes, de modo que los árbitros debieran aceptar los criterios impuestos por éstas o renunciar.

Otros, en cambio, hacen prevalecer la función jurisdiccional del árbitro y por ello consideran que los árbitros tienen que poder decidir cuestiones relativas al procedimiento, aun en contra de lo querido por las partes.

Algunos autores han propiciado una distinción entre reglas aplicables al procedimiento e instrucción de la causa; en lo primero, las partes tienen la mayor libertad y a tal elección son ajenos los árbitros; en el segundo plano, los árbitros tienen el poder de adoptar las decisiones que les permitan organizar y controlar el procedimiento, y con ello dictar un laudo válido en un plazo razonable.<sup>42</sup>

Éste parece ser el criterio que inspira a los reglamentos de arbitraje, que dan una gran libertad a los árbitros en lo que hace a la instrucción de la causa, como lo hemos visto en la enumeración de atribuciones que hace el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, siendo interesante señalar que el Reglamento de la Corte de Londres de Arbitraje Internacional (London Court of International Arbitration) alude explícitamente al más amplio poder que debe tener el Tribunal Arbitral para cumplir con sus deberes, que

---

<sup>42</sup> Pinsolle, Philippe-Kreindler, Richard H. **Los límites del papel de la voluntad de las partes dentro de la conducción de la instancia arbitral**, pág. 43.



es coherente con lo que nosotros señalamos más arriba: las atribuciones dadas a los árbitros están enderezadas a tomar eficaz el procedimiento, pero son además el medio de que los árbitros disponen para cumplir con sus obligaciones causadas en el contrato que cada uno otorgó con cada una de las partes al aceptar su misión.

De todos modos, y más allá de que los árbitros no son el valet de las partes, ellos deben conducir la instrucción con la suficiente diplomacia como para generar consensos y no contradicciones entre ellos y las partes. Claro es que sin autorizar dilaciones y costos innecesarios, lo cual supone que a veces tales conflictos pueden surgir y, en tal caso, deberán ser resueltos por los árbitros con la mayor prudencia para evitar que alguna de las partes pueda sentirse afectada en sus garantías dentro del proceso y con ello fundar una pretensión de nulidad.

#### 4.7 Cambio de las reglas por las partes

Si las partes cambiaran las reglas de procedimiento, pueden darse dos posibilidades: que los árbitros estén autorizados a ignorar esos cambios si obstaculizan el desarrollo del arbitraje —como prevé la ley sueca— o que puedan renunciar si ello implica una tarea sustancialmente distinta de la originalmente establecida.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> González de Cossío. **Ob.Cit.**, pág. 30.



#### 4.8 Control del ejercicio de las atribuciones de los árbitros

Como se ha visto, los árbitros gozan de atribuciones extensas para organizar, controlar y dirigir el procedimiento. Como toda atribución o poder debe estar sujeta a un cierto control.

La doctrina sistematiza ese control diciendo que puede ser ejercido en tres niveles: por la justicia estatal del país sede por vía de los recursos; por los mecanismos previstos por los reglamentos de arbitraje; y, finalmente, por el juez del exequátur.

Los reglamentos de arbitraje prevén la recusación; en este sentido, el ejercicio abusivo de los poderes de uno o más árbitros pueden dar lugar a la recusación sobre la base de la pérdida de independencia o imparcialidad. Pero tratándose de un arbitraje CCI, el reglamento concede numerosas atribuciones a la Secretaría y a la Corte que constituyen un contrapeso de las facultades y poderes de los árbitros, así, la Corte puede en ciertos casos fijar la sede, aprobar el acta de misión y, finalmente, controlar el laudo; por lo demás, como hemos visto, el reglamento tiene ciertas disposiciones indisponibles que, por lo tanto, no pueden ser afectadas ni por el acuerdo de las partes ni por las decisiones de los árbitros.



Las leyes estatales establecen la nulidad del arbitraje cuando los árbitros no han respetado la igualdad de las partes o el contradictorio.

Finalmente, un tercer plano de control del abuso de poder de los árbitros se concentra en el juez del exequátur, en tanto la Convención de Nueva York prevé que la parte contra la que se pretende la ejecución de un laudo arbitral extranjero puede oponer como defensa que “...no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa” (Artículo V.1.b) y que “...el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes” (Artículo V.1.d).

Claramente, estas defensas apuntan a atribuir al Tribunal Arbitral el no haber respetado la garantía del debido proceso, impidiendo a la parte hacer valer sus medios de defensa, o haber seguido un procedimiento que no fue conforme a lo convenido por las partes.



#### 4.9 Sede del arbitraje

En los arbitrajes internacionales resulta importante individualizar una “sede” del arbitraje, por lo que es necesario comenzar conceptualizando qué se entiende por “sede” o “lugar” del arbitraje.

Parecería casi superfluo definir el término sede del arbitraje, pero no lo es, pues se trata de un concepto puramente jurídico que representa el lugar donde las partes deciden localizar el arbitraje, aunque ni ellas ni los árbitros estén efectivamente allí y sin que suponga tampoco que las actividades del arbitraje deban desarrollarse en ese lugar.

En otras palabras, en principio el arbitraje tiene que estar “localizado” en algún lugar, pues ello determina —al menos como regla— la *lex arbitri*.

Hemos reiterado que la *lex arbitri* es un conjunto normativo formado tanto por las reglas establecidas en los códigos procesales o leyes especiales sobre arbitraje como por las que emanan de leyes de fondo, y de las convenciones y tratados internacionales incorporados al derecho del país sede.



Vista la cuestión del lado opuesto, el alcance de las leyes nacionales se limita a los arbitrajes que tienen lugar en el territorio de ese Estado. El arbitraje localizado en el territorio de un Estado estará sujeto a una ley de otro Estado sólo en cuanto a: reconocimiento de los efectos del acuerdo de arbitraje, posibilidad de pedir medidas cautelares, y reconocimiento y ejecución del laudo.

De lo expuesto surge que la elección de la sede constituye un evento crucial en la vida del arbitraje, pues determina su inserción en un ordenamiento jurídico que da sustento a la voluntad privada y al mismo tiempo la limita con sus reglas imperativas. En otras palabras, el arbitraje, aun internacional, se liga a determinado orden jurídico estatal que es el de la sede. El arbitraje deslocalizado es una hipótesis todavía excepcional.

De modo que, generalmente, las partes y en ocasiones un tercero (la institución que administra el arbitraje) designarán una “sede” del arbitraje, lo que se hará en función de los intereses de las partes y no de la efectiva vinculación de partes o árbitros con ese lugar.



a) Elección de la sede

En razón del principio de autonomía de la voluntad que rige en esta materia del procedimiento arbitral, son las partes las habilitadas a elegir, de común acuerdo, la sede del arbitraje. Es más, lo común es que ello esté previsto en la misma cláusula arbitral; la Cámara de Comercio Internacional, al recomendar la utilización de la cláusula arbitral modelo, recuerda a las partes la conveniencia de indicar en el acuerdo arbitral, el derecho aplicable al contrato, el número de árbitros, la sede y el idioma del arbitraje.

En el caso de los arbitrajes de la Cámara de Comercio Internacional, si las partes no han elegido la sede, lo hace la Corte Internacional de Arbitraje (Artículo 14.1), para lo cual pondera, en primer lugar, los comentarios que las partes han debido hacer sobre el punto en su demanda y contestación (ver Artículos 4.3 y 5.1 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional). Además, la Corte tendrá en cuenta los mismos factores que las partes deberían ponderar al pactar el lugar: si el país de la sede es signatario de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, cuál es el grado de interferencia posible de los tribunales locales, si las leyes locales establecen requisitos de forma o de fondo para el reconocimiento y ejecución de los laudos, los recursos que puedan ser intentados contra ellos conforme al derecho de la sede, la neutralidad con relación a la nacionalidad de las partes, la



mayor proximidad con los lugares donde se recogerá la prueba, la facilidad para ingresar al país de la sede (relativo a requerimientos de visas, por ejemplo), la estabilidad política del país de la sede, etc.<sup>44</sup>

El Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) prevé que, a falta de acuerdo entre las partes sobre el lugar en que haya de celebrarse el arbitraje, dicho lugar será determinado por el Tribunal Arbitral (Artículo 16.1). El Acuerdo Mercosur, en el Artículo 13.1, establece que las partes podrán designar a un Estado Parte como sede del Tribunal Arbitral y en caso de que no lo hicieren, el Tribunal Arbitral determinará el lugar del arbitraje en alguno de esos Estados, atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes.

#### a.1) Efectos de la elección de la sede

##### I) Importancia

Según Suarez Anzorena: “La doctrina apunta que el éxito de un procedimiento arbitral depende de dos circunstancias fundamentales: la idoneidad de los árbitros y la adecuada elección de la sede.”<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Derains, Yves-Schwartz, Eric A. **El nuevo reglamento de arbitraje de la cámara de comercio internacional. Guía de arbitraje comercial internacional**, pág. 248.



La localización del arbitraje no impide que los actos del arbitraje se celebren en cualquier otro lugar que resulte conveniente. Así lo establecen el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (Artículo 14.2) y el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) (Artículos 14.2 y 14.3), aplicándose esa regla tanto a las audiencias de prueba como a las deliberaciones del tribunal o a cualquier otro acto que deba desarrollarse en el procedimiento.

Pero cabe resaltar la existencia de dos casos bajo Reglas de la Cámara de Comercio Internacional, en que en el acta de misión se dispuso que las audiencias se llevarían a cabo en un lugar distinto al de la sede y la demandada se negó a firmarla. De acuerdo con lo previsto en el reglamento, el proyecto de acta de misión se elevó a la Corte, la que negó la aprobación, de donde se concluye que las audiencias deben llevarse a cabo en el lugar de la sede, salvo acuerdo de las partes y de los árbitros.

## II) Lugar de dictado del laudo

El laudo se considera dictado en el lugar de la sede del arbitraje (Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, Artículo 25.3). Más categóricamente el Reglamento el Reglamento de Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

---

<sup>45</sup> Suárez Anzorena, Carlos I. **Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional**, pág. 55.



Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) establece que el laudo se dictará en el lugar del arbitraje (Artículo 16.4).

### III) Control judicial del procedimiento

Uno de los efectos más relevantes que tiene la fijación de la sede del arbitraje es que el procedimiento se relacionará con las autoridades judiciales de ese lugar.

Ello significa que los tribunales judiciales actuarán como tribunales de apoyo y también serán llamados a entender en los recursos contra las decisiones de los árbitros, en particular contra el laudo.

De modo que las partes —o quien resulte llamado a fijar la sede— deberán ponderar el mayor o menor grado de colaboración que la ley local impone a los árbitros y la mayor o menor extensión de los recursos que puedan interponerse contra el laudo.

Parodi señala que: “hay que considerar favorablemente los países que establecen claramente la incompetencia del juez nacional para conocer en las demandas de anulación de laudos arbitrales que carecen de vinculación con el país sede del arbitraje. Apunta Parodi que ello es coherente con el hecho de que, en general, en un arbitraje



internacional, su impacto social y económico suele tener lugar fuera del país sede, precisamente porque dicho país ha sido seleccionado considerando la necesidad de neutralidad, lo que implica que ninguna de las partes tiene bienes o domicilio allí. En consecuencia, el laudo que se dicte difícilmente podría afectar intereses del país sede, a menos que se aplique también su derecho de fondo para resolver la controversia, en cuyo caso se podría a lo sumo considerar el valor de la decisión arbitral como un precedente en tal sentido”<sup>46</sup>

#### IV) Determinación de la materia arbitrable

Como el tribunal judicial de la sede será el que ejerza el control del proceso arbitral, utilizará su propio derecho para determinar si la materia es o no susceptible de ser sometida a arbitraje; esto debe ser tenido especialmente en cuenta al tiempo de determinar la sede, pues si la materia no fuere susceptible de ser resuelta por árbitros conforme a ese derecho del lugar, causarían la nulidad del laudo.

#### V) Aplicación de ciertas leyes locales

Algunas veces la elección del lugar determina la aplicación de ciertas normativas locales y ello puede ser decisivo para la suerte del asunto. Stephen Bond señala un

---

<sup>46</sup> Parodi, Víctor G. **La cláusula arbitral: efectos de la elección de la sede del arbitraje y el control judicial. Hacia un sistema de congruencias**, pág.501.



caso entre una compañía finlandesa y otra australiana, en el que se había establecido que la sede del arbitraje era Londres; presentada la demanda para el cobro de cierto royalty, el árbitro —aun asumiendo que el contrato se regía por el derecho de Finlandia— consideró aplicable el derecho inglés en materia de prescripción liberatoria —el derecho de Finlandia no tenía un régimen de prescripción comparable— y, por lo tanto, desestimó los reclamos que estaban prescriptos según esa ley.

#### VI) Aplicación de las disposiciones procesales imperativas

La elección de la sede hace que los árbitros deban tener en cuenta las disposiciones procesales imperativas del derecho del país sede, para evitar una nulidad del laudo; esto ha sido explicado ya varias veces por lo que no es necesario insistir.

#### VII) Imposibilidad de cambiar la sede por conveniencia de una de las partes

Otro tema que debe tenerse en cuenta es que la sede sólo podría cambiarse por acuerdo de ambas partes, siendo irrelevante que para alguna de las partes ella no sea “conveniente”.



Claro es que el cambio sin consentimiento de los árbitros daría derecho a éstos a renunciar, especialmente si la sede se situara en un país peligroso, en estado de guerra, etc.

En algún caso la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, cambió la sede de un arbitraje después de descubrir que un laudo dictado en ese lugar no sería reconocido en el país donde era probable que se ejecutara.

#### VIII) Ejecución del laudo

Se señala que es conveniente que el arbitraje se localice en Estados que sean signatarios de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, pues algunos países han ratificado la convención bajo reserva de reciprocidad. Por lo que si el laudo debe ser ejecutado en otro país distinto al de la sede, puede ser que ello sólo sea posible si este último ha ratificado la convención.



## b) Idioma

También relacionada íntimamente con el arbitraje internacional aparece la cuestión del idioma en que se ha de desarrollar el procedimiento, pues las partes pueden hablar lenguas distintas. Los reglamentos de arbitraje se ocupan de ella, pues resulta significativa tanto para el ejercicio de los derechos de las partes cuanto para la elección de los árbitros.

### b.1) Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional

Ya hemos señalado que en las disposiciones preliminares se recomienda a las partes la elección del idioma en la misma cláusula arbitral. Ello facilita elegir los abogados y los árbitros del caso y hasta hacer un cálculo de un rubro de los costos que no es menor, como las traducciones de documentos o de las declaraciones que peritos o testigos deban hacer en el caso.

Pero como es frecuente que no exista tal previsión, el Artículo 16 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional dispone: “A falta de acuerdo entre las partes, el Tribunal Arbitral determinará el o los idiomas del arbitraje teniendo en cuenta cualesquiera circunstancias pertinentes, incluido el idioma del contrato”.



## b.2) Elección de más de un idioma

El reglamento prevé la posibilidad de que las partes hayan elegido más de un idioma para el desarrollo del arbitraje, y también que así lo determine el Tribunal Arbitral.

Sin perjuicio de tal previsión, es una práctica desaconsejada por los expertos, pues conduce a incrementar los costos del arbitraje y —lo que es más grave— a que puedan existir documentos que al estar en más de un idioma se presenten en versiones no necesariamente coincidentes.

En la hipótesis de que por aplicación de la cláusula arbitral o por circunstancias excepcionales el Tribunal Arbitral resuelva que el procedimiento se desenvuelva en más de un idioma, se recomienda determinar uno de ellos como aquel en el cual se expresará el Tribunal Arbitral (especialmente al dictar el laudo) y el que prevalecerá en caso de incongruencias.



### b.3) Elección por el Tribunal Arbitral

A falta de acuerdo de partes, es el Tribunal Arbitral quien debe determinar cuál es la lengua en que se llevará el arbitraje. Ello lo hará usualmente en la primera orden de procedimiento que emita, aún antes del acta de misión prevista en el Artículo. 18, pues es necesario establecer en qué idioma se hará esta acta; o sea, de manera lo más inmediata posible a la recepción del expediente.

El Artículo 16 dispone que se tendrán en cuenta cualesquiera circunstancias pertinentes, incluido el idioma del contrato; es decir que éste no excluye que el tribunal pondere otros elementos (como el idioma de las partes, el de los árbitros y abogados, el del lugar de la sede del arbitraje, etc.), aunque sin duda la lengua usada para redactar el contrato será la primera opción.

### b.4) Árbitros

Los árbitros deben conocer el idioma del arbitraje de modo que puedan leer los documentos, asistir a las audiencias y escribir el laudo sin necesidad del auxilio de un traductor.



Sin embargo, en algunos casos la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI ha confirmado árbitros que tenían un conocimiento “no perfecto” del idioma del arbitraje que lo comprendían pero no necesariamente podían escribir en esa lengua. Es posible que en tales casos se haya hecho prevalecer la competencia técnica de los árbitros por encima de su manejo de la lengua.

En un caso en que el arbitraje se desarrollaba en dos lenguas, el inglés y otra de un país de Europa central, la parte “occidental” nombró a un árbitro que sólo manejaba el inglés, pues sino debería haber nombrado a un árbitro nacional del país de la otra parte. Habida cuenta de que tal limitación afectaba el derecho de la parte a participar igualmente de la elección de los miembros del tribunal, la Corte confirmó al propuesto, pese a que no manejaba una de las lenguas del arbitraje.

#### b.5) Documentos y audiencias

Los documentos que se presenten en idioma distinto al del arbitraje podrán ser traducidos a él o no, según lo acuerden las partes y lo acepten los árbitros. Es común que en un arbitraje en español no se traduzcan documentos otorgados en inglés o francés, especialmente si los árbitros conocen esas lenguas. Si se presentan traducidos, las partes pueden disponer que sean traducciones libres y que sólo si hay controversia se recurra a un traductor oficial.



En cuanto a las audiencias, también depende del acuerdo de las partes y de los árbitros que esté presente un traductor público o no. En algún caso uno de los árbitros ha colaborado o también los abogados de las partes. Sobre el punto no hay reglas fijas y debe hacerse aquello que resulte más práctico y menos costoso.

b.6) Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL)

Bajo el acápite “Idioma”, el Artículo 17 de este Reglamento dispone: “1. Con sujeción a cualquier acuerdo entre las partes, el Tribunal Arbitral determinará sin dilación después de su nombramiento el idioma o idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones. Esa determinación se aplicará al escrito de demanda, a la contestación y a cualquier otra presentación por escrito y, si se celebran audiencias, al idioma o idiomas que hayan de emplearse en tales audiencias. 2. El Tribunal Arbitral podrá ordenar que los documentos anexos al escrito de demanda o a la contestación, y cualesquiera documentos o instrumentos complementarios que se presenten durante las actuaciones en el idioma original, vayan acompañados de una traducción al idioma o idiomas convenidos por las partes o determinados por el Tribunal Arbitral.”



Se advierte entonces que es también el Tribunal Arbitral el que determina el idioma del procedimiento ante la ausencia de acuerdo de las partes, sin que haya una referencia explícita a las pautas que el tribunal debería ponderar para su elección. El silencio del reglamento no impide considerar que el idioma del contrato constituirá siempre un elemento relevante, pues, como lo veremos seguidamente, es un criterio generalizado en el arbitraje internacional.

#### b.7) Otros reglamentos

Algunos reglamentos establecen reglas aparentemente más rígidas, de las cuales resulta que el lenguaje del procedimiento será —a falta de acuerdo— el de la cláusula arbitral, pero concediendo al Tribunal Arbitral el elegir otra de acuerdo con las presentaciones de las partes y las circunstancias del arbitraje.

El Acuerdo Mercosur dispone, en el Artículo 13, que a falta de estipulación expresa de las partes, el idioma será el de la sede del Tribunal Arbitral, con lo cual prescinde de la lengua del contrato que parecería ser el elemento más valioso para los otros reglamentos.





## CAPÍTULO V

### 5. La prueba en el proceso arbitral comercial internacional

#### 5.1. La Prueba

##### a) Principios generales

Los autores suelen apuntar ciertos principios que rigen la carga, admisibilidad y producción de la prueba en el arbitraje internacional, que, en realidad, no están necesariamente excluidos en los arbitrajes domésticos y que, por el contrario, pueden servir de inspiración a éstos. De allí que más bien cabría hacer la distinción entre arbitrajes que se celebren conforme a alguna ley estatal o aquellos —institucionales o ad hoc— que están, en principio, sujetos a la convención de las partes también en este aspecto y ante los cuales la ley de la sede tiene una importancia menor.

También se apunta que la admisión y producción de la prueba, e incluso su valoración a la hora de laudar, dependen en gran medida de la cultura jurídica a la que pertenezcan los abogados y los árbitros. Los árbitros y los abogados formados en la familia romano-germánica van a dar preferencia a los documentos sobre los testimonios y estarán más dispuestos a ser rigurosos en cuanto a la oportunidad para ofrecer y producir la prueba. En cambio, los juristas del derecho común van a destacar la importancia de los testimonios, pretenderán interrogar a todos los testigos en audiencias (cross



examination) y estarán dispuestos a proveer *toda* la prueba documental que tengan en su poder ellos y sus clientes, y a exigirla de la otra parte, en una etapa que se denomina discovery period, lo que es indudablemente ajeno a la práctica de los abogados del derecho civil.<sup>47</sup>

Ello da lugar a muchas cuestiones que exigen del árbitro internacional hacer una síntesis de las diversas tradiciones jurídicas, lo cual pone a prueba su neutralidad cultural requerida en casos en que oponen partes provenientes de distintas culturas.<sup>48</sup>

Se pueden enunciar algunas reglas generales que rigen en la materia:

a) La carga de la prueba incumbe a quien invoca un hecho como fundamento de su pretensión

Éste es un principio universalmente admitido para cualquier tipo de proceso civil; en el ámbito propio del arbitraje apuntamos que el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) dispone que cada parte deberá asumir la prueba de los hechos en los que se basa para fundar sus acciones o defensas (Artículo 24).

---

<sup>47</sup> Hanotiau, Bernard. **Procedural traditions in international arbitration**. pág.85-87

<sup>48</sup> Derains, Yves. **La práctica de la administración de la prueba en el arbitraje comercial internacional**, pág.784.



Ello no obsta a la aplicación de ciertas morigeraciones de la regla que han sido desarrollados por la doctrina procesal; así, la parte está eximida de la prueba de los hechos notorios.

#### b) Admisibilidad amplia

Los tribunales arbitrales son muy amplios a la hora de admitir la producción de las pruebas propuestas por las partes, pues tienen como directiva principal la de respetar al máximo la audiencia de todas las alegaciones y argumentos de las partes y la garantía del debido proceso. En ambos planos está incluido el derecho de la parte a proveer toda la prueba que considere apropiada.

#### c) Producción de la prueba

Respecto de la producción, lo corriente es que las partes y el tribunal acuerden los mecanismos, y ello depende de cada medio de prueba y con relación a cada uno de ellos. En el caso de que no haya acuerdo es el Tribunal Arbitral el que decide.



#### d) Medios de prueba

No hay límites en los medios de prueba de que pueden valerse las partes; no obstante, lo más corriente es que se produzca prueba documental, testimonial, pericial y de inspección ocular.

#### e) Poderes del tribunal

Los tribunales arbitrales tienen amplios poderes para resolver las cuestiones que se planteen con relación a la prueba, tanto respecto de la admisión de los medios ofrecidos, como sobre su producción.

Pero más aún, los reglamentos de arbitraje suelen atribuir a los tribunales la facultad de requerir la producción de ciertas pruebas; así, el Artículo 20.5, Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, establece: “En todo momento durante el proceso arbitral, el Tribunal Arbitral podrá requerir a cualquiera de las partes para que aporte pruebas adicionales”. En la misma orientación el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) dispone: “En cualquier momento de las actuaciones, el Tribunal Arbitral podrá exigir, dentro del plazo que determine, que las partes presenten documentos u otras pruebas”.



f) Inexistencia de formalismos

La producción de la prueba en los procesos arbitrales está, en general, exenta de los formalismos propios de los procedimientos judiciales. De allí que no necesariamente haya plazos perentorios, que los documentos puedan presentarse sin legalizaciones o traducciones oficiales y que las partes puedan gozar de repetidas oportunidades de ofrecer y producir pruebas; esto último siempre con el límite que el Tribunal Arbitral debe fijar para evitar actuaciones que sólo, persigan dilatar el proceso.

g) Prueba de los hechos y del derecho

Es importante tener en consideración que la regla, según la cual el tribunal conoce el derecho aplicable, no es necesariamente un principio del arbitraje, lo cual encuentra su lógica en el hecho de que los árbitros pueden ser abogados graduados o con práctica en un país distinto a aquel cuyo derecho se aplica al caso, y en ciertos casos pueden no ser abogados.

De modo que las partes pueden adelantarse a proveer y el tribunal puede requerir la prueba del derecho aplicable, lo cual normalmente se hace a través de: (i) la agregación de copias de las leyes, citas de doctrina y jurisprudencia invocadas por las partes; y (ii)



la declaración testimonial de testigos expertos (expert witness) en el derecho con el cual se ha de resolver el caso.

## 5.2 Reglas del Colegio de Abogados Internacional (Internacional Bar Association)

El Consejo del Colegio de Abogados Internacional (Internacional Bar Association) aprobó el uno de junio de mil novecientos noventa y nueve las Reglas del Colegio de Abogados Internacional (Internacional Bar Association) las que en adelante, identificaremos como Reglas IBA.

Es un cuerpo de disposiciones relativas a la admisibilidad y producción de la prueba que ha intentado armonizar los criterios del derecho común y del derecho civil.

Por supuesto, no son reglas obligatorias ni están destinadas a sustituir, sino a complementar las normas de los reglamentos institucionales, tienen gran aceptación como criterios de orientación para las partes y los árbitros<sup>49</sup>, y nada obsta a que se convenga en un arbitraje particular adoptarlas, en todo o en parte, para regir en el caso concreto.

---

<sup>49</sup> Bond, Stephen R. **Arbitral procedure at the dawn of the millennium**, pág. 101.



### 5.3 Los medios de prueba

#### a) Prueba documental

##### a.1) Oportunidad de la presentación

Los abogados formados en la tradición jurídica romano-germánica o romano-canónica, están habituados a la presentación de toda la documentación de que intenten valerse junto con la demanda. Sin embargo, ésta no es la regla general en los arbitrajes, en los que las partes pueden reservar la documentación —o presentar nueva— para el momento de las alegaciones anteriores al acta de misión (si se trata de un arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional) y a veces en etapas posteriores.

Por lo demás, las partes pueden convenir —al tiempo del acta de misión o del calendario de procedimientos en los arbitrajes de la Cámara de Comercio Internacional o en las primeras reuniones con el tribunal en otros procedimientos— la oportunidad y el modo en que los documentos serán presentados.



Por lo general, la presentación tardía de documentos no obsta a su consideración si hay una explicación del retraso, pero en todos los casos debe darse oportunidad a la otra parte para que se expone sobre la eficacia del documento de que se trate.

#### a.2) Formalidades

En los procedimientos arbitrales la presentación de los documentos no está sujeta a los requisitos formales que imponen las leyes procesales judiciales. De allí que muchas veces se presentan en copia o, sin traducciones ni legalizaciones. Excepcionalmente, si alguna parte tiene alguna duda sobre la autenticidad del documento, podría requerir alguna medida tendiente a su acreditación.

Ya hemos dicho que puede eximirse a la parte de traducir los documentos al idioma del proceso arbitral si las partes y los árbitros conocen la lengua en que están redactados. Es común que los tribunales arbitrales no requieran la traducción de documentos presentados en inglés.



### a.3) Documentos en poder de terceros y de la otra parte

Éste es uno de los temas complejos en esta materia de la prueba, pues enfrenta dos concepciones claramente distintas del proceso, la del derecho común y la del derecho civil, pues en la primera existe la institución del *discovery* desconocida prácticamente en la segunda.

### a.4) El Discovery

Según Cremades “el discovery es una institución procesal de derecho anglosajón que carece de equivalente en el derecho continental. Se refiere a la facultad que tienen las partes en el proceso civil para solicitar del contrario cualquier documento, así como la declaración oral de la parte contraria en confesión, o de testigos cercanos al círculo del contrario, en relación con cualquier información relativa al litigio; todo ello con carácter previo al juicio civil y con el objeto de prepararlo.”<sup>50</sup>

La filosofía del discovery es que con anterioridad al juicio cada parte en una acción civil tiene derecho a la exhibición de toda información relevante en poder de cualquier persona, a menos que la información sea privilegiada; en los Estados Unidos tiene un

---

<sup>50</sup> Cremades, Bernardo M. **Discovery en el arbitraje transnacional**, pág. 171.



papel fundamental facultando a las partes para la obtención de toda información relevante en poder de cualquier persona, para así obtener el mejor y más completo conocimiento de los hechos enjuiciados.<sup>51</sup> Los principios rectores son exhibición completa, igualdad de información y la evitación de sorpresas en el juicio o la audiencia. Es evidente que ésta es una institución muy extraña a nuestro modo de enfocar el proceso, en el que la parte no está obligada en manera alguna a autoincriminarse, no tiene más que una obligación limitada de exhibir documentos denunciados por la otra parte (e incluso en poder de terceros), más aún, algunos autores lo han calificado de inquisitorial e intrusivo en la vida privada.

Esas diferencias se manifiestan en los procesos arbitrales cuando se enfrentan partes y abogados formados en los distintos sistemas, pues será común que los abogados americanos o ingleses ofrezcan como testigos a muchas personas vinculadas a la contraparte y que identifiquen múltiples documentos cuya exhibición pretenden, lo cual, por lo menos, sorprenderá a los abogados contrarios formados en el derecho civil.

En estos casos los tribunales arbitrales se encontrarán frente a un problema serio, pues cualquiera que sea la decisión que adopten es posible que una u otra de las partes sienta agraviada la garantía del debido proceso.

---

<sup>51</sup> Broker, Charles. **Discovery and production of evidence in the United States: theory and practice**, pág. 17.



Por ello, es conveniente que al tiempo de establecer las reglas de procedimiento se trate de convenir en cuanto a documentos en poder de la otra parte y testigos, de modo de evitar que sea el Tribunal Arbitral el que deba dirimir.

#### a.5) Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional

El Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional no contiene previsiones especiales sobre la prueba documental, aludiendo a los documentos sólo tangencialmente al referirse a la demanda (Artículo 4.5) y a su contestación (Artículo 5.4), por lo que la presentación de documentos puede hacerse en etapas posteriores, aunque siempre debiéndose acordar a la otra parte el derecho de expedirse sobre los nuevos documentos agregados.

En cuanto a la posibilidad de pedir al Tribunal Arbitral que ordene a la otra parte la exhibición de documentos que se encuentran en su poder, tiene sustento en el Artículo 20.5 del reglamento conforme al cual: “En todo momento durante el proceso arbitral, el Tribunal Arbitral podrá requerir a cualquiera de las partes que aporte pruebas adicionales” y también en el Artículo 20.1, en cuanto dispone que el Tribunal Arbitral instruirá las causas por cualesquiera medios apropiados.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> Craig, Lawrence W.- Park, William W.- Paulsson, Jan. **International chamber of commerce arbitration**, pág. 449.



Ahora bien, como en los procedimientos arbitrales no se autoriza la llamada “excursión de pesca”, es necesario que el pedido de documentos en poder de la contraparte se limite a los que sean identificados con razonable precisión y que se demuestre prima facie que son relevantes para el proceso; señalan además Derains y Schwartz, con criterio plenamente compartible, que “el Tribunal Arbitral al resolver sobre este pedido tenga en cuenta las expectativas legítimas de las partes tomando en consideración sus antecedentes y los de sus Abogados, así como la necesaria protección de los secretos comerciales e industriales, de la información confidencial (Artículo 20.7), los gastos y dificultades que pueda significar la obtención o exhibición de los documentos o sus copias.”<sup>53</sup>

Se señala también que el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional –CCI– no causa un derecho al discovery, sino que la parte puede requerir la producción de ciertos documentos —como se ha dicho, individualizados y habiéndose explicado la importancia de éstos para la resolución de la causa— y la decisión queda a la discreción del tribunal de acuerdo con las circunstancias del caso. De allí que un caso típico de producción de documentos impuesta por el Tribunal Arbitral es el de los contratos de licencia, en los cuales el obligado al pago del royalty se niega a acompañar las constancias de las ventas; en esa hipótesis el tribunal puede ordenar la entrega de facturas u otros documentos; también lo es el caso de documentación técnica preparada para la ejecución de un contrato, especialmente si la parte a la cual

---

<sup>53</sup> Derains – Schwartz. **Ob. Cit**, pág. 321.



se dirige la orden de exhibición tiene obligación contractual de suministrar tal documentación.<sup>54</sup>

La exhibición general de documentos ha sido autorizada en ciertos casos excepcionales, en los que existía una base contractual para ello. La no presentación del documento podría habilitar que el tribunal o la parte soliciten el auxilio del tribunal judicial de la sede o del lugar donde el documento se encuentre para que requiera la presentación del documento. La extensión de la colaboración que el tribunal judicial preste a este efecto estará determinada por la ley local en esta materia.

Asimismo, el Tribunal Arbitral podrá sacar las conclusiones pertinentes de la negativa de la parte a presentar un documento cuya existencia sea verosímil, como que el documento tiene un contenido negativo para la parte que se niega a exhibirlo, en el ejemplo del contrato de licencia, que las ventas han seguido en el mismo nivel que existía en períodos en que los royalties fueron pagados, o que ellas crecieron al mismo nivel que la economía general del país o que se tomen en consideración los números presentados por la otra parte.

De todos modos, el Tribunal Arbitral no tiene atribución para sancionar a la parte que no acompaña o exhibe los documentos que se le requieren, pero en ocasiones advierte

---

<sup>54</sup> Craig, Lawrence W.- Park, William W.- Paulsson, Jan. **Ob. Cit.**, pág. 449.



que la desobediencia a su orden podría ser negativamente considerada, que es la conclusión que autoriza el numero. 9.4, de las Reglas del Colegio de Abogados Internacional (Internacional Bar Association).

De esta manera, se supera en alguna medida la falta de imperium de los árbitros para exigir la presentación de los documentos.

Finalmente, el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, nada dice sobre los documentos en poder de terceros. Creemos que ello no obsta a que pueda requerirlos, y ante la negativa de éstos a presentarlos podría la parte o el tribunal requerir la colaboración del tribunal judicial que, como en el caso anterior, será hecha en los límites de la ley del foro.

a.6) Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL)

En cuanto al Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), después de establecer la regla sobre carga de la prueba, dispone que el Tribunal Arbitral podrá, si lo considera pertinente, requerir que una parte entregue al tribunal y a la otra parte, dentro del plazo que el Tribunal Arbitral decida, un resumen de los documentos y otras pruebas que esa parte



vaya a presentar en apoyo de los hechos en litigio expuestos en su escrito de demanda o contestación, así como que las partes presenten documentos u otras pruebas (Artículo 24.3, Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL)).

Las cuestiones deberían ser conducidas por los árbitros en términos no distintos de aquellos que hemos expuesto para los arbitrajes de la Cámara de Comercio Internacional.

a.7) Algunas conclusiones sobre los reglamentos examinados:

Del examen de los reglamentos, surgen dos conclusiones:

La primera es que todos prevén alguna forma de discovery, en el sentido de que los árbitros pueden ordenar la producción de ciertos documentos más allá de lo que las partes espontáneamente han aportado.

La segunda es que esos reglamentos no dan reglas detalladas, sino instrucciones generales que deben ser completadas en cada caso concreto.



Para esta última tarea, las Reglas IBA constituyen una guía muy apropiada.

a.8) Reglas del Colegio de Abogados Internacional (Internacional Bar Association)

Estas Reglas establecen como principio que cada parte debe presentar al tribunal y a la otra parte todos los documentos disponibles en los cuales se basa (Artículo 3.1), con lo cual habilita un discovery limitado que se instrumenta a través de las normas que autorizan a las partes a presentar al Tribunal Arbitral un requerimiento de producción de prueba que se identifica como “solicitud para aportar” (request to produce).

La solicitud para aportar requiere una individualización bastante cuidadosa y detallada del documento que se reclama, así como una manifestación acerca de la relevancia que puede tener. La parte requerida está, en principio, obligada a presentar la documentación, salvo que invoque alguna de las objeciones autorizadas por el Artículo 9.2 de las mismas Reglas, ante lo cual el Tribunal Arbitral debe adoptar una decisión.

A su vez, el Tribunal Arbitral está autorizado —en cualquier momento antes de la conclusión del arbitraje— a requerir a las partes presentar cualquier documento que considere relevante para la solución del caso. La parte requerida puede oponerse sobre la base del Artículo. 9.2.



En caso de que la objeción fundada en el Artículo 9.2, opuesta a un pedido de la otra parte o a un requerimiento oficioso del tribunal, sólo pudiera resolverse examinando el documento y el tribunal determinara que no debería revisarlo, este tribunal puede, después de consultarlo con las partes, designar un experto imparcial e independiente, obligado a mantener confidencialidad, a revisar el documento e informar sobre la objeción; el experto no debe descubrir el contenido del documento al tribunal ni a la otra parte (Artículo. 3.7).

Las Reglas también prevén el pedido de documentos a terceros ajenos al proceso (Artículo 3.8). En ese caso la parte que pretenda el documento, debe identificar el documento con suficiente detalle y explicar por qué es relevante para la solución del caso. El Tribunal Arbitral debe decidir si el documento es relevante y, en ese caso, deberá seguir los pasos legalmente disponibles para obtener el documento. O sea que, en definitiva, el Tribunal Arbitral deberá requerir la colaboración del tribunal judicial de apoyo.

Las Reglas también autorizan a acompañar documentos adicionales que las partes crean que han devenido relevantes como consecuencia de los asuntos tratados en documentos, declaraciones testimoniales o informes periciales presentados o producidos por la otra parte (Artículo 3.10).



## b) Prueba testimonial

La prueba testimonial es otro campo en el cual las distintas culturas jurídicas se enfrentan.

Los abogados, las partes y las leyes de países del derecho civil desconfían de la sinceridad de los testigos y por ello rodean la declaración testimonial de una serie de recaudos destinados a generar una declaración lo más espontánea posible y ajena a las influencias de las partes. De allí que se considere inaceptable que las partes o sus abogados “preparen” a los testigos, que éstos escuchen las declaraciones de los otros, que se valgan de notas o documentos en el momento de la declaración, etc. Por lo demás, los testigos deben ser sujetos ajenos a las partes y no tener ningún interés en el proceso, por lo que habitualmente son interrogados a tenor de lo que se denomina —vaya a saber por qué— “las generales de la ley”.

En cambio, en el derecho anglosajón la práctica es absolutamente opuesta. Por empezar, se considera que cualquier hecho o documento tiene mayor peso si es presentado, ratificado o expuesto de algún modo por un testigo; o sea que confían mucho en las declaraciones testimoniales y ellas tienen gran peso a la hora de la decisión. De allí que los abogados interroguen a los testigos para demostrar o destruir su credibilidad. Es muy común que se cite como testigos a las partes, a sus



representantes, empleados, etc. Por otra, es común que se hagan interrogatorios previos en los estudios de los abogados y luego se haga una audiencia ante el juez o tribunal: y es perfectamente legítimo que los abogados entrevisten y “preparen” al testigo, anticipándole lo que le han de preguntar y advirtiéndole sobre lo que el abogado de la otra parte hará. Siempre destinado a hacerle perder credibilidad.

En definitiva, los abogados del derecho civil construyen el caso sobre los documentos y, según las circunstancias, en lo que los peritos previsiblemente han de sostener, y sólo en segundo plano atribuyen alguna relevancia a la prueba testimonial. En cambio, un abogado estadounidense o inglés ha de tener en mayor consideración los testimonios; y ello comprende incluso a los peritos que serán interrogados como cualquier otro testigo.

Se dice que las Reglas IBA intentan conciliar ambos sistemas.

#### b.1) Admisibilidad

Ninguna ley o reglamento —salvo como se verá algunos reglamentos de leyes locales— establece un límite al número de testigos, que sin embargo las partes pueden convenir.



Los tribunales arbitrales pueden requerir que las partes indiquen para qué quieren la prueba testimonial, cuáles son los hechos sobre los cuales va a versar la declaración y qué relevancia puede tener para la resolución del caso; y con esos elementos decidir si procede o no recibir su testimonio.

Las Reglas IBA permiten, en cambio, incorporar nuevos testigos si por las declaraciones testimoniales o informes periciales surgen nuevos hechos. Obviamente la flexibilidad de las reglas IBA es muchísimo más razonable que la rigidez del Reglamento del Tribunal de Arbitraje de la Bolsa que está inspirado en los criterios del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que convierten al proceso en una suerte de etapas estancas, en las que todo se juega en primera presentación.

#### b.2) Forma de la declaración

Es de práctica que los testigos declaren por escrito sobre la base de un interrogatorio preparado por la parte que lo ofrece.

En general, no se considera irregular que los abogados de las partes sean los que vuelquen por escrito las declaraciones, aunque, obviamente, deben ser fieles a lo que el testigo efectivamente dijo. En cuanto a su contenido se recomienda que incluyan un juramento o promesa de decir verdad, un currículum vitae, la experiencia como testigo



experto si pertenece a esa categoría de testigos, y aun que se incluya una foto para que los árbitros lo identifiquen en el momento de la audiencia.

Luego el testigo puede ser interrogado en audiencia tanto por la otra parte como por el tribunal.

Estas declaraciones escritas son de gran utilidad, pues permiten determinar si es o no necesario escuchar al testigo en audiencia, y, en su caso, a preparar la audiencia y a reducir el número de preguntas a hacerle.

### b.3) Documentos agregados a las declaraciones

Una cuestión que puede plantearse es que los testigos acompañen documentos junto con su declaración escrita.

Su incorporación o no es materia que deben decidir los árbitros, teniendo en cuenta que deben evitar que de este modo se violen las reglas establecidas por las partes para la producción de prueba documental.



#### b.4) Testimonio en audiencias

En las audiencias, que siempre se celebran bajo dirección del Tribunal Arbitral (Artículo 21.3 Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional); se procede al interrogatorio de los testigos, lo que generalmente comienza con una manifestación de que lo que va a expresar es verdad.

El desarrollo de la audiencia generalmente se conviene entre las partes y los árbitros; y si no hubiere acuerdo decide el tribunal (Reglamento Uncitral, Artículo 25.4; Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional Artículo 21.3).

Las audiencias están amparadas por la confidencialidad propia del arbitraje, por lo que, salvo acuerdo de las partes, sólo pueden estar presentes las partes y el testigo. Además, es aconsejable que no estén en la sala los otros testigos que declararán posteriormente.

Suele comenzar el interrogatorio la parte demandante con la presentación de sus propios testigos; es habitual que el testigo se ratifique de su declaración escrita y a partir de allí se le pregunte sobre lo que él mismo ha firmado; luego la contraparte procede a contrainterrogar. En oportunidades las partes pueden convenir que haya una nueva ronda de ambas partes o sólo de la parte que lo propuso. Es común también



que se fije un tiempo límite para la permanencia del testigo en el estrado. Obviamente, el tribunal puede interrogar libremente al testigo, sea durante el período asignado a las partes o cuando éste finaliza.

Las audiencias pueden celebrarse por videoconferencia, en un caso, debía declarar un testigo que vivía en Australia y era excesivamente costoso hacerlo viajar a Buenos Aires, sede del procedimiento, por lo que las partes convinieron y el tribunal aceptó que se recibiera su declaración por videoconferencia, que fue grabada en video y luego transcrita en soporte papel.

Puede suceder que el testigo no comparezca a la audiencia. En tal caso el tribunal ponderará si procede o no citarlo a una nueva audiencia que se fije, lo que puede ocurrir si existen motivos justificados para la inasistencia y la declaración es particularmente relevante para la resolución del caso.

Si el testigo hubiera hecho una declaración escrita y no compareciese a la audiencia, el tribunal podría descartar su testimonio. Esto es lo que prevén las reglas IBA.



#### b.5) Testigos expertos

En la doctrina procesal se identifica al testigo experto como aquel que depone sobre una determinada rama del conocimiento para ilustrar a los jueces o árbitros<sup>55</sup>. Como hemos señalado antes, en los arbitrajes es frecuente la utilización de testigos expertos en derecho, pues no es inexorable que los árbitros conozcan el derecho aplicable al fondo del asunto, ya que pueden estar formados en un derecho distinto.

Los testigos expertos en derecho se expiden sobre la existencia, interpretación y aplicación del derecho de fondo en función del cual se resolverá el caso; lo hacen a partir de un interrogatorio que prepara la parte que lo propone. El interrogatorio puede versar sobre cuestiones más o menos abstractas, como cuándo se produce la mora en las obligaciones a plazo incierto o cuál es el lugar de pago en las obligaciones de dar cosas ciertas cuando ello no ha sido convenido por las partes. O puede tener relación más próxima con los hechos del caso.

Naturalmente, la contraparte suele también tener su experto en el derecho del país, y se producen declaraciones escritas que se acompañan con las constancias de los antecedentes profesionales y académicos de cada uno de los testigos expertos; suele ser importante que también el testigo deje constancia de en cuántos casos y ante qué

---

<sup>55</sup> Devis Echandía, Hernando. **Teoría General de la prueba judicial**, pág. 45.



jurisdicciones arbitrales o judiciales ha intervenido antes en ese carácter. Con la declaración del testigo se agregan copias de las partes pertinentes de los libros, artículos y fallos citados en apoyo de la opinión.

El testigo de derecho es también interrogado en audiencia bajo los procedimientos ya vistos.

#### b.6) Quiénes declaran como testigos

Para los juristas formados en el derecho civil, los testigos suelen ser terceros ajenos a las partes; las personas relacionadas —como los directores, gerentes o dependientes de las empresas que son parte— no son necesariamente excluidas, pero se considera que su testimonio suele tener menos valor; y más aun, algunos consideran que obligar a estos testigos a declarar es una forma de constreñir a la parte a autoincriminarse.

En cambio, los abogados del derecho común están habituados a un mecanismo absolutamente opuesto; citan a declarar como testigos a cualquier persona, aunque tenga relación estrecha con la otra parte y, más aún, citan a la misma contraparte y en el caso de personas jurídicas a sus representantes legales, empleados, funcionarios, etc.



Cuando en los arbitrajes se plantea este tipo de conflicto, es muy difícil de resolver. El Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional se limita a decir que el tribunal podrá decidir la audición de testigos (Artículo 20.3), con lo cual deja a la discreción de los árbitros a quiénes y a cuántos citar. En cualquier caso es importante que la parte indique sobre qué materia quiere interrogar a los testigos, la importancia de su declaración para la decisión y, de ser posible, cuál ha sido la participación del posible testigo y cómo pudo acceder al conocimiento de los hechos relevantes; de modo de dar al tribunal un panorama completo en función del cual éste pueda tomar una decisión fundada.

El Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) se limita a decir que si han de deponer testigos, cada parte comunicará al Tribunal Arbitral y a la otra parte, por lo menos quince días antes de la audiencia, el nombre y la dirección de los testigos que se propone presentar, indicando el tema sobre el que depondrán y el idioma en que lo harán (Artículo 25.2). De todos modos, el hecho de que se presente la lista no quiere decir que toda la prueba será admisible, pues conforme al Artículo 25.6, el Tribunal Arbitral determinará la admisibilidad, la pertinencia y la importancia de las pruebas presentadas.

De modo que no hay reglas precisas sobre esta materia en los reglamentos más comunes. Como veremos seguidamente, las Reglas IBA incursionan sobre este punto como sobre los demás que hemos venido tratando, y la doctrina señala que en, alguna



medida, se viene imponiendo el concepto anglosajón, con lo cual se autoriza el examen en audiencia y en calidad de testigos de representantes, gerentes y empleados de las partes.

#### b.7) Reglas del Colegio de Abogados Internacional (International Bar Association)

Estas Reglas contienen algunas precisiones que pueden guiar la solución de los principales conflictos que pueden plantearse.

En concreto, disponen:

- Las partes deben identificar a los testigos y la materia sobre la cual han de deponer (Artículo 4.1);
- Cualquier persona puede declarar como testigo, inclusive las partes, un funcionario, empleado u otro representante de las partes (Artículo 4.2);
- No se considera impropio que la parte, sus abogados, empleados, funcionarios o representantes interroguen a los testigos o potenciales testigos (Artículo 4.3);
- El tribunal puede ordenar que las partes suministren una declaración escrita de



cada testigo (Artículo 4.4); el contenido se explicita en el Artículo 4.5. y comprende una afirmación acerca de la verdad de lo declarado y una completa descripción de los hechos y de la fuente de la información del testigo;

- Las partes tienen derecho a incorporar nuevas declaraciones escritas de éstas o de otras personas no previamente designadas como testigos para referirse a materias incluidas en las declaraciones incorporadas por la otra parte, siempre que esas materias no hubieran sido anteriormente presentadas en el arbitraje (Artículo 4.6);
- Cada testigo que se expresó por escrito debe concurrir a una audiencia, salvo acuerdo de partes (Artículo 4.7); si el testigo no concurre, el tribunal debe eliminar su declaración escrita, salvo que por excepcionales circunstancias determine otra cosa (Artículo 4.8). Se aclara que la conformidad para que un testigo no comparezca a una audiencia, no significa consentir en la corrección de su declaración (Artículo 4.9);
- En el caso de que un testigo no quiera concurrir voluntariamente, la parte puede requerir al tribunal para que lo haga citar por el tribunal judicial de apoyo (Artículo 4.10);
- Como se prevé en la mayor parte de los reglamentos, las Reglas IBA también disponen que el Tribunal Arbitral puede, en cualquier tiempo antes de la conclusión del procedimiento, ordenar a una parte que haga concurrir, o use sus mejores esfuerzos para hacer concurrir a una audiencia de prueba para que declare como



testigo, a cualquier persona, incluso a quienes no habían sido ofrecidos como tales antes (Artículo 4.11);

- El Tribunal Arbitral tiene el control de las audiencias, y el Artículo 8.1 dispone que puede eliminar las preguntas irrelevantes, excesivamente complejas, reiterativas o que pudieran ser objetadas bajo las reglas del Artículo 9.2, que enumera las razones por las cuales una de las partes puede negarse a producir un documento u otra prueba;
- Obviamente, el tribunal puede interrogar al testigo en cualquier momento durante la audiencia (Artículo 8.2).

#### c) Prueba pericial

##### c.1) Generalidades

Para empezar es interesante destacar que también existen diferencias entre los distintos sistemas de derecho en cómo se usa este medio de prueba. Los abogados del derecho civil estamos habituados a que los peritos los nombra el tribunal; éste puede interrogarlos, pedirles explicaciones, solicitar ampliaciones de dictámenes. En cambio, en la práctica anglosajona los expertos son designados por las partes y son ellas quienes los interrogan, estando dirigido el cuestionario a demostrar la credibilidad



del experto (que normalmente depondrá como un expert witness) o a destruir esa credibilidad cuando el que pregunta es el abogado de la otra parte.

Para Hanotiau “los reglamentos intentan una suerte de transacción entre ambos sistemas, pues comienzan por autorizar al Tribunal Arbitral a designar expertos para que ilustren al tribunal sobre cuestiones de ciencia o arte, pero no excluyen que los peritos sean interrogados libremente por las partes y por el tribunal.”<sup>56</sup>

Cabe apuntar que mientras el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional contiene una regulación escueta, limitándose a la previsión de la designación y a autorizar el interrogatorio en audiencia, el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) contiene un detalle mucho mayor. Así, éste en su Artículo 27 dispone: “1. El Tribunal Arbitral podrá nombrar uno o más peritos para que le informen, por escrito, sobre materias concretas que determinará el tribunal. Se comunicará a las partes una copia de las atribuciones del perito, fijadas por el tribunal.”

Las partes suministrarán al perito toda la información pertinente o presentarán para su inspección todos los documentos o todas las cosas pertinentes que aquél pueda

---

<sup>56</sup> Hanotiau, Bernard. **Ob. Cit.** pág. 96.



pedirles. Cualquier diferencia entre una parte y el perito acerca de la pertinencia de la información o presentación requeridas se remitirá a la decisión del Tribunal Arbitral.

Una vez recibido el dictamen del perito, el tribunal comunicará una copia del mismo a las partes, a quienes se ofrecerá la oportunidad de expresar por escrito su opinión sobre el dictamen. Las partes tendrán derecho a examinar cualquier documento que el perito haya invocado en su dictamen.

Después de la entrega del dictamen y a solicitud de cualquiera de las partes, podrá oírse al perito en una audiencia en que las partes tendrán oportunidad de estar presentes e interrogar al perito. En esta audiencia, cualquiera de las partes podrá presentar testigos peritos para que presenten declaración sobre los puntos controvertidos. Serán aplicables a dicho procedimiento las disposiciones del Artículo 25 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional.

Por lo tanto, en los arbitrajes bajo el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional es conveniente que las partes acuerden acerca de cómo se ha producir la prueba pericial, lo cual, según nuestra experiencia, puede recaer en muchos puntos, tales como:

— El número de peritos;



- Quién los designa; si es un perito único, es lógico que lo designen las partes de común acuerdo o, en caso de no coincidencia, que la nominación la haga el Tribunal Arbitral; si se prevé un perito por cada parte, suele pactarse que en caso de controversia entre los expertos éstos designen a un tercero; también pueden dejar la decisión acerca de la necesidad del tercero y su designación al Tribunal Arbitral;
- Cuáles serán las áreas del conocimiento en las que habrán de ser expertos;
- Si pueden ser personas jurídicas que actúen como peritos (lo que es frecuente en caso de auditorías contables);
- Quién se hace cargo de sus honorarios y costos (al menos inicialmente); se puede prever también cuál será el monto máximo de honorarios a pagar a los expertos o que antes de ser efectivamente designados presenten un presupuesto;
- La información que se les ha de suministrar;
- Si han de trabajar los distintos peritos de manera conjunta o separada;
- Si han de presentar un solo informe o dos;
- Si después de presentado cada informe elaboran en conjunto un informe de coincidencias y diferencias;



- Sobre cómo podrán las partes formular objeciones, en qué término y si ellas serán contestadas por escrito o directamente en la audiencia que se prevea a los efectos de que el tribunal y las partes interroguen a los expertos; y
- Sobre el modo en que habrán de ser interrogados en las audiencias (orden de los interrogatorios, duración, etc.).

Se apunta en la doctrina que también suele hacerse un careo de expertos; lo cual en la práctica ha dado un excelente resultado, pues en algunos casos permitió al tribunal ilustrarse sobre complejos aspectos técnicos y, sobre todo, entender las diferencias —a veces sutiles— que existían entre los informes.

#### c.2) Reglas del Colegio de Abogados Internacional (International Bar Association)

Las reglas del Colegio de Abogados Internacional tratan con mucho detenimiento la producción de la prueba de expertos, distinguiendo entre los designados por las partes (Artículo 5) y el designado por el Tribunal Arbitral (Artículo 6).

Si bien muchas son cuestiones de procedimiento cabe destacar que se exige que el informe contenga la exposición del método, evidencia e información usada para arribar a sus conclusiones; que puede convocarse a una reunión para que los expertos traten



de obtener un acuerdo sobre aquellos puntos en que sus opiniones son disidentes y que expongan por escrito cuáles son los temas en los cuales alcanzaron un acuerdo, obviamente, es su deber concurrir a audiencia, pues de no hacerlo, su dictamen será excluido del proceso (salvo acuerdo de las partes o decisión del tribunal por circunstancias excepcionales); y que cuando el experto es nombrado por el Tribunal Arbitral, puede requerir a las partes toda la información relevante y que se le provea acceso a todos los documentos, bienes, propiedades o lugares para inspección, teniendo para ello la misma autoridad que el Tribunal Arbitral.

#### d) Inspecciones

Los árbitros pueden decidir también efectuar inspecciones de los lugares, obras, cosas, comprometidas en el proceso; en algunos casos puede resultar ilustrativa si los árbitros son a la vez acompañados por gente experta que pueda explicar a los árbitros datos técnicos para comprender el funcionamiento, estado o utilidad de aquello que están viendo. Normalmente, los árbitros hacen esta visita acompañados de representantes de ambas partes.

Los reglamentos de la Cámara de Comercio Internacional y UNCITRAL no contienen previsiones sobre este medio de prueba. Las reglas del Colegio de Abogados Internacional (IBA), por su lado, destinan una sola disposición, el Artículo 7, que



contempla la inspección, pero no por el tribunal, sino por un experto designado por el tribunal, quien podrá inspeccionar cualquier sitio, propiedad, maquinaria o cualesquiera otros bienes o procesos, o documentos; las partes tienen derecho a estar presente en esa inspección.

La previsión no parece muy feliz, habida cuenta de que así concebida la inspección no se diferencia demasiado de una constatación pericial, mientras que lo que suele ser enriquecedor es que los mismos árbitros hagan las comprobaciones personalmente. De todos modos, es obvio que las Reglas del Colegio de Abogados Internacional (IBA) no impiden que los árbitros efectivamente decidan concurrir a la inspección con o sin el experto.

#### 5.4 Atribución de los árbitros para pedir otras medidas de prueba

Los reglamentos conceden a los árbitros la potestad de requerir la producción de pruebas que consideren necesarias para resolver el proceso.

Así, el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional establece que: “en todo momento durante el proceso arbitral, el Tribunal Arbitral podrá requerir a cualquiera de las partes para que aporte pruebas adicionales” (Artículo 20.5). Ya hemos visto que esta norma constituye el sustento para que se ordene a una de las partes la entrega o



exhibición de documentos que se encuentren en su poder y que resulten relevantes para el proceso. Sin embargo, no se refiere a terceros ajenos al proceso, por lo que no confiere a los árbitros requerir documentos o pruebas que estén en poder de sujetos que no son partes del proceso arbitral.

Por su parte, el Reglamento UNCITRAL dispone: “En cualquier momento de las actuaciones, el Tribunal Arbitral podrá exigir, dentro del plazo que determine, que las partes presenten documentos u otras pruebas” (Artículo 24.3); y agrega: “El Tribunal Arbitral podrá, si lo considera necesario en razón de circunstancias excepcionales, decidir, por propia iniciativa o a petición de parte, que se reabran las audiencias en cualquier momento antes de dictar el laudo” (Artículo 29.2).

Desde nuestro punto de vista, estas normas no se limitan a establecer un discovery limitado y a pedido de las partes, sino que confiere la atribución de disponer medidas de prueba adicionales a las producidas por las partes si ello fuera necesario para la justa resolución del caso. También habilita al tribunal a proponer oficiosamente puntos de pericia, la inspección de lugares o cosas, etc.

Naturalmente, en todos los casos, el Tribunal Arbitral debe actuar de modo de otorgar a ambas partes la debida audiencia y oportunidad para expresarse sobre esas pruebas que así se incorporen al proceso.



## 5.5 Apreciación de la prueba

En los procedimientos arbitrales no existen pruebas tasadas; de modo que la apreciación de la prueba se sostiene en el sistema de la sana crítica.

## 5.6 Prescendencia de la prueba. Laudo dictado con sólo la prueba documental

El Artículo 20.6, Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional dispone: “El Tribunal Arbitral podrá decidir la controversia tan sólo con base en los documentos aportados por las partes, salvo si alguna de ellas solicitase una audiencia”.

Esta es una hipótesis poco frecuente, que se ha aplicado en casos simples o cuando una de las partes está en rebeldía; antes de usar esta prerrogativa el tribunal debe estar seguro de que ninguna de las partes pretende una audiencia.

## 5.7 Medidas de protección de secretos e información confidencial

Se ha señalado ya que el Artículo 20.7, Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, atribuye al Tribunal Arbitral la potestad de tomar medidas destinadas a proteger secretos comerciales o industriales, e información confidencial.



Esta norma es uno de los pocos reflejos que la confidencialidad caracterizadora del arbitraje tiene en el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional.

Opera, en primer término, como un límite a la atribución del tribunal de pedir a las partes la exhibición de documentos o pruebas adicionales (Artículo 20.5), pues debería considerarse legítima la oposición fundada en secretos comerciales o industriales, o tratarse de información confidencial; como hemos visto supra, las Reglas IBA consideran que una parte puede oponerse a un solicitud para aportar en razón de que la documentación requerida es privilegiada, sobre la base de la confidencialidad técnica o comercial, o sobre la base de sensibilidad política o institucional (Artículo 9.2, b], e] y f]). Conforme a estas mismas Reglas IBA, el Tribunal Arbitral puede, cuando sea apropiado, realizar los arreglos necesarios para permitir la prueba a ser considerada materia de una deseable protección de confidencialidad (Artículo 9.3).

En segundo lugar, actúa como fuente de la potestad del tribunal de dictar órdenes que prohíban a las partes hacer uso fuera del arbitraje de la documentación recibida de la otra.

Por otra parte, nada obsta a que las partes suscriban un acuerdo de confidencialidad.



## 5.8 Alegatos de bien probado

Los reglamentos no se refieren expresamente a la presentación de memoriales en los que las partes aleguen sobre el mérito de la prueba producida. Pero es de práctica hacerlo y dentro de los plazos que las partes acuerden o el tribunal fije de acuerdo con la complejidad y magnitud de la prueba que deba examinarse.

## 5.9 Audiencias

### a.1) El rol de la audiencia

Yves Derains<sup>57</sup> sintetiza el rol que la audiencia tiene para los abogados y partes del derecho civil y del derecho común diciendo que a un abogado de la familia romano-germánica le sorprende que una audiencia en materia comercial celebrada bajo el sistema del derecho común pueda durar días, semanas o meses, porque para ese jurista una audiencia de un día ya es más que suficiente.

---

<sup>57</sup> Derains. **Ob. Cit.**, pág. 787.



Es que es en el rol de la audiencia donde las tradiciones del derecho común y del derecho continental se oponen más claramente.

En el derecho común la audiencia es el momento crucial; ello viene de la antigua tradición del jurado, integrado por personas que no son abogados y muchas veces carecen de un nivel cultural apropiado, y que sólo entenderán el tema si alguien sentado en el banquillo se los explica.

De modo que en ese momento se pueden presentar documentos y argumentar sobre ellos o los ya presentados antes, y se interrogará sobre los hechos que se quieren probar; la duración se debe a que en una única sesión debe presentarse todo el caso.

Esto se vincula también a otra diferencia importante: en el proceso del sistema anglosajón lo importante son los hechos, recién después de probados los hechos los abogados harán sus alegaciones y definirán sus pretensiones.

#### a.2) Reglas bajo las cuales han de celebrarse

Ya se ha visto que el tribunal puede oír en audiencia a los testigos, a los peritos y a las mismas partes. Como suele ser necesario conciliar prácticas de los distintos países a



los que pertenecen los árbitros y los abogados de las partes, los reglamentos institucionales dedican alguna atención a la materia.

Así, pueden reconocerse los siguientes criterios básicos:

— El tribunal determina el día y lugar en que han de celebrarse (Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, Artículo 21.1; implícitamente es lo que surge del Artículo 25.1, Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL);

— La convocatoria a la audiencia debe comunicarse con antelación suficiente (Artículo 21.1, Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional; Artículo 25,1, Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL);

— La audiencia se celebrará aunque una de las partes no concurra, salvo excusa válida (Artículo 25.2, Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional);

— La audiencia se celebra con la presencia de las partes, sus asesores y representantes (Artículos 21.3 y 21.4, Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional);



— No participan de la audiencia otras personas ajenas al proceso, salvo autorización expresa del tribunal y de las partes (Artículo 21.3, Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional; Artículo 25.4, Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL);

— La dirección de la audiencia la tiene el Tribunal Arbitral (Artículo 21.3, Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional).

— Es necesario tener en cuenta que de la audiencia debe quedar un registro; para ello puede utilizarse cualquier método: la transcripción mecanografiada por un asistente, la grabación en video y/o magnetofónica, el registro por estenógrafos que luego envían su versión a las partes y al tribunal para su comprobación. Varios de esos métodos pueden usarse acumulativamente.

Ya hemos dicho, al tratar la declaración de los testigos, que nada obsta a que la audiencia se celebre a distancia, mediante los mecanismos técnicos que permiten la denominada video o teleconferencia.

Las disposiciones aludidas son meramente supletorias de lo que las partes puedan acordar, pues debe tenerse siempre presente el carácter convencional del procedimiento.



## 5.10 La clausura del procedimiento

### a) Oportunidad

Algunos reglamentos prevén expresamente que los árbitros dicten una decisión que declare concluido el procedimiento.

Así, el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional dispone en el Artículo 22.1: “El Tribunal Arbitral declarará el cierre de la instrucción cuando considere que las partes han tenido la oportunidad suficiente para exponer su caso. Después de esta fecha, no podrá presentarse ningún escrito, alegación ni prueba, salvo requerimiento o autorización del Tribunal Arbitral”.

Esto normalmente sucede después de los alegatos que las partes presentan una vez producida la totalidad de la prueba de que han intentado valerse.

El Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), por su parte, tiene una disposición que se refiere al cierre de las audiencias que el tribunal declara después de preguntar a las partes si



tienen más prueba que ofrecer, testigos que presentar o exposiciones que hacer, si la respuesta es negativa, el tribunal procede entonces a cerrar las audiencias.

#### a.1) Razón de ser

La razón de ser de estas disposiciones es declarar que ya no es posible presentar nuevas alegaciones ni pruebas. A partir de este pronunciamiento del Tribunal Arbitral, sólo corresponderá dictar el laudo.

#### a.2) Reapertura

El Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), prevé la posibilidad de reapertura de las audiencias, por propia iniciativa del tribunal o a pedido de parte, si existen circunstancias excepcionales que así lo hagan necesario (Artículo 29.2).

El Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, en el artículo 22.1, también prevé que se presenten nuevas alegaciones o pruebas a requerimiento o con autorización del Tribunal Arbitral. Pero ello es excepcional; el tribunal debería estar convencido de la necesidad de recibir mayor información acerca de un asunto relevante

que las partes no hayan abordado o que la parte demuestre acabadamente que no pudo presentar la alegación o prueba antes de la clausura del procedimiento.







## CAPÍTULO VI

### 6. Impugnaciones a los laudos de los arbitrajes comerciales internacionales con fundamento en violaciones a disposiciones referentes a la prueba

#### 6.1 Control judicial del procedimiento arbitral y de los laudos

##### a) Vías

La regla de autonomía del procedimiento arbitral exige la abstención de toda interferencia por parte de los tribunales judiciales. Pero tal regla rige durante el proceso arbitral y no impide que exista un control ex post de laudo y, eventualmente, del procedimiento que se siguió hasta su dictado.

Para ello las fuentes internacionales y los ordenamientos estatales reconocen dos grandes vías: los recursos judiciales contra los laudos arbitrales que se rigen por la ley de la sede y se ejercen ante los tribunales judiciales de ésta, y el control que se concreta cuando se pretende el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero por medio del juez estatal del país requerido.



## 6.2 Regla general: irrecurribilidad de los laudos

### a) Antecedentes

La irrecurribilidad del laudo a través del reconocimiento de la renunciabilidad de los recursos se remonta a los mismos orígenes del arbitraje. Federico de Castro y Bravo enseña que ello aparece en el Digesto y de allí pasa a las Partidas. Pero en el devenir del tiempo se van consolidando causales de nulidad que aparecen descritas en las Partidas y más tarde en los fueros de los distintos reinos, como el Aragón y Cataluña; se manifiesta en forma semejante el derecho castellano según la Ordenanza de Madrid de 1502 y confirmada por Carlos I y Juana de Toledo en 1539. Estas leyes entrarán en la Nueva y en la Novísima Recopilación con lo que tendrán aplicación en el resto de los reinos españoles, y de igual modo en Francia, donde según la versión Pothier, el juez debía confirmar la sentencia siempre que no contuviera vicio de forma (exceso de poder o del tiempo fijado), pues, en este caso podría argüirse nulidad.<sup>58</sup>

### b) Reconocimiento universal

De aquellos ancestros del arbitraje, la regla del carácter definitivo del laudo, el compromiso de las partes a cumplirlo espontáneamente y la renuncia a los recursos

---

<sup>58</sup> De Castro y Bravo, Federico. **El arbitraje y la nueva lex mercatoria**, pág. 619.



han pasado a algunas fuentes internacionales, a los reglamentos arbitrales y ordenamientos nacionales.

Así el reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) establece en el Artículo 32.2: “El laudo se dictará por escrito y será definitivo, inapelable y obligatorio para las partes. Las partes se comprometen a cumplir el laudo sin demora”; mientras que el Artículo 28.6 , Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional establece: “Todo laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente”.

En cuanto al Acuerdo Mercosur dispone también: “El laudo o sentencia será definitivo y obligatorio para las partes y no admitirá recursos, excepto los establecidos en los Artículos 21 y 22”.

c) Razón de ser de esta regla

La irrecurribilidad del laudo se justifica en:



-La celeridad que se pretende del procedimiento arbitral;

-Ser un procedimiento en que las partes se apartan voluntariamente del sistema estatal de solución de conflictos y ser entonces de naturaleza convencional; y en que, de otro modo, la resolución sería del tribunal estatal y no del arbitral.

d) Excepción: recurso (o acción de nulidad)

El Acuerdo Mercosur alude a excepciones (que no son otras que los recursos de aclaratoria y nulidad respectivamente) y que el Reglamento CCI establece que se consideran renunciados aquellos recursos de los que las partes puedan abdicar “válidamente”.

Estas salvedades constituyen el reconocimiento del hecho de que las legislaciones estatales no prescinden de cierto control del procedimiento y del laudo por vía de un recurso, el de nulidad, que normalmente es considerado irrenunciable<sup>59</sup>, y que si bien normalmente se ejerce como recurso, en otros funciona como acción autónoma, en la Ley de Arbitraje de Guatemala es el recurso de revisión

---

<sup>59</sup> Poudret, Jean F.-Besson, Sebastien. **Ob.cit.** pág. 826.



Ello queda claramente expuesto en la Ley Modelo Uncitral, que en el capítulo VII “Impugnación del laudo”, contiene el Artículo 34 que, bajo el acápite “La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral”, dispone: 1) Contra un laudo arbitral solo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2º y 3º del presente artículo”. a) Ley aplicable y tribunal competente para entender en el recurso de nulidad. Es claro que la ley aplicable al recurso de nulidad y el tribunal competente son los de la sede del arbitraje. b) Causales. Las causales de nulidad son las establecidas por la ley de la sede.

e) Legislaciones que admiten la renuncia al recurso de nulidad

A pesar de que existe un fondo común legislativo muy claro en el sentido de que el recurso de nulidad es irrenunciable, algunas legislaciones han seguido un camino parcialmente distinto, al admitir en ciertos casos la renuncia al recurso de nulidad.

En esta orientación se presenta la ley suiza de derecho internacional privado, que al tratar el arbitraje internacional dispone en su Artículo 192: “1. Si las dos partes no tienen domicilio, ni residencia ni domicilio habitual en Suiza, pueden por una declaración expresa en la convención de arbitraje o en un acuerdo escrito ulterior, excluir todo



recurso contra las sentencias del Tribunal Arbitral; ellas pueden también excluir el recurso sólo para uno u otro de los motivos enumerados en el Artículo 190.2”.

Se dice que el legislador suizo ha tenido en miras hacer más atractiva la sede, pero parte de la doctrina ha criticado la solución, el tribunal federal ha interpretado la norma muy estrictamente y algunos consideran que si el laudo viola el orden público, adolecería de nulidad absoluta, con lo cual no tendría eficacia renuncia alguna. Por lo demás, las partes no suelen tomar el riesgo de renunciar a todo recurso.

Las legislaciones belga y sueca han adoptado soluciones semejantes a la suiza, también la ley peruana otorga a las partes la posibilidad de acordar expresamente en el convenio arbitral la renuncia a interponer el recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a algunas causales, siempre y cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana, o tenga su domicilio o residencia habitual en Perú.<sup>60</sup>

f) Ampliación convencional de las vías de recurso

Los tribunales judiciales de distintos países se han enfrentado a hipótesis en que las partes previeron la interposición de recursos contra el laudo no autorizados por la ley que los rige.

---

<sup>60</sup> Soto Coaguila, Carlos. **Informe sobre el arbitraje en Perú**, pág. 107.



La jurisprudencia francesa ha tenido ocasión de pronunciarse sobre casos en que las partes previeron una apelación contra el laudo a dictarse en un arbitraje internacional, siendo que el Nuevo Código de Procedimiento Civil no autoriza tal recurso.

En una primera etapa la jurisprudencia no sólo declaró inadmisibile el recurso, sino que incluso anuló la cláusula compromisoria que lo preveía, considerando que la estipulación del recurso era inescindible y, por lo tanto, propagaba su invalidez a la convención de arbitraje en sí misma; algunos pronunciamientos relativamente recientes de la Corte de Apelaciones de París insisten en que las partes no pueden disponer de la ampliación de las vías recursivas, pero se limitan a reputar tal cláusula como no escrita, con lo que no se afecta la validez del pacto arbitral lo que ha merecido la aprobación doctrinaria.

En Estados Unidos se planteó otra cuestión; esto es, si corresponde aceptar la ampliación convencional de los supuestos en que el recurso debe ser considerado por el tribunal. En concreto, se trataba de una estipulación conforme a la cual los árbitros debían motivar su decisión en los hechos y en el derecho; y precisaba que una jurisdicción estatal podía anular el laudo si los hechos invocados por los árbitros no estaban sustentados en prueba alguna o si los argumentos de derecho eran errados, con lo cual se “creaban” por la convención de las partes causales de revisión no previstas en la ley aplicable al recurso. Esa causa tuvo varias sentencias en las que se



expusieron criterios diversos; finalmente, una Corte Federal de Apelaciones resolvió que el rol de los tribunales federales en el control de los laudos arbitrales es muy limitado, pues la Federal Arbitration Act enumera las únicas causas por las cuales una corte puede anular, modificar o corregir un laudo. Sostuvo la sentencia finalmente rendida que la Constitución reserva al Congreso el poder de determinar las normas en virtud de las cuales los tribunales federales expiden sus sentencias, por lo que las partes no pueden, por vía de un contrato, imponer sus propios criterios de control a los tribunales. De este modo, se puso fin a un affaire que atrajo la atención de la doctrina generando opiniones muy divergentes.

### 6.3 El recurso en la Ley de Arbitraje de Guatemala

En Guatemala, el laudo solo es susceptible del recurso de revisión de conformidad con el Artículo 43 de la Ley de Arbitraje.

La naturaleza de éste recurso, no es muy distinta al recurso de nulidad contemplado en las demás leyes procesales, en virtud del cual, únicamente puede declararse con lugar, si se llegare a probar alguna de las causales taxativamente enumeradas en el Artículo 43 de la ley, y que la parte interponente pruebe:



1) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el Artículo 10 estaba afectado por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo es nulo en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley guatemalteca; o

a) Que no ha sido notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales; o

b) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que excedan de los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, solo podrán anular éstas últimas; o

2) La Sala de la Corte de Apelaciones compruebe:

a) Que según el ordenamiento jurídico guatemalteco, el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje, o

b) Que el laudo es contrario al orden público del Estado de Guatemala.



- 3) La petición de revisión no podrá formularse después de transcurrido un mes desde la fecha de recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al Artículo 42, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral.
- 4) La parte recurrente que durante el procedimiento arbitral omitiere plantear una protesta u objeción oportuna respecto de las causales señaladas en el numeral dos del Artículo referido, no podrá invocar posteriormente la misma causal de revisión.

La carga de la prueba corresponde a la parte interponente, cuando se trata de las causales contenidas en la literal a) del artículo citado, a diferencia de las contenidas en la literal b), las cuales al ser comprobadas por el mismo órgano jurisdiccional que conoce del recurso, éste debe ser declarado con lugar, ello por razones de orden público. Agrega la exposición de motivos que se consideró conveniente que el órgano jurisdiccional que conoce el recurso, sea jerárquicamente superior a aquel que presta funciones de asistencia y supervisión en el procedimiento arbitral, presentando además la ventaja de que se trata de un tribunal colegiado.



a) Otros recursos

El arbitraje concluye con la firma del laudo arbitral y su notificación a las partes. Sin embargo, debe entenderse que los árbitros o arbitradores conservan competencia aunque limitada para modificar, complementar, aclarar o rectificar de oficio o a solicitud de parte el laudo. El Artículo 42 de la Ley de Arbitraje de Guatemala establece la posibilidad de “Corrección” e “Interpretación” del laudo y laudo adicional. Puede una de las partes a la luz del artículo citado dentro del mes siguiente a la recepción del laudo:

a) Pedir al tribunal arbitral que corrija en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar;

b) Si así lo acuerdan las partes, pedir al tribunal arbitral que dé una interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo;

Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, efectuará la corrección o dará la interpretación dentro del mes siguiente a la recepción de la solicitud. La corrección y/o la interpretación formará parte del laudo.



El tribunal arbitral podrá corregir cualquiera de los errores mencionados en el inciso a) del párrafo 1) del presente artículo por su propia iniciativa dentro del mes siguiente a la fecha del laudo.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, dentro del mes siguiente a la recepción del laudo, cualquiera de las partes, con notificación a la otra parte, podrá pedir al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto a las reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales pero omitidas en el laudo. Si el tribunal arbitral estimare justificado el requerimiento, dictará el laudo adicional dentro del plazo máximo de dos meses.

El tribunal arbitral podrá prorrogar, de ser necesario, el plazo en el cual efectuará una corrección, dará una interpretación o dictará un laudo adicional con arreglo a los párrafos 1) o 3) del presente artículo, prórroga que no podrá exceder en ningún caso, de un mes desde que se decrete la misma.

El tribunal arbitral no podrá cobrar honorarios adicionales por la interpretación, rectificación o por complementar un laudo.

Lo dispuesto en el Artículo 40 se aplicará a las correcciones o interpretaciones del laudo o los laudos adicionales.



El tratadista Devis Echandía sobre el particular dice: “La aclaración de la sentencia no puede llegar a modificar su alcance o el contenido de su decisión, pues debe limitarse a desvanecer las dudas que se producen por los conceptos o frases contenidas en la resolución para precisar el sentido que se le quiso dar al redactarla”.<sup>61</sup>

#### 6.4 Casos

##### a) Argentina. Caso “Color”.

En 1994, la Corte expidió un recurso extraordinario desestimándolo por la vía del Artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina<sup>62</sup>. El Juez Boggiano votó en disidencia, pues, a su juicio, mediaba una causal de nulidad; esto no es lo realmente relevante, sino que en ese voto se condensa en gran medida la doctrina de la Corte sobre la revisión de los laudos arbitrales.

Dijo Boggiano: “Sin embargo y sin negar el respeto que merece la voluntad de las partes, esta administración privada de justicia no es ajena a cierto control judicial, el cual no es susceptible de ser suprimido totalmente. Ello es así en razón de una

---

<sup>61</sup> Devis Echandía, Hernando. **Compendio de derecho procesal civil**, pág. 355.

<sup>62</sup> Esta norma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina autoriza a la Corte Suprema de Justicia a rechazar el recurso extraordinario federal sin fundar la decisión.



exigencia que surge de objetivos constitucionalmente asumidos, como el promover la justicia, también de las garantías de la defensa en juicio y de la propiedad y de la ejecutoriedad equivalente a la de una sentencia que el Estado dispensa a los laudos arbitrales...” “la mayor o menor amplitud de aquel control depende de la misma voluntad que dio origen al arbitraje: de máxima extensión, si las partes cuentan con el recurso de apelación, por no haber renunciado a él en su oportunidad de pactar en el arbitraje (...) o limitado a ciertos ámbitos eminentemente formales, en el supuesto de que (...) hayan renunciado a aquella apelación y sólo dispongan del recurso de nulidad (...) En ese marco al juez le corresponde respetar esas renunciaciones (...) sin atender a posteriores retractaciones que solapadamente puedan intentar las partes como consecuencia de una resolución adversa, so pena de desnaturalizar el (...) arbitraje privándolo de sus más preciosos beneficios...”<sup>63</sup>

b) Revisión del laudo por arbitrariedad: el precedente “Aion”

En la causa “Aion” se trataba del recurso extraordinario contra un laudo dictado por el Tribunal Arbitral de Obras Públicas (en adelante TAOP), materia sobre la cual existían ya pronunciamientos que habían declarado la irrevocabilidad de las decisiones de este TAOP, por la vía del remedio federal, los que incluso se reiteraron luego de Aion y antes de la sentencia dictada en el caso “Meller”.

---

<sup>63</sup> Corte Suprema. 17/11/1994, “Color v. Max Factor Sucursal Argentina sobre laudo arbitral sobre pedido de nulidad del laudo”, ED 161-514.



En la sentencia “Aion” se estimó, con arreglo a lo prescrito por distintas normas reguladoras del funcionamiento del TAOP, que no cabe recurso alguno respecto de las decisiones de éste. Se fundamentó para ello en la naturaleza optativa del régimen en cuestión, en cuyo ámbito la elección del proceso administrativo importan la renuncia del judicial, incluso del recurso extraordinario, y en la falta de legitimación del Estado nacional para plantear la invalidez constitucional de las previsiones por él mismo dictadas –planteo que se consideró implícito en la pretensión estatal de acceder a esta instancia extraordinaria pese a lo previsto en las normas citadas.

Pero en este caso la Corte introdujo una salvedad relevante, al afirmar que son irrevisables los laudos dictados por el TAOP, en tanto “no se advierte arbitrariedad en la resolución apelada que justifique la intervención de esta Corte”. Esta brevísima frase tendría una importancia crucial en la causa “Meller”.

#### c) La interpretación de “Aion” en “Meller”

La sentencia “Meller” tiene una relevancia muy singular en la vida pública argentina, pues ella justificó la acusación y remoción de los jueces de la Corte Suprema que se pronunciaron conforme a la doctrina tradicional, esto es, excluyendo el recurso extraordinario contra el laudo emanado del TAOP. A esta decisión se llegó por mayoría



y ésta, a su vez, se formó con votos que tuvieron contenidos diversos. Lo mismo sucedió con la minoría.

En lo que en definitiva es el voto de los Doctores Moliné O'Connor y López, se propicia el rechazo del recurso federal, fundado sustancialmente en que los laudos del TAOP son irrevisables y que en el caso no se advertía arbitrariedad, citando expresamente el precedente "Aion".

Por su lado, el voto de Vásquez se limitó a proponer la declaración de inadmisibilidad del recurso por considerar que el recurrente no había desarrollado argumentos que permitieran apartarse del criterio expuesto por el Tribunal en "Aion". Es difícil discernir si este voto pretendió o no referirse a la "salvedad" o sólo al criterio general de inadmisibilidad del recurso extraordinario contra los laudos del TAOP.

Por su lado, el voto de Boggiano y Nazareno es muy interesante porque se hace cargo de la salvedad que se había hecho en "Aion" (como lo hace también el voto de Belluscio pero con una conclusión opuesta). Dicen estos dos jueces: "la salvedad (hecha en "Aion") (...) sobre la posible revisión de la arbitrariedad del laudo no puede considerarse válida, pues es una contradicción flagrante sostener por un lado la irrevisabilidad de los laudos arbitrales y al mismo tiempo afirmar que puede revisarse su arbitrariedad". De



donde: “La salvedad establecida en “Aion” es un resto indeliberado que no puede considerarse congruente con todos los precedentes anteriores”.

Y agregan: “Tratándose de asuntos disponibles para las partes, éstas pueden excluir la revisión judicial. Tanto más cuanto que en esos asuntos las partes son dueñas de someter la suerte de sus derechos al juego, la apuesta o la suerte o incluso renunciar a ellos...”. “...Si el laudo al fin afectase el orden público estatal o sus jueces no podrían reconocerlo, pero en este caso nadie ha invocado la gravedad del orden público ni aparece manifiesta...”.

Es notable advertir que, por un lado, este voto de dos de los jueces lisa y llanamente desprecia la salvedad hecha en “Aion” sobre la posible revisión en caso de arbitrariedad, pero contemporáneamente abre el cauce a la excepción de orden público. Esto es, el laudo sería siempre revisable, aun por la vía del recurso extraordinario federal, si su contenido afectase el orden público.<sup>64</sup>

En cambio, el juez Belluscio en su disidencia recurre expresamente a la salvedad Aion, sosteniendo que el laudo del TAOP era arbitrario y, por ello, propicia la admisión del recurso extraordinario.

---

<sup>64</sup> Gil Dominguez, Andrés. **El caso Cartellone v. Hidronor**, pág. 45.



Finalmente, el voto de Fayt y Petracchi discurre por otras vías, en particular, que el TAOP no es un tribunal arbitral, sino un tribunal administrativo y que el arbitraje es obligatorio para el Estado nacional una vez que el particular ha optado por él. De esta forma, lo que propicia este voto es el apartamiento de la doctrina de la Corte sobre este TAOP, pues en definitiva viene a sostener que “es un tribunal administrativo dotado de funciones jurisdiccionales” cuyas “decisiones son judicialmente revisables en las mismas condiciones que lo son las emanadas de cualquier otro tribunal administrativo con la única restricción de que ejerza atribuciones judiciales otorgadas por la ley e irrevisables por vía de acción o recurso”. Pero quizás lo más interesante quizás repose en la afirmación previa –con citas de doctrina extranjera- en el sentido de que “doctrinariamente resulta unánime la atribución de naturaleza administrativa al arbitraje obligatorio”, con lo cual anticipa un criterio que puede tener relevancia en futuros pronunciamientos de la Corte.

d) La doctrina “Cartellone”

El fallo dictado por la Corte Suprema en el caso “Cartellone” ha tenido una gran repercusión, pues, como se verá, implicó trasladar la doctrina elaborada con relación a recursos extraordinarios contra laudos dictados en arbitrajes obligatorios a los arbitrajes voluntarios con esto se abrió una brecha muy importante en la irrevisabilidad del principio de los laudos arbitrales que bien resumiera el voto de Boggiano en la causa “Color”.



a) La habilitación de la jurisdicción de la Corte

Hidronor –demandado en el procedimiento arbitral- interpuso un recurso de nulidad fundado en el exceso de los árbitros al laudar sobre puntos no comprometidos.

Contra la sentencia de la Cámara Federal que desestima el recurso de nulidad, se interpone recurso ordinario de apelación, el que es concedido por la cámara, pese a estar renunciado el recurso de apelación en el compromiso arbitral.

Con lo cual, la Corte actúa como tercera instancia en función del recurso ordinario de apelación y no por vía de un recurso extraordinario. Sin embargo, es claro que la doctrina sentada en “Cartellone” tiene repercusión en cuanto al remedio federal, ya que ella habilita la jurisdicción de la Corte para la revisión de la constitucionalidad, legalidad y razonabilidad de laudos arbitrales sin distinguir cuál sea la vía por la cual se llegue a excitar la intervención de la Corte.

b) Las críticas al laudo

Al laudo se le criticaba:

-que se había pronunciado en exceso del compromiso arbitral en materia de actualización monetaria; en concreto, se trataba de que el laudo arbitral había dispuesto actualizar el crédito del accionante desde enero de 1985 y la recurrente sostenía que el dies a quo de la indexación debió ser de febrero de ese mismo año;



-que el mecanismo de liquidación de intereses era contrario a la moral y buenas costumbres; después veremos que la tasa utilizada estaba autorizada por normas dictadas por el propio Estado o eran las utilizadas por el Banco de la Nación Argentina.

Es claro entonces, que el primer agravio sostenía la nulidad por haberse apartado los árbitros del compromiso y el segundo era una crítica al mérito de la sentencia, en cuanto habría utilizado para la liquidación de intereses un método que concluía en un agravio al derecho de propiedad del deudor.

c) La nulidad por apartamiento del compromiso

Como se dijo, en el compromiso y en una audiencia en la que quedaron definidos los rubros que integrarían el reclamo de la actora, el importe total de la demanda se precisó en valores a febrero de 1985.

En el compromiso quedó establecido que los reclamos serían materia de una “expresión circunstanciada” en la demanda, y en ella la actora calculó su reclamo a valores de enero de 1985, lo que importaba que la actualización del capital reclamado hasta abril de 1991 tendría enero –y no febrero de 1985- como punto de partida. Esto no era nimio desde el punto de vista del resultado final del cálculo de la deuda, pues, en esa época los índices de inflación eran muy elevados. La Corte admite la nulidad para lo cual hace una interpretación rigurosa del compromiso arbitral, diciendo:

“Que si bien en el compromiso se señaló que los reclamos serían de materia de una “expresión circunstanciada” en el escrito de demanda, esa expresión no puede



legítimamente implicar la posibilidad de variar los períodos por los cuales se reclamaría actualización que fueron precisados en el compromiso arbitral” y “Que el compromiso arbitral delimita en forma definitiva el objeto o thema decidendum del proceso arbitral y cumple una función sustancialmente análoga a la que corresponde, en el proceso judicial de conocimiento, a los escritos de demanda, contestación y reconvención en su caso. Es por ello requisito objetivo básico del laudo arbitral su estricta adecuación a las cuestiones incluidas en el compromiso”. “En consecuencia, es nulo el laudo que transforma las pretensiones de una de las partes introduciéndolas como integrantes de la litis y variando así el compromiso (Fallos 290:458)”.

Podemos decir que en primer lugar, lo que no dice la Corte, pero surge del fallo de la Cámara Federal, es que el compromiso estipulaba que los aspectos dependientes y accesorios de las cuestiones sometidas al arbitraje podían ser alterados, y, por ello, el Tribunal Arbitral parecería haber estado habilitado para asumir el tema con la modificación del dies a quo de la actualización como se había pedido en la demanda.

En segundo lugar, hasta aquí la Corte no sienta ninguna doctrina que pueda considerarse un avance inapropiado o inconveniente sobre la irrevisabilidad de los laudos arbitrales, pues, en definitiva, aplica una de las causales de nulidad previstas en el Código Procesal mencionado. Y si bien el recurso ordinario de apelación pudo haber estado mal concedido, de todos modos la jurisdicción de la Corte pudo ser habilitada



por la vía del recurso extraordinario contra la sentencia de la cámara que había rechazado el recurso de nulidad.

Y su conclusión de que las alegaciones de las partes no pueden variar el compromiso reconoce el antecedente de la sentencia dictada en la cusa “YPF v. Sargo”, citada explícitamente en “Cartellone”.



## CONCLUSIONES

1. La característica esencial del arbitraje es su naturaleza convencional, expresión que abarca la convención arbitral que es autónoma respecto del contrato principal y del derecho aplicable, el cual puede ser un derecho elegido por las partes que no tenga vinculación con ninguna de ellas, ni objetivamente con el contrato o aún un ordenamiento no estatal y del procedimiento que como tal no ha de ser interferido por los tribunales estatales, salvo las disposiciones de la *lex arbitri*, que son aquellas normas de orden público del país sede del arbitraje.

2. Debido a la diversidad de sistemas jurídicos, con una intención evidentemente científica, los estudios del derecho comparado han desarrollado diversos criterios que permiten un análisis grupal de los sistemas con base en una clasificación conocida como “familias”, siendo el principal de dichos criterios la tradición jurídica a la cual se afilia un determinado sistema, y de la que derivan los rasgos que lo identifican. Un sistema por su propia naturaleza dinámica, se encuentra en permanente transformación y no debe sorprender su conversión a una familia distinta de la que previamente pertenecía.

3. La tradición del derecho común se distingue principalmente por su aplicación a través de decisiones contenidas en las sentencias judiciales (y que al aplicarse adoptan el nombre de precedentes) en vez de privilegiar la creación legislativa o reglamentaria. Ello significa, entonces, que la columna vertebral del derecho es producto de la labor de los jueces, y que surge de la solución dada a controversias concretas entre particulares,



por lo que dicha solución, a pesar de no regular en forma abstracta conductas futuras, es aplicable cuando surgen nuevos conflictos similares a aquel que dio origen a la decisión precedente.

4. Fundamentalmente, el procedimiento arbitral debe asegurar la satisfacción de las garantías del debido proceso y del derecho de defensa, dicha garantía debe adecuarse al origen convencional y la naturaleza jurisdiccional del arbitraje. Lo que exigen todos los reglamentos es que se respete el principio de igualdad de trato —lo que supone que exista bilateralidad en todas las etapas del proceso— y que cada parte pueda exponer su caso con la mayor amplitud. Cabría señalar que la igualdad no es una garantía matemática; las mayores dificultades que puede tener una parte para participar del proceso o conseguir la producción de una prueba, autorizan al tribunal a flexibilizar las exigencias rituales.

5. En el arbitraje comercial internacional por regla general no existen las pruebas tasadas, de modo que la apreciación de la prueba se sostiene en el sistema de la sana crítica, sin embargo, por ser la naturaleza del arbitraje convencional, no existe prohibición de adoptar un método de valoración diferente, siempre que se respete el derecho de defensa y el debido proceso.

6. El arbitraje es de naturaleza contractual fundada en el acuerdo de partes, pero también tiene naturaleza jurisdiccional, pues las partes en ejercicio de su libertad,



garantizada por la Constitución Política de la República, substraen la potestad de decidir el derecho, es decir la jurisdicción, que por la Carta Magna fue delegada a los jueces integrantes del poder judicial y la otorgan a los árbitros para que resuelvan el conflicto transable, siempre que no esté afectado el orden, la seguridad pública o los intereses de terceros.



## RECOMENDACIONES

1. La elección de la sede del arbitraje depende enteramente de la voluntad de las partes, y el hecho de que las partes hayan convenido expresamente en que la cuestión objeto del arbitraje esté relacionada con más de un Estado nada indica, pues es también una manifestación de ellas que puede relevarse como falsa o inexacta, con lo cual estos dos elementos no son necesariamente indicativos de la internacionalidad del arbitraje. Por lo que se debe tomar en cuenta los criterios objetivo, subjetivo y de deslocalización para determinar la internacionalidad de un arbitraje, según se ajuste a las conveniencias y voluntad de las partes, o bien a los reglamentos internacionalmente aceptados para dichos casos.

2. Dado el evidente tejido de influencias recíprocas que un mundo globalizado supone, es recomendable destacar diversos rasgos definitivos al momento de clasificar los sistemas en familias jurídicas. No existe una propuesta ideal de clasificación de familias jurídicas, sin embargo varios criterios posibles para clasificarlas son los siguientes: sus orígenes históricos; su naturaleza jurídica; su estructura; su operatividad y su tradición intelectual.

3. El término derecho común (common law) es de tal naturaleza multívoco, que con frecuencia da lugar a confusiones acerca del exacto significado para el cual se está empleando. Si bien el vocablo empleado se puede traducir como “derecho común”, es raro encontrar algún texto que no utilice el término en inglés. Ello representa la ventaja práctica de evitar confusiones con el “derecho común” (jus commune) europeo surgido



del derecho civil romano y las obras de los glosadores y comentaristas, que se originó en tiempo casi paralelo al derecho común (common law), o bien con el derecho común o derecho civil codificado. Conviene considerar esta circunstancia al iniciar el estudio del sistema jurídico que lleva dicho nombre.

4. Para ejercer sus poderes los árbitros deben tener en cuenta las particularidades del caso; y si el asunto enfrenta a partes que provienen de distintas culturas jurídicas, ha de conocer los grandes sistemas del derecho civil y del derecho común (common law) en materia de prueba, y tratar de obtener una razonable síntesis lo más neutral posible, evitando a toda costa elevar a principios del derecho natural las características del proceso de su propia cultura.

5. La práctica de la prueba debe realizarse bajo los principios de que cada parte debe actuar de buena fe y tiene derecho a conocer, con una antelación suficiente a cualquier audiencia probatoria o a la determinación de los hechos o fundamentos, aquellas pruebas en que las demás partes sustentan sus pretensiones.

6. La intervención jurisdiccional a lo largo del procedimiento arbitral, se ha reducido a la estrictamente necesaria. Con la intención de simplificar el procedimiento arbitral propiamente dicho y en línea con lo establecido en otros ordenamientos, se encomienda a los árbitros, en defecto de acuerdo de las partes, la delimitación de la controversia sometida a arbitraje, lo que permitirá descargar a la Administración de

Justicia de algunas de las funciones que actualmente tiene encomendadas en la formalización judicial del arbitraje.





## BIBLIOGRAFÍA

BÖCKSTIEGEL, Kart- HEINZ. **Principales criterios para los árbitros internacionales para la organización de un procedimiento eficaz.** Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Paris, 1999.

BOND, Stephen R. **Arbitral procedure at the dawn of the millennium.** Editorial Bruylant. Bruselas, 2005.

BROKER, Charles. **Discovery and production of evidence in the United States: theory and practice.** CCI. Paris, 1990.

CAIVANO, Roque J. **Arbitraje.** Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, 2000.

CAIVANO, Roque J. **Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos.** Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, 1993.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis. **El arbitraje comercial internacional.** Editorial Tecnos, 1989.

CHILLÓN MEDINA, José M. – MERINO MERCHAN, José F. **Tratado de arbitraje privado, interno e internacional.** Editorial Civitas, 1978.

CRAIG, Lawrence W. - PARK, William W.- PAULSSON, Jan. **International chamber of commerce arbitration.** Editorial Oceana, 2000.

CREMADES, Bernardo M. **Discovery en el arbitraje transnacional. Revista mexicana de derecho internacional privado y comparado.** Número 12, Octubre, 2002.



CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo-Cruz - BARNEY, Oscar. **El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias. Análisis y práctica en México.** Editorial Porrúa-UNAM. México, 2004.

CURTIS, M.R. **Central government, an introduction to the British system.** Sir Isaac Pitman and Sons, LTD. Londres, 1966.

DAVID, René. **El arbitraje en el comercio internacional.** Editorial Económica. Paris, 1982.

DAVID, René. **Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos.** Editorial Aguilar. Madrid, 1973.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. **El arbitraje y la nueva *lex mercatoria*.** Anuario de Derecho Civil (A.D.C.).España, 1979.

DERAINS, Yves. **La práctica de la administración de la prueba dentro del arbitraje comercial internacional.** *Revista de Arbitraje. Paris, 2004.*

DERAINS, Yves- SCHWARTZ, Eric A. **El nuevo reglamento de arbitraje de la cámara de comercio internacional. Guía de arbitraje comercial internacional.** Editorial Oxford. México, 2001.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Compendio de derecho procesal civil.** Editorial, Dike. Medellín, 1987.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría General de la prueba judicial.** Editorial Zavalía. Buenos Aires, 1984.



FOUCHARD, Phillippe- GAILLARD, Emmanuel- GOLDMAN B. **On international commercial arbitration**. Editorial Kluwer. La Haya, 1999.

GANDOLFI, Giuseppe. **Código europeo de contratos**. Editorial Reus. Madrid, 2009.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. **Arbitraje**. Editorial Porrúa. México, 2004.

GUASP, Jaime. **El arbitraje en el derecho español**. Editorial Bosch. Barcelona, 1956.

HANOTIAU, Bernard. **Procedural traditions in international arbitration**. Editorial Bruylant. Bruselas, 2005.

KLEINHELSTERKAMP, Jan. **International commercial arbitration in Latin America**. Editorial Oceana. Nueva York, 2005.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. Fondo de Cultura Económica. México, 2003.

NOBLET, Albert. **La democracia inglesa**. Ediciones Castilla. México, 1944.

OPPETIT, Bruno. **Teoría del arbitraje**. PUF-Legis. Colombia, 2006.

PARODI, Victor G. **La cláusula arbitral: efectos de la elección de la sede del arbitraje y el control judicial**. Hacia un “sistema de congruencias”. Revista de Derecho, número 4. Montevideo, 2003.



PINSOLLE, Philippe- KREINDLER, Richard H. **Los limites del papel de la voluntad de las partes en la conducción de la instancia arbitral.** Revista de Arbitraje, número 41. Paris, 2003.

POUDRET, Jean F.- BESSON, Sébastien. **Derecho comparado del arbitraje internacional.** Editorial Bruylant. Zurich, 2002.

POUND, Roscoe. **The spirit of the common law.** Marshal Jones Company. Boston, 1971.

RABASA, Oscar. **El derecho angloamericano.** Editorial Porrúa. México, 1988.

RIVERA NEUTZE, Antonio Guillermo – Gordillo Rodríguez, Rainer Armando. **Curso Práctico de Arbitraje Comercial Internacional.** Edifolsa. Guatemala, 2001.

SCHÄFER, Erik- VERBIST, Hermann-Imhoos, CHRISTOPHE. **El Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en la práctica.** Editorial Bruylant. Berna-Bruselas, 2002.

SILVA ROMERO, Eduardo. **El contrato de arbitraje.** Editorial Legis. Bogotá, 2005.

SOTO COAGUILA, Carlos. **Informe sobre el arbitraje en Perú.** Revista de derecho comparado, número 11. Lima, 2005.

SUÁREZ ANZORENA, Carlos I. **Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional.** Revista Internacional de Arbitraje, enero-junio 2005. Buenos Aires, 2005.



WIGMORE, John Henry. **A panorama of the world's legal systems.** Washington Law Book Company. Washington D.C., 1978.

WOLFF, Hans Julius. **Roman Law: An historical introduction.** *University of Oklahoma Press.* Norman, 1951.

ZARATE, José Humberto. **Sistemas jurídicos contemporáneos.** Editorial McGraw-Hill. México, 1997.

### **Legislación:**

Convención de Nueva York. Asamblea General de Naciones Unidas. 1959.

Ley de Arbitraje. Congreso de la República, Decreto 67-95, 1995.

Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional –CCI-. Cámara de Comercio Internacional. 1998.

Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL). Asamblea General de Naciones Unidas. 1976.

Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) para el Arbitraje Comercial Internacional. Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 1985.

Convención Europea de Derechos Humanos. Consejo de Europa. 1953.

Reglas del Colegio de Abogados Internacional (International Bar Association). Consejo de la IBA. 1999.

