

«LA AMERICANIZACIÓN» DEL ARBITARJE COMERCIAL INTERNACIONAL*

por LEONEL PEREZNIETO CASTRO

Profesor Titular de Carrera de la Universidad Nacional Autónoma
de México e Investigador Nacional Nivel III.
Consejero en el despacho Jáuregui, Navarrete y Nader

* El presente texto es una versión modificada del curso que impartió el autor durante los cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz en julio de 2007, Universidad del País Vasco.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje comercial internacional –como todos sabemos– es un medio de resolución de disputas con buenos resultados alrededor del mundo, pese a algunas resoluciones erróneas de tribunales locales. El tema del arbitraje ha sido estudiado desde diferentes perspectivas pero hay una faceta poco explorada y que consiste en mostrar que el desarrollo de legislaciones unificadas y reglas generalizadas produce una normatividad ágil, transparente y con plena igualdad entre las partes y además, muy importante, permite que las partes en el contrato conozcan las reglas a que atenerse y tengan una razonable expectativa de que su caso será decidido con justicia. Para lograr este objetivo –nada fácil– se ha realizado una labor de consenso en diversas instituciones internacionales donde han surgido un buen número de reglas arbitrales.

Existe un amplio acervo legislativo nacional donde este tipo de normatividad ha sido aceptada, incorporada e interpretada por los jueces locales, de doctrina local e internacional, sobre todo esta última, que con frecuencia y sumamente rica en conceptos y en cuestiones prácticas. Especialmente, selecciones de casos que publican las grandes instituciones administradoras del arbitraje o casas editoriales especializadas y que constituye un acervo jurisprudencial de primer orden. En este contexto, me propongo comentar un dato que empieza a traslucir en la vida del comercio internacional y se trata de que las reglas arbitrales modernas tienen una muy importante influencia anglosajona, fenómeno al que se ha llamado la «americanización» del arbitraje comercial internacional. Esta acertada calificación me ha parecido apropiada para así denominar a la presente exposición.

Existen varias razones que pueden explicar la tendencia hacia la «anglosajonización» de las reglas arbitrales. Nosotros retomaremos la parte que nos interesa para efectos de la presente exposición y consiste en que hoy en día el procedimiento arbitral recoge varias figuras de este tipo de derecho lo que nos llevará a demostrar qué procedimiento actualmente es híbrido ya que tiene elementos del sistema adversarial y del sistema inquisitorial.

En las reglas arbitrales de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) de 1976, el sistema adversarial fue el sistema adoptado en el procedimiento aunque también en estas reglas se propició al sistema adversarial. Sin embargo hoy en día son varias las reglas del sistema anglosajón dentro del proceso arbitral que se corresponden con el arbitraje comercial internacional y por lo tanto es importante conocerlas para entender al arbitraje moderno.

Efectivamente, en el proceso arbitral se han adoptado reglas de origen anglosajón propias de un sistema adversarial que tienen su origen en el sistema judicial donde el juez se encarga de aplicar la ley en la medida que las partes así se lo soliciten y prueben para dirimir un caso en conflicto. Se trata de un sistema animado por las partes¹ en el que se trata de convencer al juez o al jurado de una causa y que en el arbitraje dichas reglas han debido adaptarse al sistema inquisitorial que se manifiesta en las facultades del tribunal arbitral para conducir el proceso con una amplia libertad con objeto de agilizarlo. Este mismo tribunal investiga sobre los hechos, puede solicitar peritajes para guiar sus decisiones pero siempre sobre la base de un procedimiento sencillo, ágil y con reglas prácticas. Esta combinación es interesante en la medida que atrae «lo mejor de los dos mundos» y además, revela que el arbitraje es una importante fuente para el derecho comparado y el logro de reglas comunes. Debido a que como lo demostraremos, la tendencia es hacia un mayor número de reglas anglosajonas amerita que en una primera parte de nuestra exposición, analicemos algunas de las principales instituciones de este origen que hoy en día son parte de la práctica arbitral. En una segunda parte, plantearemos una breve revisión de ciertas reglas arbitrales aplicables a escala mundial, que nos mostrará la tendencia hacia la unificación y en ese sentido pasaremos lista de estas reglas para ver algunos ejemplos de confluencia entre ambos sistemas.

II. LA INFLUENCIA DEL DERECHO ANGLOSAJÓN EN EL ARBITRAJE

La influencia del derecho anglosajón como ya lo mencionamos, aparece en varias reglas del arbitraje y sobre todo en la práctica donde las estrategias se plantean a partir de un sistema en el que hay libre interrogatorio de testigos y peritos. El tribunal arbitral escucha lo que las partes le plantean y prueban sobre los hechos presentados, los aclara y consulta peritos pero el impulso principal del procedimiento recae en las partes en el proceso arbitral. Esta forma de proceder ha sido admitida progresivamente por un número cada vez más amplio de árbitros continentales.²

Desde la preparación del procedimiento aparece como figura central el Discovery, conocido como pre-trial Discovery of documents, que, como se sabe, tiene la finalidad de que las partes puedan contar con la información de la contraparte que les sea de mayor utilidad para probar sus hechos. Una primera fase del procedi-

¹ Kane, Mk, Civil Procedure. West Publishing, 1996. 4a Ed. pág. 2.

² Fouchard, Gaillard, Goldman, On Internacional Comercial Arbitration. Kluwer Law, 1999, pág. 699.

miento propiamente dicho, que suele alargarse, consiste en la entrega de memoriales escritos, luego una audiencia de debates orales en el que se desahogan las pruebas para concluir con el laudo y en algunos casos, la previa presentación de los Post-Hearing Briefs llamados también, alegatos finales o conclusiones. Veamos estas distintas fases.

1. El Discovery

El Discovery es una institución típicamente del derecho anglosajón la que me permitiré explicar primero para retomar después, una parte de la discusión que ha enfrentado desde hace tiempo a posiciones pertenecientes al Common Law como a aquellas del Derecho Civil³ en torno de dicha institución. Sin embargo cabe apuntar que este principio ya fue adoptado por dos legislaciones continentales como es el caso de la Ley Suiza sobre Derecho Internacional Privado (Art. 184.2) y del Código francés de procedimientos (Art. 1494). Debido a que, para ilustrar nuestra exposición es necesario hacer una comparación he retomado al derecho mexicano, por un motivo: la Ley Modelo de Arbitraje UNCITRAL es parte de este derecho. Específicamente en el Título Cuarto Libro Quinto del Código de Comercio se adoptó esa Ley Modelo y segundo, porque es el derecho que conozco mejor y tiene similitudes con el derecho español.

El Discovery es una institución regulada en los Estados Unidos de América por las legislaciones locales estatales y a nivel nacional por las *Federal Rules of Civil Procedure* y particularmente en su Art. 26(a). Mediante esta institución se otorga el derecho a cada una de las partes en un proceso que va a dar inicio para conocer la información básica que posee su contraparte a fin de estructurar su posición de hecho y de derecho durante el desarrollo del juicio⁴. Se trata de un procedimiento preliminar que ya mencionamos, también conocido como *pre trial discovery of documents* que sirve para preservar las pruebas testimoniales que podrían no estar disponibles en el momento del juicio o bien, para que las partes intercambien la información que poseen sobre los hechos del proceso. Un proceder de esta naturaleza sirve para ayudar en la elaboración y definición de los puntos del litigio «y para preservar testimonios y evitar el perjurio»⁵.

Con objeto de llevar a la práctica las disposiciones establecidas en la Regla 26 (a) antes citada, se han distinguido tradicionalmente tres fases: en la primera cada parte debe suministrar a su contraparte los nombres de las personas que tengan información relevante sobre los hechos relacionados con el proceso, incluyendo copia de los documentos, compilaciones y demás cuestiones que puedan ser nece-

³ King, B y Bosman, L. *Rethinking Discovery in international arbitration: beyond the common law and civil law divide*, en Boletín ICC, Paris, Vol. 12, No. 1, Primavera del 2001 pp. 24 y sigs.

⁴ Sobre el tema se pueden consultar entre otros: Calvi, J. V. y Coleman, S. *American law and legal systems*. Ed. Prentice Hall, New Jersey. 2000. 4a Ed. pp. 80 y sigs. y *Fundamentals of American Law*, New York University School of Law. Ed. Oxford University Press – New York. 1996. (Alain B. Morrison, general Editor) pp. 70 y sigs. En lo que corresponde al arbitraje comercial internacional sobre este tema también se puede consultar: Crowter, H. *Introduction to arbitration*, 1998, pp. 88 y sigs.

⁵ Kane, M. K. *Civil Procedure*. Op. cit. pp.127 y 128.

sarias y que serán exhibidas durante el proceso así como el cómputo de los daños si los hay y en su caso, los acuerdos con las compañías aseguradoras a los que se hubiera llegado. En la segunda fase, se deberán entregar mutuamente las partes la información relativa a los peritajes que serán utilizados durante el proceso y finalmente, en la tercera fase y poco antes del juicio, las partes se informarán acerca de los nombres de los testigos y de la documentación que será aportada como prueba durante el proceso⁶.

La obligación de dar a conocer la información arriba mencionada es de tal naturaleza importante que toda aquella información que no sea entregada a la contraparte previamente al juicio, no podrá ser validamente presentada ni desahogada durante el proceso, siempre de acuerdo a reglas que permiten el ofrecimiento de pruebas supranvenientes pero aún en estos casos, dichas pruebas deben ser puestas a la consideración de la contraparte antes de presentarlas ante el juez.

Se trata en suma de una institución que obliga a la exhibición de una amplia serie de información entre la que se puede distinguir aquella información que no es trascendente para el caso por una de las partes y a quien el juez le da acceso a los archivos de la contraparte para llevar a cabo una investigación con toda amplitud a fin de encontrar algún documento o información que le sea de interés para el proceso incluso de terceras partes⁷. Una investigación de este tipo requiere de archivos abiertos. Se le conoce en el argot procesal estadounidense bajo el adjetivo muy adecuado de «*fishing expedition*» o «expedición de pesca». Pero al mismo tiempo existe otro tipo de información que con frecuencia es el más importante y que puede ser relevante al menos indirectamente para una de las partes, como es la obligación de suministrar los nombres de testigos, de peritos, tipo de pruebas que se pretenden ofrecer, cuantía de los daños a reclamar, resultados de los peritajes, etc., y que de no hacerlo, podrá pedir al Tribunal Arbitral que le requiera formalmente a la otra parte que cumpla con su obligación de presentar pruebas a través de una orden de presentación o *Request to Produce*.

La novedad de la institución del Discovery debe ser explicada en su contexto, especialmente en un país de derecho civil como el mexicano. Por un lado faculta al juez (o al árbitro) para ordenar una búsqueda completa de documentos. Sin embargo, en un sistema como el mexicano esa decisión está prohibida para la autoridad que requiere cumplir con los lineamientos del Art. 16, 7º párrafo constitucional que establece que para cualquier orden de cateo «que solo la autoridad judicial podrá expedir» se deberá circunscribir a los documentos previamente definidos y expresados en la solicitud para la orden de cateo.

Como se podrá apreciar en el párrafo anterior, hay varios elementos que no son aplicables al arbitraje y que por lo tanto, éste no está sujeto a las disposiciones del Art. 16 Constitucional y que en breve son las siguientes: la prohibición constitucional está dirigida a la autoridad y el árbitro, al menos en el derecho mexicano, no es autoridad. En segundo lugar, se trata de un acuerdo entre particulares que en

⁶ Idem, pág. 131.

⁷ Sobre este particular ver: Obtaining evidence from third parties in international arbitration, en *Arbitration International*, Vol. 17, N° 2, 2001, pág. 145 y sigs.

nada atañe al orden público. En estas condiciones, si por acuerdo entre las partes –al haber escogido las reglas arbitrales aplicables al procedimiento– es posible que a petición de una de las partes se pueda ordenar el Discovery. Veamos estas ideas como se presentan en la realidad.

El principio rector del arbitraje en México, –como en general del arbitraje comercial internacional–, es el de la autonomía de la voluntad de las partes que se expresa a través del acuerdo arbitral⁸. Si las partes han acordado someter la solución de sus controversias conforme a un acuerdo arbitral y en éste han acordado reglas que permitan el Discovery, esta institución se integra por esa voluntad de las partes al derecho mexicano y las diligencias para el conocimiento de la información que tienen en poder cada una de las partes, podrán llevarse a cabo. Este es el caso de un acuerdo entre las partes que en su cláusula arbitral se obligan a someterse por ejemplo, a las Reglas de la CCI, conforme a las cuales el tribunal arbitral puede requerir a cualquiera de las partes en todo momento del proceso arbitral que aporte pruebas adicionales (Art. 20.5) Sin embargo, esta disposición ha sido interpretada de manera restringida por dos de los mejores comentaristas de las Reglas CCI quienes opinan:

«Como regla, la aportación de pruebas adicionales en el proceso de arbitraje de la CCI, al igual que en el arbitraje internacional en general, tiende a ser menos extensa que en los procedimientos presentados ante los tribunales en las jurisdicciones de derecho consuetudinario, como en Estados Unidos de América. Así, con frecuencia se repite que no hay lugar en el arbitraje internacional para la llamada expedición de pesca»⁹

Volviendo sobre la idea de la integración de las reglas arbitrales al derecho nacional y a la incorporación de la institución del Discovery, o al menos, una parte de ella, hay dos antecedentes que ya mencionamos de sistemas típicamente del Derecho Civil, la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado y el sistema jurídico francés que adicionó en su Código de Procedimientos Civiles una disposición¹⁰ según la cual el acuerdo de las partes en la cláusula arbitral respecto a la aplicación de determinadas reglas arbitrales implica que éstas se incorporen como parte del procedimiento a seguir, incluyendo cuando se solicite el auxilio de los tribunales judiciales,¹¹ ya que éstos también deberán tomar en consideración dichas reglas en el proceso.

En la práctica, es usual que las partes accedan a suministrar la información que se les requiere y a abrir sus archivos para que la contraparte busque la información que le interese. Se trata de una posición prudente de parte de los abogados con experiencia en materia arbitral porque ellos saben que cualquier oposición sin fun-

⁸ Art. 1416, fracciones I y II.

⁹ Derains, Yves y Schwartz, Eric A. *El nuevo reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional – Guía de arbitraje comercial internacional*, Ed. Oxford University Press México, 2001, pág. 321.

¹⁰ Art. 1494

¹¹ Este criterio fue confirmado en el caso decidido por la Court D'Appel de Paris de 21 de noviembre de 1997 en *Société Un Plc vs. Société White Knitgts* y otros, en *Revue de Droit de l'Arbitrage*, 1997, No. 3 pp. 429 y sigs.

damento a las órdenes del tribunal arbitral es despertar en éste sentimientos adversos que tarde o temprano traen consecuencias negativas para la causa que representan. En estas condiciones, la institución del Discovery puede aplicarse y de hecho se aplica con toda amplitud en México. Sin embargo, el problema surge en caso de que una de las partes después de haber acordado la aplicación de esta institución se niegue a entregar a su contraparte la información que le corresponde. Entre las cuestiones que se pueden presentar intentaré describir a continuación algunas de ellas.

Cuando el Discovery pasa a ser un procedimiento compulsivo, aún cuando haya sido previamente acordado, se hace patente la diferencia entre la información que puede o no obtenerse en función de aquella que pueda o no ser determinada por la parte que la solicita. En el caso de México esa diferencia es importante. Veamos diferentes posibilidades.

El tribunal arbitral en uso de sus facultades solicita al juez de primera instancia federal o del orden común del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje¹², su intervención para que requiera a la parte morosa a que entregue la información requerida¹³ apercibiéndola de que la información que entregue será la única que podrá hacer valer durante el procedimiento arbitral¹⁴. En esta vía se pueden incluir medidas de apremio para que la parte requerida entregue la información necesaria, lo que puede solicitarse sin embargo, es limitado. Viniendo la orden de autoridad judicial, el problema que se presenta es precisar de qué información se trata y muchas veces eso es lo que no se sabe con exactitud. En este punto, definitivamente la información no determinada o determinable queda excluida, la discusión resta con respecto de la información determinada aún la que lo sea de forma indirecta; es decir, aquella de la que no se tiene un conocimiento preciso pero que puede ser determinada como es el caso de los nombres de los testigos, de los peritos, el resultado de los peritajes, el monto de los daños, etc. Esta información, en mi opinión sí puede formar parte del requerimiento del juez, aún en un sistema formalista como el mexicano.

El problema consiste en que de no existir suficiente precisión en la información requerida pudiese dar lugar a una búsqueda general de la información en los archivos de la contraparte, que se podría considerar contraria a la disposición constitucional del Art. 14 a que ya nos referimos, el que, basado en una concepción formalista, previene que en toda orden de cateo la autoridad judicial se deberá expresar por escrito, el lugar que ha de inspeccionarse y los objetos que se buscan, sin que la diligencia pueda exceder los límites definidos previamente por la autoridad judicial¹⁵, lo cual limita, como ya lo hemos mencionado, a la naturaleza del Discovery.

Por otro lado cabe señalar que la orden del juez sobre la presentación de pruebas y a la que antes hicimos alusión, lleva además implícito un emplazamiento, que

¹² Art. 1422, primer párrafo.

¹³ Art. 1433, El tribunal podrá ordenar la adopción de medidas precautorias.

¹⁴ Art. 1444. »El tribunal podrá solicitar la asistencia del juez para el desahogo de pruebas»

¹⁵ Art. 16, octavo párrafo.

de no cumplirse por la parte morosa, se podría asimilar a una rebeldía en la que esta parte se niega a comparecer a juicio (en este caso al ofrecimiento y desahogo de las pruebas en los términos fijados por el tribunal arbitral) con todas las consecuencias que de esta situación devienen. Aún más, visto desde otra perspectiva, se podría asimilar a un requerimiento de cumplimiento contractual para que el deudor moroso cumpla con su obligación a la que se había comprometido.¹⁶

Veamos a continuación algunas ideas derivadas de las afirmaciones anteriores.

El tribunal arbitral puede apercibir directamente a la parte morosa en el sentido de que, de no entregar la información dentro de un plazo dado, se le declarará en rebeldía y por lo tanto perderá su derecho de presentar válidamente cualquier documento, prueba, peritaje o testimonial durante el procedimiento arbitral principalmente aquellos de los que no informó previamente a la audiencia de desahogo de pruebas a la contraparte y al tribunal. Ante una actitud rebelde de esta naturaleza, el Tribunal procederá en consecuencia, dictando su laudo sin haber recibido aquellas pruebas no hechas del conocimiento de la contraparte previamente a la audiencia de desahogo de pruebas correspondiente, conforme a las instrucciones del Tribunal. Aquí nuevamente cabe hacer la distinción que ya se hizo anteriormente, entre aquella información que se ha estimado relevante, material o de peso para soportar lo dicho en el juicio y la que no lo es.

En cuanto a esta información, el apercibimiento del tribunal arbitral, en el sentido de presentar la prueba que falta, como ya lo mencioné, en mi opinión, no tendrá problema si se redacta con la precisión adecuada, no así con respecto al segundo tipo de información es decir, aquella que se ha requerido pero de la que no se poseen sus antecedentes, porque un laudo que se dictase en México habiendo desechado pruebas en estas condiciones, podría ser impugnado ante los tribunales mexicanos sobre la base de que el Tribunal Arbitral no le otorgó a la parte condenada el derecho de audiencia que le da la Constitución al no recibir o no hacer valer las pruebas presentadas en la audiencia de desahogo. Se puede argumentar en este sentido que la parte condenada no había precisado aún -en el momento de dictarse la orden por el tribunal arbitral- la información, pruebas, etc., que posteriormente ofrecería para su desahogo y por tanto, el Tribunal violó su derecho para ofrecer posteriormente las pruebas que más le conviniesen. Quizá en este punto, una estrategia por parte del Tribunal podría atemperar este argumento y sería la siguiente: **que en la orden del tribunal arbitral fijando el plazo para recibir y admitir las pruebas, se diese a las partes el derecho de opinar sobre su admisión para lo cual ambas partes requerirían conocerlas previamente en toda su extensión. Es decir, se trataría de un derecho otorgado a ambas partes incluyendo la posibilidad de reformular sus propias pruebas con base a la información obtenida del examen de los documentos y de las pruebas de la contraparte.**

¹⁶ En este sentido ver: Webster, T. H. Obtaining documents from adverse parties in international arbitration, en: *Arbitration International. The Journal of the London Court of International Arbitration*, Vol. 17, No. 1, 2001, pp. 56 y sigs.

te. En estas condiciones, el riesgo de que el procedimiento sea invalidado por una violación al derecho de audiencia, podría decrecer considerablemente.

Los ejemplos anteriores son evidentemente ejemplos hipotéticos que he querido llevar al extremo para poder precisar las ideas que expreso; sin embargo, en la práctica internacional del arbitraje comercial, una parte que no entrega en tiempo la información o los documentos que se le requieren, si tiene una razón válida y el tribunal lo autoriza, lo puede hacer posteriormente a condición de que se le otorgue a la contraparte un tiempo razonable para analizar la información y documentos y responder a ellos.

Paso al último punto y también brevemente. El hecho de que una parte se niegue a exhibir su información y a presentar sus pruebas para conocimiento de la contraparte, se podría alegar que es un incumplimiento de la obligación contractual contraída en la cláusula arbitral por la que las partes se obligaron a suministrar toda la información, pruebas, etc. Y por el hecho de no cumplir en las fechas fijadas para la entrega, pierde el derecho, para ofrecer posteriormente las pruebas. Un planteamiento semejante podría sin embargo caer en cierta forma en el problema planteado anteriormente: la parte condenada, al margen de que se ventile su caso como un incumplimiento contractual, podrá alegar siempre -y no sin razón- que su derecho de audiencia fue violado y deberá ser el juez el que decida en última instancia sobre esta cuestión.

Como puede observarse, en el derecho mexicano existen límites expresos para la aplicación del Discovery cuando una de las partes, después de haber acordado esta institución, se niegue a entregar a su contraparte la información y pruebas que le corresponden.

A fin de evitar cualquier complicación que pueda salirse de las manos al tribunal arbitral y terminar en uno de los problemas como los arriba descritos, lo recomendable es planear con la debida anticipación la forma como deberá llevarse a cabo el Discovery y por supuesto, especialmente en un derecho como el mexicano, incluir de ser posible, una definición clara del tipo de información que será relevante en el caso de un arbitraje (aunque sea indirectamente) que es posible transmitir y la cual podrá ser requerida o de lo contrario sujeta a la consecuencia jurídica que le corresponda. Esto por otro lado, indica que el tribunal acepte de forma prudente cuál es la información relevante y verdaderamente material para el caso, y la manera como ésta debe ser dada a conocer a la contraparte.

2. La fase de los memoriales escritos

Un objetivo claro del Arbitraje es que el tribunal llegue a descubrir la verdad y para ello cuenta con una amplia libertad, siempre dentro de un contexto jurídico que será el derecho del país de la sede del arbitraje y en cuanto al fondo, por la ley designada por las partes. A diferencia del sistema inquisitorial donde las distintas fases del procedimiento están delimitadas y los plazos son perentorios, esta fase del arbitraje tiene mayor influencia del sistema adversarial en la medida que existe mayor libertad ya que se pueden ampliar las manifestaciones de las partes para adicionar y precisar conceptos y pretensiones, al margen claro está de que la de-

mandada siempre tiene el derecho de contra demandar, de reconvenir a la actora y ésta a su vez, a contestar a las nuevas pretensiones. Sin embargo, se ha comentado que los árbitros y abogados continentales aún tienen escepticismo respecto de la sinceridad de los testigos en la medida que son aleccionados por sus abogados.¹⁷

Normalmente se fija un plazo antes de la audiencia para que las partes presenten sus últimos escritos de tal manera que éstas tengan en su poder con anticipación toda la información que su contraparte haya producido, alegado y desee probar y así evitar sorpresas durante la audiencia. En este sistema las partes harán énfasis en los conceptos y pretensiones que desean significar para la atención del tribunal.

La ventaja de un sistema de ésta índole es que desde el inicio del procedimiento el tribunal y las partes pueden llegar con relativa facilidad a comprender el fondo del asunto y de esa manera afirmar sus pretensiones y defensas y el tribunal, formarse una idea más clara de lo que deba resolver.

Con ese objetivo las partes suelen preparar escritos que contengan una enumeración sucinta de hechos, dispuestos en párrafos numerados para lograr una rápida referencia y con base a esos hechos, dar cuenta de las pretensiones para evitar que durante la audiencia de desahogo de prueba alguna de las partes no tenga la información que le permita sustentar sus derechos. En la relación de hechos no se entra por lo general en gran detalle, solo se dan a conocer los más importantes para guardar otros, junto con algunos argumentos para la audiencia a fin de plantearlos de acuerdo a la estrategia de la contraparte.

En este sentido es importante hacer un énfasis, en la medida que el sistema adversarial brinda a las partes la oportunidad de ir ajustando sus respectivas estrategias durante la audiencia de acuerdo a como la contraparte vaya presentando las suyas. En el sistema inquisitorial tradicional una audiencia de desahogo de pruebas se debe ajustar a los cuestionarios previamente formulados por las partes, por lo que la preparación de la audiencia se basa precisamente en dichos cuestionarios y muchas veces se vuelve un sistema muy rígido. Mientras que en el sistema arbitral moderno, la preparación de la audiencia es más completa porque se tiene que tomar en cuenta un número más amplio de factores. Volveremos sobre este tema más adelante. Las cuestiones de derecho, por su parte, se plantean pero igualmente sin descubrir toda la estrategia probatoria. Se trata de mínimos suficientes para no dejar a la contraparte en estado de indefensión «los mínimos que la contraparte debe conocer», sin caer en el ocultamiento. El hecho es que desde un inicio se conocen los argumentos básicos de cada parte, mismos que se complementan en alguna medida durante el desarrollo de esta fase escrita que conduce al ofrecimiento de las pruebas, lo que permite al tribunal contar con la información necesaria para interrogar a peritos, testigos y partes y así obtener la información necesaria para definir con mayor claridad las pretensiones y cuando es necesario, la improcedencia de éstas.

En esta fase escrita la personalidad de cada abogado de parte se manifiesta con bastante claridad. Por lo general es difícil que traten de sorprender al tribunal con

¹⁷ Fouchard, Galliard, Goldman, op. Cit. Pág. 699.

argumentos sofistas, hay en cambio en la práctica un esfuerzo por aclarar y disputar argumentos. Esta labor para el tribunal suele ser interesante y muy rica para entender con mayor profundidad en cada paso las pretensiones de las partes por lo que, cuando la ley aplicable es diferente a la que los árbitros están habituados, no suele haber problema en adaptarse a las condiciones del derecho que resulta aplicable. En la práctica se trata de seleccionar a uno de los miembros del tribunal arbitral perteneciente al sistema jurídico en cuestión y será éste el que con frecuencia esté encargado de elaborar las partes jurídicas del laudo.

En cuanto a la admisión de las pruebas el procedimiento arbitral sólo tiene como límite las disposiciones de orden público que deben ser respetadas para que el laudo no sea impugnado exitosamente. El tribunal admite con liberalidad las pruebas teniendo cuidado en eliminar aquellas que parezcan o resulten falsas, las que no están vinculadas con el caso y las que se refieren a cuestiones de orden personal. El sistema elude así a las «camisas de fuerza» que plantean los formalismos sobre las pruebas, especialmente en un sistema inquisitorial tradicional.

3. La audiencia de desahogo de pruebas

El momento en que las partes y el tribunal entran en contacto físicamente es con motivo del desahogo de pruebas. Anteriormente, por lo común, el contacto fue telefónico, por mail o por fax. Aquí nuevamente el sistema adversarial vuelve por sus fueros. Se trata de un contacto íntimo y cercano debido a que se trata de un procedimiento confidencial en el que solo tienen cabida durante la audiencia, las partes interesadas y el tribunal. Acordado así, solo se espera que con la participación de las partes, el sistema sea fluído.

Los abogados de parte deben hacer uso del conocimiento que van adquiriendo de los árbitros y éstos de las partes. Sin embargo, el procedimiento tradicional anglosajón está concebido de manera un poco diferente:

Se trata de convencer al jurado y al juez de la verdad de su causa, lo que hace permisible argumentos que en el arbitraje deben ser más discretos y directos ya que es únicamente al Tribunal al que se pretende convencer. Este procedimiento tiene ventajas y desventajas.

Reduce el tiempo destinado a la audiencia a la que llegan las partes con toda la información posible a mano para evitar sorpresas y hacer más expedito el procedimiento. El Cross-Examination que será una institución que explicaremos más adelante, obliga a los abogados de parte a preparar sus interrogatorios con más cuidado y precisión, lo que contribuye a la clarificación de los hechos y permite precisar los puntos en disputa. Como se mencionó, la preparación de la audiencia a cargo de los abogados de parte no se limita únicamente a una formulación más o menos formal de preguntas, evidentemente éstas son vitales, la diferencia de grado consiste en que en este sistema, si en el interrogatorio surgen nuevas interrogantes, el interrogatorio puede tomar nuevos derroteros, pero siempre sobre la base de que las repreguntas deban estar relacionadas con las preguntas que previamente se le hicieron al testigo o al perito. De esta manera, la definición del vínculo entre hechos y pretensiones suele lograrse con mayor nitidez.

Sin embargo, se ha mencionado que este sistema adversarial tiene desventajas: en la preparación de las declaraciones juradas y por escrito que se deben presentar de parte de testigos y peritos en la fase escrita, no le permite ver a la contraparte ni al tribunal hasta dónde llegó la mano del abogado en ese documento, pero esta desventaja se compensa durante la audiencia cuando venga el Cross-Examination se permite al interrogador moverse con flexibilidad hasta llegar a los detalles y saber si el testigo está diciendo la verdad y qué parte de su declaración escrita fue realmente expresada por él y hasta dónde está la mano del abogado.

Como lo mencionamos, el elemento básico en esta fase el Cross-Examination, cada vez más extendido en el arbitraje cumple una función precisa: permitir al tribunal acercarse lo más posible a la verdad.

Cabe señalar que este método no es obligatorio pero las reglas de las diferentes Instituciones administradoras dan amplia libertad al tribunal para conducirse de la forma más apropiada posible y si las partes así lo acuerdan, darle cabida a este método dentro del procedimiento. Es importante mencionar que a diferencia de los sistemas formales donde las reglas de procedimiento se les vincula con el orden público, aquí se trata de reglas del procedimiento que pueden designarse libremente por las partes. De esta manera, entraremos al estudio del Cross- Examination que es el más frecuente y por ello le dedicaremos una sección para saber de qué se trata.

4. El Cross-Examination

Llamado Cross-Examination of witnesses, este método se fundamenta en las siguientes premisas:

- Declaración previa del testigo o perito por escrito;
- Libertad para la parte que presenta un testigo de hacer un interrogatorio basándose en la declaración escrita de éste y con el único límite que se trate de preguntas relacionadas con el caso, que no sean ociosas, repetitivas, o injuriosas;
- Posibilidad de presentar un contrainterrogatorio o Cross –Examination en el que la contra parte interroga al testigo o al perito sobre las preguntas originalmente formuladas; y
- Libertad para el tribunal de presentar un interrogatorio en el que busca aclarar y precisar ideas pero también hacer sus propias investigaciones.

El hecho que la declaración del testigo o perito sea por escrito ordena al interrogatorio y ahorra tiempo durante la audiencia. Sirve por otro lado para que la parte que presenta al testigo o al perito prepare con mayor precisión sus preguntas y la contraparte pueda formular repreguntas a su vez.

En uso de su carácter inquisitorial el tribunal guía el procedimiento y evita que los interrogatorios divaguen y se pierdan en argumentos circulares; sin embargo el impulso del procedimiento es de las partes. El convencimiento a los árbitros de la verdad de cada parte es el objetivo esencial y para ello se despliegan una serie de técnicas para mejorar la comunicación con los árbitros ya sea mediante presentaciones muy puntuales, de gráficas, cifras, estadísticas, etc. Se trata en todo caso de un proceso dinámico en el que en cualquier momento el testigo o el perito

pueden ser consultados y se les requiere para precisar un determinado concepto o hecho.

Un factor muy importante en este método es el tiempo, ya que se encuentra siempre limitado durante el interrogatorio. Hay literatura que propone diversas estrategias para lograr un uso más racional del mismo y así lograr una mayor eficiencia respecto de lo que se pretende probar.¹⁸

5. El Post Hering Brief o conclusiones

Cada vez y con mayor frecuencia, las partes acuerdan que dentro del arbitraje se dedique una fase para la presentación de conclusiones (en México las llamamos «alegatos») que pueden ser por escrito o bien oralmente con una audiencia dedicada a ese fin.

Se trata de una fase breve donde las partes llevan a cabo su mejor esfuerzo de síntesis y de claridad para dejar en la mente del tribunal sus pretensiones. Por otro lado, este resumen es útil para el tribunal a la hora de redactar el laudo.

Paso ahora a la segunda parte de esta exposición, al referirme brevemente como lo he hecho, a algunos principios comunes a las reglas arbitrales contemporáneas.

III. ALGUNOS PRINCIPIOS COMUNES A LAS REGLAS ARBITRALES CONTEMPORÁNEAS

Dado el creciente número de reglas arbitrales existentes hoy en día y para mantenernos dentro de los límites de esta exposición, en esta segunda parte me referiré a las cuatro reglas con mayor difusión en el arbitraje moderno, estas son las reglas UNCITRAL, las de la Corte de Arbitraje Internacional de la CCI (Reglas CCI), las del Centro Internacional para la Resolución de Disputas de la American Arbitration Association (ICDR) y a las de la Corte de Arbitraje de Londres (LCIA).

Las reglas UNCITRAL (1976)¹⁹ han servido como guía para la unificación de las demás reglas de arbitraje. En una época en la que la dispersión de reglas arbitrales era grande, UNCITRAL se dio a la tarea de armonizar criterios y de unificar reglas. Con ese fin convocó a especialistas de diferentes partes del mundo para que expresaran sus puntos de vista y a partir de ahí elaborar nuevas reglas que sirvieran como factor de unidad. A partir de este momento la interacción entre el sistema anglosajón y el sistema de derecho civil fue posible y como lo veremos a continuación, su resultado fue muy importante en la medida que de una forma u otra, du-

¹⁸ En la CCI hay una tendencia reconocida en este sentido mediante los esfuerzos que se llevan a cabo dentro de las ICC Guidelines on efficient arbitration case management, donde reporta la Task Force Group sobre Reducing time and cost in complex arbitration.

¹⁹ Otros instrumentos de UNCITRAL sobre arbitraje son: las reglas sobre conciliación (1980), la guía para administrar arbitrajes conforme a las reglas UNCITRAL (1982) y la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985)

rante algunos años, las reglas de las diferentes instituciones administradoras de arbitrajes fueron cambiando para acoger varios de los principios establecidos en las reglas UNCITRAL aprobadas el 28 de abril de 1976. Existe una razón clara en este proceso; todos los documentos elaborados por la UNCITRAL incluyendo las reglas arbitrales, son producto del consenso entre especialistas de todo el mundo y por tanto un campo fértil para el ensamble de culturas legales.

El mandato de la Asamblea General de la ONU a UNCITRAL fue el de «Fomentar la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional» estableciendo «un régimen procesal completo» para el arbitraje comercial internacional.

Las diferencias hoy en día prácticamente se han eliminado, como se puede apreciar en el cuadro comparativo de las reglas arbitrales que se adjunta a esta exposición; sin embargo, me permitiré dar algunos ejemplos en los que existe una confluencia de sistemas jurídicos aunque con cierta prevaencia del criterio anglosajón. En estos ejemplos muestro brevemente desde cuestiones de terminología hasta las de orden conceptual. En cuanto a las primeras tenemos la siguiente.

1. Mientras que las reglas CCI todavía conservan la terminología tradicional de «la demanda del arbitraje» (Art. 4) las reglas ICDR (Art. 2º, párrafo 2) y las LCIA (Art. 1º párrafo 1.2) siguen la terminología de las reglas UNCITRAL de «la notificación del arbitraje» como punto de partida para el procedimiento arbitral. Ciertamente es una cuestión terminológica ya que los requisitos que se deben cumplir en uno y otro caso son prácticamente los mismos, los efectos de la notificación o de la demanda también son parecidos como las pretensiones de la demandante, aunque éstas pueden cambiar, los plazos para su contestación y reconvencción o cuando la notificación o demanda recibida por la institución arbitral da inicio al procedimiento.

Sin embargo, el hecho de que se diga que el arbitraje se inicia con «la notificación de arbitraje», implica que se trata de un documento sencillo que puede ser elaborado por cualquier interesado – aunque siempre es recomendable que lo sea por un abogado. Esta «informalidad» implícita en el concepto, es propia del sistema anglosajón que se trata de imprimir a lo largo de todo el procedimiento arbitral.

2. Hay en las reglas ICDR una disposición que hoy en día es admitida en la práctica del arbitraje y que tiene un origen típicamente anglosajón.

En el Art. 4º se establece que las partes «durante el proceso arbitral» podrán modificar o adicionar «su reclamación, contrareclamación o escrito de contestación» con el único límite que a juicio del tribunal, provoque una tardanza que perjudique a otras partes en el proceso. Esto quiere decir que salvo los plazos establecidos para la notificación del arbitraje y su contestación y en su caso, la reconvencción, el procedimiento permanece abierto y sin formalismos para que las partes puedan exponer sus argumentos y presentar sus reclamaciones y contestaciones.

No hay reglas que lo impidan que establezcan plazos fatales. Una excepción es el de las reglas CCI que establecen que una vez acordada el Acta de Misión entre las partes no se podrán presentar nuevas demandas principales o reconvenccionales ya que el procedimiento y los puntos litigiosos habrán quedado definidos desde el inicio del procedimiento arbitral. Las reglas ICDR otorgan mayor flexibilidad para

que las partes puedan adecuar y precisar sus pretensiones. Esta flexibilidad, como lo mencioné, es admitida hoy por la mayoría de árbitros internacionales y es un producto típico de las reglas del sistema anglosajón.

3. Una de las disposiciones de las reglas UNCITRAL (Art. 15) que mayor efecto han tenido y que por su importancia se ha incorporado en todas las demás reglas, es el otorgamiento al tribunal de amplias facultades y flexibilidad para conducir el procedimiento arbitral como lo estime conveniente, solución típica de un sistema que no limita ni constriñe a los árbitros y que va en beneficio del arbitraje.²⁰

La única limitación a este principio es que «se trate a las partes con igualdad y que en cada etapa del procedimiento, se de a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos». Esta flexibilidad permite al tribunal conducirse de manera eficiente ya que las reglas arbitrales establecen principios generales²¹. En un sistema tradicionalmente formalista y conservador como lo es el caso de México, la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado respecto de este principio en el sentido de que esa flexibilidad no es inconstitucional, debido a que, según el Alto Tribunal, la flexibilidad del tribunal arbitral está en todo caso acotada por un contexto legal que es el Código de Comercio y las leyes generales del país²². Es importante anotar el hecho de que un principio de origen anglosajón como éste haya sido admitido por un tribunal conservador dentro de un sistema jurídico formalista y la razón es que ese Tribunal hoy en día entiende el enclave de México en el mundo y que sus relaciones comerciales deben contar con una regulación más liberal a pesar de que internamente, las reglas procesales sean inquisitoriales, formalistas y delimitadas. Este es un efecto que por otro lado, refleja al arbitraje como puente para el ensamble de culturas jurídicas.

4. Otro ejemplo de confluencia puede mostrarse en materia de la ley aplicable. Cuando las partes no designan la ley que debe regir sus contratos, el tribunal debe proceder a determinar «la voluntad implícita» de las partes.

Las reglas UNCITRAL establecieron que si «las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables» (Art. 33)

Esta solución fue seguida por las demás reglas durante varios años sin embargo en 1997 las reglas de la ICDR y seguidamente las reglas de la LCIA, cambiaron hacia un concepto más práctico y directo: eliminaron el recurso a la norma de conflicto de leyes para determinar la ley aplicable y en el Art. 28 de las ICDR se indica lo siguiente:

Art. 28.

«El tribunal aplicará la ley sustantiva o las reglas designadas por las partes como aplicables a la disputa...»

²⁰ Sobre este tema ver: Critchlow, J. The Authority of arbitrators to make rules, en: *Arbitration, Chartered Institute*, London, Vol. 68, N° 4, Nov. 2002, pp. 369 y sigs.

²¹ Park W. Two faces of progress: fairness and flexibility in arbitral procedure, en: *Arbitration Internationale. LCIA*. Vol. 23, N° 3, 2007. pp. 499 y sigs.

²² En este sentido ver: Amparo en revisión, Teléfonos de México, S.A. de C.V. 759/2003; y Recurso de Revisión RC 31/2005. 1° de marzo de 2005. (10° Tribunal Colegiado de Circuito)

«En arbitrajes relacionados con contratos, el tribunal decidirá de acuerdo a los términos del contrato y tomará en cuenta los usos del comercio aplicables al contrato».

Como se puede apreciar, se estableció la vía directa a la ley sustantiva con lo cual quedó excluida la aplicación de normas de conflictos de leyes y se ordena al tribunal que decida de acuerdo:

- A los términos del contrato.
- Tomando en cuenta los usos comerciales.

Este cambio que, como lo señalé, fue adoptado por las reglas de la LCIA, rápidamente fue admitido por la CCI en sus reglas de 1998 repitiendo el mismo lenguaje de las reglas de la ICDR.

Resultó evidente que una propuesta práctica y directa para la determinación de la ley aplicable rápidamente se difundió entre las normas arbitrales y es el principio que hoy en día se sigue. La confluencia aquí puede ser apreciada a partir de una propuesta práctica y del dinamismo propio del arbitraje.

5. Para no alargarme demasiado, quisiera referir un último ejemplo de la convergencia de sistemas jurídicos gracias al arbitraje. Se trata de la última reforma propuesta en el seno de UNCITRAL a la Ley Modelo sobre Arbitraje.

Un tema que es regulado por todas las reglas arbitrales es el de las medidas precautorias principalmente de dos tipos, las que pueden solicitar directamente las partes ante las autoridades judiciales aún antes de que se inicie el procedimiento arbitral sin que esto signifique una renuncia a este último procedimiento²³ y las que pueden solicitar las partes al tribunal arbitral, un vez constituido éste, quien las podrá autorizar pudiendo fijar al respecto una fianza.

Las medidas precautorias se han incrementado en el arbitraje moderno y con frecuencia significan una cuestión de gran relevancia que puede llegar a ser decisiva en ciertas circunstancias con objeto de conservar documentos, preservar cuentas y depósitos bancarios, asegurar maquinaria, equipo y mercancías, etc. Sin embargo, las facultades que las reglas arbitrales le dan a los árbitros han sido generales, por ejemplo, las reglas ICDR establecen que a solicitud de alguna de las partes, se le otorgan facultades a los árbitros «para tomar aquellas medidas provisionales necesarias, incluyendo mandamiento de hacer o no hacer o medidas para la protección o conservación de la propiedad» (Art. 21), las reglas CCI se refieren a la facultad de los árbitros para «ordenar, a solicitud de parte, cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas» (Art. 23). Las reglas de la LCIA son las más precisas pues se refieren a la forma como las partes deben afianzar medidas de protección y de aseguramiento de bienes, la forma como los árbitros deben decretar dichas medidas y la determinación provisional de cualquier compensación (Art. 25). Pero aún así estas disposiciones se quedan en principios generales que en muchas ocasiones no permiten a los árbitros actuar con decisión por los problemas de responsabilidad personal que pueden enfrentar. Como lo ha

²³ Así lo disponen las reglas de la CCI (Art. 32. 2), la Ley Modelo de UNCITRAL (Art. 26. 3) y las reglas de la ICDR (Art. 21. 3)

mencionado el Prof. José Carlos Fernández Rozas en un excelente trabajo recién publicado sobre el tema de las medidas cautelares²⁴. La Ley Modelo de la UNCITRAL que fortaleció el sistema de medidas cautelares y que fue incorporada en diversas legislaciones nacionales, sin embargo «su regulación pronto quedó superada por las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional».

El tema de las medidas cautelares ha sido tratado a nivel europeo con el «Título Ejecutivo Europeo» creado con el Reglamento de la Unión de 21 de abril de 2004 sobre la base de las medidas cautelares inglesas, principalmente la sección 37 del Supreme Court Act de 1981 y la sección 44 del Arbitration Act de 1996, que se han significado por su procedimiento práctico y efectivo²⁵ y esta regulación influyó para que en el arbitraje se les tratara a las medidas cautelares de una forma estructural para ayuda en la toma de decisión de los árbitros y para la eficacia de las medidas.

En estas circunstancias, se planteó en el seno de UNCITRAL la modificación de la Ley Modelo de Arbitraje de la UNCITRAL durante su 32º período de trabajo, de mayo de 1999 y tres años después con motivo de su 44º período de sesiones fue aprobado un nuevo capítulo numerado IV bis con once artículos en los que se regula de manera detallada los procedimientos para la obtención de medidas cautelares, la naturaleza de éstas y sus efectos.²⁶

La definición de medida cautelar se refiere a «toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene», mantener un statu quo, se adopten medidas para impedir un daño, se proporcionen medios para preservar ciertos bienes o se preserven ciertos elementos.²⁷

Se listan las condiciones dentro de las cuales una de las partes puede solicitar las medidas cautelares, la forma como debe ser solicitada y emitida la medida y el régimen específico de las medidas cautelares. El documento también amplía los conceptos que ya habían sido empleados en las diversas reglas arbitrales, tales como el régimen de las garantías que debe entregar quien solicita la medida, las costas, daños y perjuicios que eventualmente deberán ser cubiertos por la parte solicitante de la medida. Asimismo, la naturaleza vinculante de la medida y los casos en los cuales existen motivos para denegar el reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. En un apartado final del documento antes citado, se establece que tratándose de medidas cautelares dirigidas al foro judicial, éste «gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbi-

²⁴ Arbitraje y Justicia Cautelar, en Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. XXII, 2007, trabajo en el cual se hace una amplia exposición sobre la naturaleza y tipos de las diferentes medidas cautelares, dedicando una sección al derecho interno español.

²⁵ El tema ha sido tratado por Ruiz Abou-Nigm, V. Medidas cautelares en el litigio internacional. Las Freezing Injunctions y las Anti-Suit Injunctions, en De Cita, N°4, 2005, pags. 295 y sigs. Y por Ferrand, F. Le Future Injunction Europeene, en De cita, N°4, 2005, pags. 328 y sigs.

²⁶ Documento A/CN.9/605 de 25 de abril de 2006

²⁷ Idem, pags. 1 y 2.

trales y en lo concerniente a esas actuaciones que tengan lugar en el país de su jurisdicción o en otro país» ejercerá dicha competencia.²⁸

Siempre resulta difícil llegar a un acuerdo de esta naturaleza donde existen y conviven dos culturas jurídicas con diferentes principios, de ahí que hay críticas que tienen razones importantes, como es el caso de aquellas que señalan que la solicitud de la medida puede hacerse directamente por una de las partes al tribunal sin que la otra parte se entere, rompiendo con ello el delicado equilibrio que debe siempre mantener el tribunal arbitral de no comunicarse con una de las partes sin que la otra se entere²⁹. Sin embargo, todo demuestra que los autores de este documento consideraron de mayor peso lograr una reglamentación de medidas cautelares con suficiente efectividad y ampliar las facultades de los árbitros, para que éstos se sintieran confortables en la admisión de la solicitud y expedición de dichas medidas y pudieran realizar su labor de una forma rápida, práctica y eficiente.

IV. CONCLUSIÓN

De este rápido recorrido podemos ver la influencia que el sistema jurídico anglosajón ha tenido en materia arbitral internacional gracias a reglas prácticas y modernas que ayudan a la resolución más oportuna de conflictos sometidos al arbitraje. No se trata únicamente de esta materia donde la influencia de las reglas anglosajonas se ha dejado sentir. Muchos de los cambios internacionales en los grandes temas jurídicos contemporáneos también tienen esta influencia y la realidad demuestra que cuando las reglas no se anquilosan, cuando el comercio internacional demanda rapidez, seguridad y eficiencia, son las reglas prácticas las que prevalecen.

²⁸ *Ibidem* pág. 6

²⁹ Fernández Rozas, *op. cit.* págs. 47 y 48

