

La Actividad Probatoria en el Arbitraje y la colaboración judicial en la generación de prueba



ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA

Abogada por la Universidad de Lima.
Profesora de Derecho Procesal en la Universidad del Pacífico.
Estudios de Negociación, Conciliación y Arbitraje por Harvard Law School.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. ¿En qué consiste la prueba?
- III. ¿Cuáles son las etapas de la actividad probatoria?
 1. Ofrecimiento de los medios probatorios;
 2. Admisión de los medios probatorios;
 3. La actuación de los medios probatorios;
 4. La valoración de los medios probatorios.
- IV. Conclusiones.



I. INTRODUCCIÓN

La actividad probatoria constituye no solo la etapa más extensa en todo proceso, incluidos los arbitrales, sino también aquella que recobra la mayor trascendencia al momento de resolver la controversia. Sin embargo; en muchos de los casos, en el ánimo de otorgar a las partes la mayor capacidad probatoria para evitar una posterior invocación a la afectación de su derecho de defensa, los procesos se prolongan de manera innecesaria, pues se realizan actuaciones probatorias que no resultan relevantes para la adopción de una decisión, más allá de que correspondan a medios de prueba que hayan sido ofrecidos por las partes.

El presente ensayo pretende dar algunas pautas generales que puedan ser de utilidad en la adecuada conducción y decisión de un proceso arbitral. Señalamos una serie de principios que rigen la actividad probatoria y, en caso fueran tomados en cuenta por los tribunales arbitrales, podrían contribuir a que los procesos sean más eficientes pues se ahorrarían costos importantes en tiempo y esfuerzo.

De igual manera, desarrollaremos también el rol que nuestra Ley de Arbitraje ha atribuido al Poder Judicial en lo referido a la colaboración con el arbitraje en materia probatoria, especificando sus límites de actuación y apuntando a colaborar con el arbitraje de modo que cumpla adecuadamente con su finalidad.

II. ¿EN QUÉ CONSISTE LA PRUEBA?

La finalidad de la actividad probatoria es esencialmente histórica; es decir, se centra en la "reconstrucción" de hechos pasados, de modo que quien afirma su ocurrencia esté en aptitud de demostrarla en los términos invocados. De este modo, la prueba se centra en los "hechos"¹ y tiene como propósito generar en el juzgador certeza respecto de su ocurrencia, buscando

acercar lo probado (lo acreditado) a la verdad, así éstas no necesariamente coincidan. Esto es lo más cerca que podemos aspirar a estar de ella.

La prueba es ese resultado de convicción respecto de la verdad de la ocurrencia de determinados hechos. Para lograrla utilizamos determinados "vehículos" o "instrumentos", que constituyen los "medios de prueba".

Los medios de prueba estarán constituidos por todo aquello que nos sirva para demostrar y reconstruir los hechos: documentos, instrumentos, pericias, declaraciones de las partes y los testigos, inspecciones, etc.

III. ¿CUÁLES SON LAS ETAPAS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA?

La actividad probatoria en el proceso de arbitraje abarca una serie etapas en las que los medios de prueba se ofrecen, admiten, actúan y valoran. A continuación desarrollaremos brevemente cada una de ellas.

1. Ofrecimiento de los medios probatorios.

Es el momento en el que cada parte pone en consideración del juzgador y de la parte contraria aquellos medios de prueba que utilizará para demostrar la veracidad de los hechos que sustentan su posición, esto es, sus pretensiones (tratándose del demandante) o sus defensas (tratándose del demandado).

En este sentido, el "ofrecimiento" consiste en la indicación de los medios de prueba que se proponen al tribunal arbitral para demostrar los hechos que sustentan sus posiciones. Así, si entre los medios probatorios se ofrecen documentos, éstos serán presentados en el acto de ofrecimiento, salvo que no se cuente con ellos, en cuyo caso la parte los ofrecerá explicitando los datos que sirvan

1. Solo excepcionalmente se prueba el Derecho, y en este caso, únicamente podrá ser objeto de prueba el derecho extranjero, pues el conocimiento de la normatividad nacional se presume sin admitir prueba en contrario, lo que en estricto, es una ficción.

para su identificación. Si se ofrecen peritajes, se indicará la materia sobre la que deberán versar y si será el tribunal arbitral el encargado de la designación del perito que lo llevará a cabo. En caso se ofrezcan declaraciones de testigos, se precisará quiénes son y sobre qué hechos deben declarar. En síntesis, en el ofrecimiento se indicará el medio probatorio y qué es lo que se pretende demostrar con él, de modo que el tribunal esté en aptitud de determinar, en una etapa posterior, si los admite o no.

En todos los ordenamientos procesales—incluidos los arbitrales— se establece la oportunidad para su ofrecimiento, la misma que se vincula con la etapa postulatoria. Así, el Decreto Legislativo No. 1071 (Ley de Arbitraje, en adelante, LA) ha previsto, en el artículo 39^º, que los medios de prueba deben ser aportados (entiéndase, ofrecidos) al plantearse la demanda y la contestación. Evidentemente, en los casos de reconvenición será también en este momento y a la contestación de este acto.

Es importante tener en cuenta que la oportunidad en el ofrecimiento no constituye un mero formalismo sino que tiene como finalidad garantizar a las partes el conocimiento de todos los medios de prueba que serán materia del proceso, de manera que tengan la oportunidad de defenderse de ellos a través del ofrecimiento de otros medios probatorios, que tengan el propósito de contradecir aquellos presentados

por la otra parte.³ Ahora bien, surge la pregunta: ¿Qué ocurre si hay algún medio probatorio que no fue ofrecido por las partes en los actos postulatorios, pero acreditan un hecho controvertido en el proceso?

La flexibilidad, sabemos, debe regir todo proceso arbitral. Ello no quiere decir que los medios de prueba se puedan presentar en cualquier momento y que siempre deban ser admitidos por el tribunal, pues, de ser así, podrían presentarse “ases bajo la manga”, esto es, que un litigante de mala fe pueda ofrecer un medio de prueba extemporáneo dejando a su adversario en una situación de desventaja, limitando su capacidad de defensa y prueba en contrario, si el estado del proceso es, por ejemplo, el de ser laudado.

No obstante la flexibilidad del arbitraje, éste se rige por el principio de eventualidad o preclusión y corresponderá a los árbitros la evaluación de cada caso concreto⁴ y la determinación de cuándo, a pesar de ser extemporáneo, decide su admisión; no sin antes otorgar a la parte contraria el derecho de contradicción, de modo que tenga la oportunidad de defenderse al respecto, como probar en contrario. Al respecto, Kielmanovich señala que *“el principio de contradicción de la prueba implica que la misma, para ser válida o por lo menos eficaz, debió haber sido producida con audiencia o con intervención de la parte contraria, de modo que ésta pudiese haber fiscalizado*

2. Artículo 39^º.— Demanda y contestación

(...)

2. Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos y otras pruebas que vayan a presentar o proponer.”

3. DEVIS ECHANDÍA señala que lo que se busca evitar con este principio de eventualidad en el ofrecimiento probatorio es que: “(...) Se sorprenda al adversario con (medios probatorios) de último momento, que no alcance a controvertir, o que se propongan cuestiones sobre las cuales no pueda ejercitar (eficazmente) su defensa”. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981, pág. 37.

4. Así, el artículo 43^º de la LA dispone:

“Artículo 43^º.— Pruebas

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.

(...).”

su ordenada asunción y haber contado con la posibilidad de ofrecer prueba en descargo”.⁵

Lo mencionado implica que si el tribunal advirtiera que la admisión de un medio probatorio ofrecido extemporáneamente puede generar un trato no igualitario e inequitativo con la otra parte, debido a que no tendrá la oportunidad de defenderse, no podrá incorporarlo al arbitraje ni deberá ser valorado al momento de emitir su decisión (laudo).

2. Admisión de los medios probatorios.

Una vez ofrecidos los medios de prueba, corresponde al tribunal arbitral determinar la admisión de los mismos; es decir, su incorporación al proceso, a fin de que sean valorados al momento de laudar.

A diferencia de lo que puede ocurrir, no todos los medios probatorios ofrecidos por las partes deben ser incorporados por el tribunal al arbitraje. Para determinar su admisión hay una suerte de “filtros” que los medios de prueba deben pasar,⁷ y que están configurados por los principios que regulan su admisión: i) eventualidad; ii) pertinencia; iii) utilidad; y iv) licitud.

Como explicamos anteriormente, el principio de eventualidad se vincula directamente con la oportunidad del ofrecimiento de los medios de prueba. Así, la regla general es

que éstos deben ser ofrecidos en los actos postulatorios (demanda, contestación, reconvencción y contestación a la reconvencción). Sin embargo; dada la flexibilidad del arbitraje, es perfectamente válido que se admitan medios de prueba que incluso se ofrecieron con posterioridad, en la medida que guarden directa relación con lo que es materia de prueba y, por ende, el Tribunal los considere útiles para resolver, y además se haya cuidado de otorgar a la otra parte el derecho de contradicción correspondiente.

El principio de pertinencia alude a que debe existir relación entre los medios probatorios y los hechos que pretenden acreditar por ser parte de las pretensiones o de las defensas planteadas en el proceso. Así por ejemplo, si se está discutiendo la concesión de una ampliación de plazo en la ejecución de un contrato de obra, resulta impertinente un medio de prueba referido a demostrar la validez del contrato, en la medida que entre las pretensiones planteadas no se encuentre una vinculada a este hecho. El principio de utilidad determina qué resulta relevante para la admisión de un medio de prueba, que además de guardar relación con los hechos del proceso, estén destinados a demostrar aquellos que requieran serlo. Para estos efectos es imprescindible tener presente aquello que no debe ser objeto de prueba en el proceso, concretamente: i) los *hechos admitidos*, esto es, aquellos que no hayan sido materia de contradicción o cuestionamiento expreso

5. KIELMANOVICH, Jorge. *El “favor probatone” y demás principios sobre la prueba*. En: La Prueba. Libro en Memoria de Santiago Sentís Melando. Librería Editorial La Plata, La Plata, 2005, pág. 166.
6. DEVIS ECHANDÍA refiriéndose al principio de contradicción de la prueba señala que esto “significa que la parte contraria quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho a contraprobar, es decir, que debe llevarse la causa con conocimiento y anuencia de todas las partes: se relaciona con los principios de unidad y la comunidad de la prueba, ya que si las partes pueden utilizar a su favor los medios suministrados por el adversario, es apenas natural que gocen de oportunidad para intervenir en su práctica, y con el de lealtad de prueba, pues esta no puede existir sin la oportunidad de contradecirla”. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría de la Prueba Judicial*. T. I. 5ta. Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2002, pág. 123.
7. “[...] en el arbitraje, hemos reivindicado la conveniencia de conceder a los árbitros atribuciones suficientes como para dejar de lado las pruebas ofrecidas que no hagan estrictamente a la cuestión debatida. Por razones de celeridad y economía, resulta preferible que sólo se admita la sustanciación de aquellas medidas conducentes al esclarecimiento de los hechos controvertidos que sean relevantes para resolver el pleito. Pero también pensamos que en aras al conocimiento de la verdad material –aspiración– a que debe tender todo órgano que ejerza

por la parte contraria; ii) los hechos notorios⁸, es decir aquellos conocidos por la mayoría de personas al haber sido de conocimiento público, regularmente a través de la prensa (por ejemplo, los feriados, los desastres naturales, las huelgas, etc.); iii) los hechos presumidos, que son aquellos respecto de los cuales el ordenamiento jurídico ha establecido algún tipo de presunción legal, sea absoluta o relativa, como es el caso del conocimiento del contenido de las inscripciones registrales, del derecho, de la paternidad del cónyuge en el caso de los hijos nacidos dentro del matrimonio, etc.; y iv) los hechos negativos, esto es aquello que no ocurrió; en este supuesto la prueba se deberá orientar a los hechos efectivamente acaecidos, más no a lo contrario, pues resultaría imposible⁹.

El principio de licitud de los medios de prueba, es probablemente el que mayor controversia viene causando en estos tiempos. No es extraño que en un proceso arbitral una de las partes ofrezca en calidad de medios probatorios documentos que no le pertenecen por no ser ella la destinataria o, que constituyen correspondencia interna de la otra parte, por lo que no debiera haber tenido acceso a ella sin que medie una autorización.

Respecto de esto no existe en la LA ninguna disposición¹⁰ y, al no haberse previsto la pro-

hibición a admitirlos, suele ocurrir que en la mayoría de los casos estos son efectivamente admitidos y valorados por el tribunal, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de la parte "afectada" a iniciar la investigación a que hubiera lugar e incluso, de existir indicios de la comisión de un ilícito penal, a iniciar el proceso judicial correspondiente.

Es decir, en materia de licitud de la prueba, en la práctica se hace un distinguo entre el medio de la prueba en sí mismo y la manera como este ha sido obtenido. Entendiéndose que el medio probatorio tiene "valor" en la medida que acredita un hecho controvertido en el proceso, sin perjuicio de que se aplique la sanción correspondiente por la forma cómo se obtuvo.

Nuestra posición discrepa de esta interpretación: la Constitución es clara al contemplar que este tipo de documentos carece de efectos legales. Más aún, somos de la opinión que con ello se fomenta la proliferación de este tipo de actos en aras de conseguir un fin práctico, que no debe ser el propósito del arbitraje.

De manera paralela a los filtros previstos en materia de admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes, también rigen la potestad de los árbitros de solicitar –de oficio– aquellos que considere necesarios para un debido

jurisdicción— los árbitros deben tener la posibilidad de ordenar de oficio aquellas medidas que crean necesarias, aun cuando las partes no las hayan propuesto." CARVANO, Roque J. *Arbitraje*. 2da. Edición, Editorial Ad—hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 229.

8. "Hecho notorio es aquel que se conoce como cierto pacíficamente, en un medio determinado, en un ambiente determinado, en un grado de cultura determinada." EISNER, Isidoro. *La prueba en el proceso civil*. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 58.
9. Al respecto, es pertinente tener en cuenta que la prueba de un "hecho negativo" mucha veces es implica probar indirectamente la ocurrencia de otro hecho (positivo) que excluye el anterior. Por ejemplo, no es posible probar que "determinada persona no estuvo en lugar", pero sin duda si se puede acreditar dónde estuvo en el momento que es materia de análisis por el juzgador. Así, EISNER señala: "(...) esos aparentes "hechos negativos" que se afirman generalmente en juicio, ya sea por el actor o por el demandado, y que son negaciones que no siempre son meras negaciones de expectativa respecto de lo que afirme el contrario". EISNER, Isidoro. *Op. cit.*, pág. 58.
10. Cabe señalar que si bien la legislación arbitral no contiene una disposición expresa, sí existe un mandato al respecto en la Constitución Política, que dispone:

"Art. 2. — Derechos fundamentales:

Toda persona tiene derecho:

(...)

conocimiento de los hechos que configuran la materia controvertida, y respecto de los cuales las partes no han probado, o en todo caso, no lo hecho con la suficiencia que necesita el tribunal para adquirir convicción.¹¹ Así, nuestra LA ha previsto de manera expresa esta posibilidad en el artículo 43.¹²

3. La actuación de los medios probatorios.

Algunos medios de prueba requieren de la realización de un acto posterior para que puedan tener tal calidad. Así, por ejemplo, una declaración testimonial solo se configura si se presta o "actúa" a través de la respuesta al pliego de preguntas que será formulado por la parte que ofreció la declaración, sin perjuicio de aquellas que podrá formular su contraparte y el tribunal arbitral. Lo mismo ocurre con las declaraciones de las partes, las inspecciones o eventualmente con las pericias. Los únicos medios de prueba que cumplen con su propósito con la sola presentación son los medios documentales, a los que también se les llama "de actuación inmediata", pues no requieren ningún acto posterior para servir como instrumento a fin de acreditar determinado hecho.

En materia arbitral, la regla básica es la **inmediación** entre el árbitro, las partes y los elementos de prueba. De este modo, toda actuación debe verificarse en una audiencia ante el tribunal arbitral, quien tendrá el contacto directo con el medio probatorio y estará en aptitud de extraer de él, sin mediar intermediarios, las conclusiones que lo conduzcan a tener determinada percepción de los hechos, que luego sustentarán la posición que adopten en el laudo. Evidentemente, atendiendo al carácter dispositivo del arbitraje, también esta regla general está sujeta a que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, no decidan algo distinto. Así lo ha dispuesto el artículo 42º de la LA.¹³ Por ejemplo, podría ocurrir que las partes pacten que para decidir una controversia, los árbitros solo podrán valorar medios probatorios documentales, o que acuerden que su controversia es de derecho, con lo cual ni siquiera será necesario contar con una etapa probatoria, ya que no existe discrepancia sobre los hechos que sustentan sus posiciones, pero sí sobre la forma como éstos deben ser interpretados. En supuestos como los señalados, es perfectamente válido que las partes fijen reglas procesales que prescindan de la audiencia de pruebas y del

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

(...)

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

(...)"

11. CAIVANO, refiriéndose a la prueba de oficio, advierte: "Como contrapartida, resulta conveniente que los árbitros tengan la facultad de tomar la iniciativa, dictando medidas de prueba u otras para "mejor proveer" que contribuyen a conocer la verdad material, a pesar de que las partes no las han ofrecido o solicitado. No obstante, esta facultad de los árbitros debe utilizarse con suma prudencia, de manera de evitar con ello suplir las negligencias o las torpezas de alguna de las partes que pueda alterar el igualitario tratamiento que debe darse a ambos litigantes". CAIVANO, Roque J. *Negociación, Conciliación y Arbitraje*. APENAC, Lima, 1998, pág. 262.

12. "Artículo 43.— Pruebas

El Tribunal arbitral tiene la facultad (...) para ordenar en cualquier momento la presentación y actuación de las pruebas que estime necesarias."

13. "Artículo 42º.— Audiencias

1. El tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la actuación de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones serán solamente por escrito. No obstante, el tribunal arbitral celebrará audiencias en la fase apropiada de la actuación, a petición de una de las partes, a menos que ellas hubiesen convenido que no se celebrarán audiencias.

(...)"

ofrecimiento de medios que requieren algún tipo de actuación.

Ahora bien, un punto álgido respecto a los medios de prueba que requieren de actuación, es qué ocurre si la parte o el tercero que debe llevarla a cabo se rehúsa; así por ejemplo, que quien tenga que prestar una declaración no concurra a la citación del tribunal, o quien tenga que exhibir un documento admitido a prueba, no lo presenta. Si estuviéramos en un proceso judicial, lo que correspondería sería la aplicación de un "apercibimiento", de forma tal que, ante la renuencia de un testigo en prestar su declaración, el juez puede sancionarlo con una multa, además de disponer que sea conducido al Juzgado con auxilio de la fuerza pública.¹⁴ Similar sanción se aplica en caso de negativa a exhibir o reconocer un documento.

Sin embargo, es claro que los apercibimientos de esta naturaleza implican el ejercicio de la fuerza pública, propia del *ius imperium* del que los árbitros carecen. Por ello, cabe preguntarse qué es lo que les corresponde hacer a los árbitros frente a la negativa de la parte obligada a actuar un medio de prueba.

Existen tres posibilidades: i) que el tribunal arbitral otorgue a esta falta de actuación el mérito de indicio¹⁵, en el sentido que el resultado previsiblemente será desfavorable a la parte renuente a darle cumplimiento, lo que sería aplicable en el supuesto que se trate de un medio probatorio cuya presentación o actuación depende de la parte¹⁶; ii) que decida prescindir del medio de prueba, resolviendo únicamente con el material probatorio que ya obra en autos, aplicando en este escenario el mérito

14. Así el Código Procesal Civil peruano dispone lo siguiente en el caso de los testigos, de la falta de reconocimiento o de exhibición de documentos, respectivamente:

"Artículo 232.— Efectos de la incomparecencia

El testigo que sin justificación no comparece a la audiencia de pruebas, será sancionado con multa no mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de ser conducido al Juzgado con auxilio de la fuerza pública, en la fecha que fije el Juez para su declaración, sólo si lo considera necesario".

"Artículo 254º.— Falta de reconocimiento por terceros

La ausencia o incumplimiento al reconocimiento por terceros, será sancionada en la forma prevista para los testigos"

"Artículo 261º.— Incumplimiento de exhibición

El incumplimiento de la parte obligada a la exhibición, será apreciado por el Juez al momento de resolver, sin perjuicio de aplicar una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal.

Si el que incumple es un tercero, se le aplicará una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal la que podrá ser doblada si vuelve a incumplir en la nueva fecha fijada por el Juez.

En ambos casos, la multa será de aplicación sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiera lugar."

15. "El indicio es un hecho del cual se infiere otro desconocido. Debe quedar suficientemente claro que el indicio es, por así decirlo, un hecho especialmente cualificado porque tiene la propiedad de salirse de sí mismo y mostrar otro." PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. 13ra. Edición. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2002, pág. 561.
16. Al respecto, resulta interesante mencionar que en las Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional, adoptadas el 1 de junio de 1999 (en adelante, Reglas IBA), en materia de "apercibimientos" ante la falta de cumplimiento de un mandato de actuación o presentación de medios probatorios se prevé lo siguiente:

"Artículo 9º.— Admisibilidad y Valoración de las Pruebas

(...)

4. Si una Parte se negase a suministrar, sin explicación satisfactoria, un documento requerido en una Solicitud de Exhibición de Documentos que no haya sido objetada oportunamente o se negase a suministrar un documento que el Tribunal Arbitral haya ordenado presentar, el Tribunal Arbitral podrá inferir que tal documento es contrario a los intereses de esa Parte.

de la carga de la prueba¹⁷; o iii) que considere que el medio probatorio es imprescindible para el conocimiento de los hechos materia del proceso, por lo que opta por solicitar al Poder Judicial el auxilio de la fuerza pública que permita su actuación.

Al respecto, debemos tener en cuenta que la LA no ha previsto la posibilidad de que los árbitros apliquen apercibimientos en materia de prueba: nuestra legislación no regula la aplicación de multas ni la posibilidad de disponer que una persona sea conducida por la fuerza pública. Únicamente se contempla la facultad de que el tribunal arbitral decida prescindir de aquellos medios probatorios ofrecidos y no actuados.¹⁸ Tomando en consideración que

la posibilidad de prescindir de un medio de prueba es una facultad de los árbitros, es pertinente evaluar qué ocurre cuando éstos consideran que su actuación es esencial para resolver la controversia. En este supuesto, si bien no pueden hacer efectivos apercibimientos para los cuales su "jurisdicción" carece de atributos, corresponderá solicitar el auxilio o la colaboración del Poder Judicial.

El rol del Poder Judicial en materia probatoria de un arbitraje se puede considerar desde tres aspectos: complementario, colaborador y subsidiario.¹⁹ **La intervención complementaria.**— Se presenta en aquellos casos en los que la obtención de un resultado requiere necesariamente, tanto de la intervención arbitral,

5. Si una Parte se negase a suministrar, sin explicación satisfactoria, cualquier otra prueba relevante solicitada por la otra Parte, incluyendo testimonios, respecto de la cual la Parte a quien se dirigió la petición no presentó objeción oportunamente, o se negase a poner a disposición una prueba, incluyendo testimonios, que el Tribunal Arbitral haya ordenado presentar, el Tribunal Arbitral podrá inferir que esa prueba es contraria a los intereses de esa Parte". (Resaltados agregados)

17. En materia de declaraciones testimoniales, las Reglas IBA disponen:

"Artículo 4º.— Testigos

(...)

B. Salvo que las Partes acuerden otra cosa, si un testigo que ha presentado una Declaración Testimonial no comparece a declarar en la Audiencia de Pruebas sin una razón válida, el Tribunal Arbitral no tomará en cuenta esa Declaración Testimonial salvo que, por circunstancias excepcionales, el Tribunal Arbitral determine lo contrario.

(...)

10. Si una Parte desea ofrecer como testigo a una persona que no comparecerá voluntariamente cuando así se le solicite, la Parte podrá, dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, solicitarle que adopte cualesquiera medidas legalmente disponibles para obtener el testimonio de esa persona. La Parte identificará al testigo potencial, describirá los asuntos sobre los cuales es solicitado su testimonio e indicará por qué tales asuntos son relevantes y sustanciales para la resolución del caso. El Tribunal Arbitral decidirá sobre esta solicitud y adoptará las medidas oportunas si, a su discreción, determina que la declaración de dicho testigo podría ser relevantes y sustancial". (Resaltados agregados)

18. "Artículo 43º.— Pruebas

(...)

El tribunal arbitral está facultado, asimismo, para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso."

19. Es importante señalar que en todos los casos, el objetivo de la intervención judicial siempre será el de colaborar con la eficacia del arbitraje, evitando que este no logre su finalidad debido a la ausencia de imperium.

Refiriéndose a este punto GONZÁLEZ DE COSSÍO señala: "La razón que motivó dicho precepto fue evitar que el procedimiento arbitral se empantanara por la imposibilidad del tribunal arbitral de obligar (coaccionar) la comparecencia de un testigo, presentar documentos o para tener acceso a bienes para su inspección. Para remediar dicha situación y brindar eficacia al procedimiento arbitral se estableció el deber de los jueces de "prestar su imperio" en ayuda del arbitraje." GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *El Arbitraje y la Judicatura*. Editorial Porrúa, México, 2007, pág. 40.

como de la intervención judicial.²⁰ En nuestra opinión, bajo este rubro se encuentran aquellos actos arbitrales que requieren de actividad coercitiva, como sería el caso de la actuación de medios probatorios²¹ cuando el tribunal considera que el medio de prueba resulta imprescindible para decidir la controversia.

Así, por ejemplo, si requiere de determinada información migratoria que la entidad estatal se niega a proporcionar, o información bancaria que solo puede ser brindada mediando el levantamiento del secreto por parte de una autoridad judicial, o la declaración de un testigo que resulta una "pieza clave" en el proceso.

En estos casos, el tribunal arbitral puede solicitar la intervención judicial para que dicte las medidas coercitivas que permitan que un medio probatorio pueda ser actuado ante dicho órgano jurisdiccional o ante el propio tribunal arbitral, esto es, cuando sea necesario hacer efectivos apercibimientos que impliquen el uso de la fuerza.

En este supuesto, se pedirá la colaboración judicial conforme a lo previsto en el artículo 45º de la LA²²,

que puede ocurrir por iniciativa del tribunal o de la parte del arbitraje previamente autorizada por el primero; quienes requieran al juez que adopte las medidas concretas que permitan su actuación por los árbitros, o que actúe directamente el medio de prueba, pudiendo incluso asistir el tribunal arbitral y participar en dicho acto.

Refiriéndose a la intervención judicial en la actuación probatoria Caivano considera que tendrá exactamente la misma función que cuando ésta es solicitada por otro órgano jurisdiccional (entiéndase, por otro juzgado) que no pudo actuarla por carecer, por ejemplo, de competencia por el territorio. Así precisa "si bien las razones por las cuales ambos carecen de imperium son diferentes (el juez, porque su jurisdicción está limitada a un territorio diferente; el árbitro, porque la suya está privada de este atributo) la situación resulta, desde todo punto de vista, equiparable, ya que las normas generales prevén el auxilio de los jueces que gozan de imperium para suplir esta carencia."^{23 24}

La intervención subsidiaria.— Se presenta en aquellos casos en los que existe imposibilidad

-
20. "Se produce en los supuestos en los que la intervención de la jurisdicción es requisito sine qua non para conseguir un determinado resultado (...)" CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, María Encarnación. *Los Principios Procesales en el Arbitraje*. Editorial Bosch, Barcelona, 2000, pág. 199.
21. CAIVANO, refiriéndose al tema probatorio en materia arbitral indica: "Para un tribunal arbitral, la materia probatoria es quizá una de las más delicadas, por cuando la falta de imperium de los árbitros dificulta la producción de determinados medios de prueba. Pero si el propio tribunal arbitral no pudiera proveerla por sí mismo, deberán los árbitros evaluar la conveniencia de requerir el auxilio de la Justicia, en función de la importancia que dicha prueba tenga para el conocimiento de los hechos controvertidos y su incidencia en la resolución del caso." CAIVANO, Roque J. *Negociación, Conciliación y Arbitraje*. APENAC, Lima, 1998, pág. 263.
22. "Artículo 45º.— Colaboración judicial
1. El Tribunal arbitral o cualquiera de las partes con su aprobación, podrá pedir asistencia judicial para la actuación de pruebas, acompañando a su solicitud, las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión que faculta a la parte interesada a recurrir a dicha asistencia, cuando corresponda.
 2. Esta asistencia podrá consistir en la actuación del medio probatorio ante la autoridad judicial competente bajo su exclusiva dirección o en la adopción por dicha autoridad de las medidas concretas que sean necesarias para que la prueba pueda ser actuada ante el tribunal arbitral.
 3. A menos que la actuación de la prueba sea manifestamente contraria al orden público o a las leyes prohibitivas expresas, la autoridad judicial competente se limitará a cumplir, sin demora, con la solicitud e asistencia, sin entrar a calificar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra la resolución que a dichos efectos dicte.
 4. En caso de actuación de declaraciones ante la autoridad judicial competente, el tribunal arbitral podrá, de estimarlo pertinente, escuchar dichas declaraciones, teniendo la oportunidad de formular preguntas."
23. CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*, pág. 231.
24. Similar posición asume CARMONA, quien refiriéndose a la legislación brasileña sobre la colaboración del Poder Judicial en la actuación de medios probatorios señala: "El fenómeno que ocurrirá es semejante a aquél que se

material o jurídica para que los árbitros decidían o ejecuten determinados actos vinculados al proceso bajo su conducción, siendo imprescindible llenar este vacío —en cuanto a sus potestades—, a través del auxilio judicial.²⁵

En nuestra opinión, este supuesto se presentará en los casos en que sea necesaria la actuación o conservación de un medio de prueba, de manera previa al arbitraje, debido a que si no es actuada en ese momento, existen razones para considerar que su eficacia puede perderse, resultando inútil esperar hasta que el tribunal arbitral esté conformado.

Es estricto, estamos frente a lo que en materia procesal se conoce como **prueba anticipada**²⁶, sin embargo, nuestro ordenamiento arbitral²⁷ ha recogido el contenido de esta institución pero bajo el rubro de medidas cautelares, siguiendo para ello lo previsto en la Ley Modelo UNCITRAL.²⁸ Habiendo tenido el tratamiento de una medida cautelar, conforme al numeral 4 del artículo 47º de la LA, ésta puede ser solicitada ante el Poder Judicial antes del inicio del arbitraje —lo cual resultaría además totalmente razonable dada la naturaleza de la prueba anticipada y la necesidad de conservar la eficacia de un medio de prueba— sin que ello implique una renuncia

presenta en los casos de cumplimiento de un mandato precautorio: el juez que no tiene competencia (territorial) para practicar un acto, solicita a un juez delegado la realización de un acto fuera de su circunscripción; de la misma forma, el árbitro, que no tiene poderes coercitivos, solicita al juez la práctica de determinados actos que requieren el empleo de la fuerza". (Traducción libre). CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 2da. Edición. Editorial Atlas, Sao Paulo, 2007, pág. 264.

25. CHOCRÓN GIRÁLDEZ define en estos términos el carácter subsidiario de la intervención judicial: "Se da en aquellos casos en los que la relación se produce como consecuencia del desacuerdo de las partes sobre un concreto aspecto del arbitraje o cuando los árbitros no pueden realizar por sí mismos determinados actos". CHOCRÓN GIRÁLDEZ, María Encarnación, *Op. cit.*, pág. 197.

26. Así el Código Procesal Civil regula la figura de la prueba anticipada en los siguientes términos:

*Artículo 284º.— Disposición general

Toda persona legitimada puede solicitar la actuación de medio probatorio antes del inicio de un proceso. Para ello, deberá expresar la pretensión genérica que va a reclamar y la razón que justifica su actuación anticipada."

27. La LA ha establecido, en el rubro de medidas cautelares, lo siguiente:

*Artículo 47º.— Medidas cautelares

(...)

2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:

- a. Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia;
- b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;
- c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o
- d. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

(...)*

(Resaltado agregado)

28. La Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, Ley Modelo UNCITRAL) señala:

*Artículo 17º.— Facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares.

él.²⁹ En este supuesto, resulta importante anotar que el peligro en la demora que legitima al justiciable a recurrir a la vía judicial a solicitar la actuación de una prueba anticipada (vía una medida cautelar previa al proceso arbitral) implicará que el solicitante se debe encontrar ante una necesidad impostergable de tutela, de modo tal que si espera que el tribunal arbitral se conforme, existirá el peligro de que el medio probatorio se vuelva inútil, pues no será posible contar con él en la etapa correspondiente del proceso.

La intervención del Poder Judicial será subsidiaria en la medida que no exista la posibilidad material ni jurídica de obtener una medida cautelar en la vía arbitral, en tanto aún no se cuenta con un órgano competente que se pronuncie sobre este pedido.

La intervención de colaboración.— Nuestra LA en materia probatoria³⁰ ha permitido la actuación judicial con un rol que denominaremos “de colaboración”. En estricto, se trata de supuestos en los que tanto la obtención de una decisión, como su ejecución, pueden ser conseguidas en el proceso arbitral; sin embargo, nuestra ley autoriza a que también se puedan solicitar en la vía judicial, trasladándose lo actuado al arbitraje. Entendemos que la lógica de este tipo de intervención se orienta esencialmente a otorgar al arbitraje determinadas “facilidades” de actuación, que permitan asegurar de mejor manera su eficacia. El artículo 45° de la LA³¹, prevé que el Tribunal Arbitral —o cualquier de las partes con autorización de éste— podrá requerir la asistencia del Poder Judicial para la actuación de un medio probatorio; sin embargo, nos preguntamos en qué casos sería válido

2) Por medida cautelar se entenderá 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 ordena a una de las partes que:

- a) Mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia;
- b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;
- c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o
- d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.” (Resaltado agregado).

Asimismo, la misma Ley Modelo ha previsto en el artículo 17 A. que en este caso no será necesario demostrar que de no otorgarse la medida fuese probable que se produzca algún daño no resarcible mediante una indemnización, o que exista la posibilidad de que la demanda sobre el fondo no prospere. Evidentemente ello debido a que la naturaleza propia de una medida para preservación de la prueba, no es la misma que aquella que normalmente se atribuye a una medida cautelar.

29. Cabe hacer la salvedad que, en este caso, nuestra legislación actual no ha previsto que sea necesario la instalación del Tribunal o el inicio del proceso arbitral, bastando para ello la “conformación” del órgano arbitral, entendiéndose, que los árbitros hayan aceptado la designación como miembros del Tribunal que resolverá la controversia.

30. Probablemente nuestra LA ha seguido lo dispuesto en la Ley Modelo UNCITRAL, que si bien ha previsto la intervención del Poder Judicial, no ha determinado los supuestos en los que ello puede ocurrir, limitándose a señalar que tendrá un rol de asistencia en la actuación de las pruebas. Textualmente dicha Ley Modelo dispone:

“Artículo 27°.— Asistencia de los tribunales para la práctica de las pruebas.

El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral podrá pedir la asistencia de un tribunal competente de este Estado para la práctica de pruebas. El Tribunal podrá atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables a los medios de prueba.”

31. “Artículo 45°.— Colaboración judicial

El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con su aprobación, podrá pedir asistencia judicial para la actuación de pruebas, acompañando a su solicitud, las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión que faculte a la parte interesada a recurrir a dicha asistencia, cuando corresponda.

pedir al órgano jurisdiccional que actúe un medio de prueba cuando existe un tribunal arbitral en aptitud de hacerlo.

Se suele afirmar que ello es posible en los casos en que los medios probatorios requieran ser actuados en lugares distintos a la sede del tribunal. En nuestra opinión, esto no puede ser la regla pues, a diferencia de lo que ocurre en materia judicial —en la que los jueces tienen una competencia territorial limitada—, ello no ocurre con los árbitros, quienes tienen competencia en función a la controversia —no de un ámbito geográfico específico— y están en aptitud de realizar los actos necesarios para decidirla adecuadamente.

Por lo indicado, más allá de una situación de comodidad y menor esfuerzo, no existe ningún impedimento para que los árbitros se desplacen donde sea necesario y actúen directamente los medios de prueba, por ejemplo, realicen alguna inspección en el lugar de los hechos, pues solo así podrán tener contacto directo con la prueba y podrán extraer de ella los elementos necesarios para crearse convicción respecto de la manera cómo deben resolver.

En consecuencia, consideramos que de optarse por este mecanismo autorizado en la LA, debe tratarse de alguna situación absolutamente excepcional en la que —pese a lo que dispone la norma— tanto las partes como el tribunal estén de acuerdo con proceder de esta manera, pues es un deber de los árbitros resolver la controversia realizando los actos necesarios para decidir adecuadamente la materia sometida a su decisión.

4. La valoración de los medios probatorios.

Como resulta evidente, toda la actividad probatoria previa tiene como finalidad llegar al momento en que el tribunal arbitral valora los medios de prueba admitidos en el proceso y actuados, de ser el caso, y en consecuencia toma de ellos los elementos necesarios para crearle convicción respecto de la materia controvertida que deberá resolver.³² La LA no ha previsto una modalidad específica de valoración, y se limita a señalar que “*el Tribunal tiene la facultad de determinar de manera exclusiva (...) el valor de las pruebas*”³³, con lo que queda claro que, en nuestro sistema, los árbitros tienen libertad en la valoración, debiendo respetar

Esta asistencia podrá consistir en la actuación del medio probatorio ante la autoridad judicial competente bajo su exclusiva dirección o en la adopción por dicha autoridad de las medidas concretas que sean necesarias para que la prueba pueda ser actuada ante el tribunal arbitral.

A menos que la actuación de la prueba sea manifiestamente contraria al orden público o a las leyes prohibitivas expresas, la autoridad judicial competente se limitará a cumplir, sin demora, con la solicitud de asistencia, sin entrar a calificar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra la resolución que a dichos efectos dicte.

En caso de actuación de declaraciones ante la autoridad judicial competente, el tribunal arbitral podrá, de estimarlo pertinente, escuchar dichas declaraciones, teniendo la oportunidad de formular preguntas.”

32. “Si el derecho a probar tiene por finalidad producir convicción en la mente del juzgador sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados por los sujetos procesales resultaría ilusorio si el juez no apreciara razonadamente todos los elementos probatorios actuados en el proceso o procedimiento con el fin de sustentar su decisión.” BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. *El derecho fundamental a probar y contenido esencial*. En Revista Ius Et Veritas No. 14, Lima, pág. 184.

33. La LA señala:

“Artículo 43º.— Pruebas

1. El tribunal tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valoración de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.”

En el mismo sentido las Reglas IBA disponen:

“Artículo 9.— Admisibilidad y Valoración de las Pruebas

El Tribunal Arbitral determinará la admisibilidad, relevancia y peso específico de las pruebas.”

únicamente determinadas pautas que garantizan el debido proceso en la manifestación del derecho a la prueba.

Por citar un ejemplo, todos los medios de prueba deben ser apreciados y valorados de manera conjunta, es decir, ninguno de ellos por sí mismo tiene más valor que otro, por lo que la persuasión o convencimiento del juzgador deberá partir de la apreciación de todos los medios probatorios, lo que implicará un análisis a fin de determinar si existe coincidencia o contraposición entre ellos, extrayendo la conclusión que más se adecue a lo que advierte como la realidad de los hechos y a su sentido de justicia.

Otro aspecto de consideración imprescindible en materia probatoria es el denominado **"principio de adquisición"**, según el cual una vez que un medio de prueba ha sido admitido en el proceso, deja de "pertener" a la parte que lo ofreció, y es completamente independiente del propósito para el que fue ofrecido y admitido. Esto significa que resulta perfectamente válido que un medio probatorio ofrecido por una de las partes para acreditar, por ejemplo, la ejecución de un contrato, sea utilizado por la otra para demostrar todo lo contrario, afirmando que

con ese mismo medio de prueba se acredita que el cumplimiento no se produjo porque "el pago" verificado constituye únicamente un pago parcial, con lo cual la prestación no ha sido honrada y el incumplimiento ha quedado acreditado. En síntesis, con el principio de adquisición, el medio de prueba admitido deja de ser de las partes y pertenece "al proceso", con lo cual el juzgador está en aptitud de extraer de él las conclusiones que considere adecuadas.³⁴

Evidentemente, la actividad de valoración es subjetiva y en ella intervienen valores, factores psicológicos, culturales, etc. Todo esto es perfectamente válido e inherente a la naturaleza humana de la actividad de juzgar; sin embargo, lo que sí resulta imprescindible es que esta actividad de valoración respete determinadas reglas lógicas básicas, como es el caso de los principios que rigen un razonamiento formalmente válido³⁵, siendo imprescindible además que la misma sea explicitada a través de la motivación en el laudo.³⁶ Lo mencionado implica que para que una decisión sea válida es, en nuestra opinión, imprescindible que sea motivada³⁷; es decir, que se expliciten las razones que determinaron que un medio de prueba haya sido considerado como preponderante frente a otro y haya

34. "El principio de comunidad o adquisición de los medios de prueba señala que los medios probatorios aportados al proceso o procedimiento (sea que hayan sido ofrecidos por las partes o hayan sido incorporados por decisión del juzgador) pertenecen al proceso y no a quien los aportó o solicitó, de ahí que deben ser valorados sin tener en cuenta quien los ofreció ya que las conclusiones extraídas de la actividad valorativa pueden beneficiar a dicho sujeto procesal o a la parte contraria que bien puede invocarla". BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Apuntes sobre la valoración de los medios de Prueba*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. No. II. Asociación Civil Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, 1988, pág. 62.

35. Nos referimos al respeto y aplicación de los principios lógicos clásicos, como es el caso del principio de identidad, no contradicción, tercio excluido y razón suficiente. Al respecto, BUSTAMANTE ALARCÓN señala: "(...), la valoración es una operación mensual, por lo tanto se encuentra sujeta a los principios lógicos que rigen el razonamiento correcto, de allí que toda valoración (y también toda motivación por ser el vehículo a través del cual conocer como se efectuó la valoración) que tenga alguna pretensión de validez debe ser realizada de tal manera que no afecte los principios lógicos aplicables al proceso". BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El Derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Ara Editores, Lima, 2001 pág. 332.

36. Refiriéndose al tema de la valoración de medios probatorios –en un escenario judicial pero que consideramos perfectamente aplicable al plano arbitral—, PARRA QUIJANO señala: "En síntesis, el derecho a la prueba en la arista que estudiamos se manifiesta así: Usted funcionario judicial debe estudiar todas las pruebas, haciendo un inventario y razonándolas una por una y después me debe presentar un estudio en conjunto, para saber cómo se deshogó mi derecho". PARRA QUIJANO, Jairo. *Op. cit.*, pág. 115.

37. Desarrollamos un mayor análisis sobre este punto en el artículo sobre el deber de motivación en los procesos arbitrales. ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. *Revista de Derecho Themis* N° 43, Lima, Año 2001.

servido para confrontar varias interpretaciones de los hechos –muchas veces contradictorias—, precisándose en qué medios de prueba se sustenta la posición adoptada por el tribunal al emitir su decisión.³⁸

En materia arbitral, los requisitos de validez de laudo (valoración de la prueba y motivación de la decisión) no pueden llevar a la parte disconforme con el método de valoración o con el resultado a cuestionar lo decidido pues, como sabemos, nuestra legislación no considera la apelación del laudo y el recurso de anulación contemplado en el artículo 63º de la LA no habilita a cuestionar temas de fondo, que incluyen evidentemente la valoración probatoria.

Por otro lado, también puede ocurrir que pese a los medios de prueba ofrecidos y actuados en el proceso, el juzgador no haya adquirido convicción respecto de la materia en controversia; sin embargo, el deber de fallar existe, y su función es **resolver** el conflicto emitiendo una decisión.

En estos casos, lo que corresponde es aplicar el “recurso extremo” de la carga de la prueba. Es importante tener en cuenta que si bien el conocimiento general nos suele llevar a considerar que la carga de prueba determina

quién tiene el deber de probar^{39 40}, con lo cual colocamos esta institución en el momento inicial del proceso, que es precisamente aquél en el que se produce el ofrecimiento del material probatorio, atendiendo al principio de comunidad o adquisición antes desarrollado, “quién ofrece qué” no resulta trascendente en el proceso, lo relevante es quién asume el riesgo que de que la prueba falte, lo que se advierte en la etapa final del proceso de decisorio.

Devis Echandía señala como una de las características de la carga de la prueba el ser una regla sustitutiva o sucedánea de prueba, en la medida que “(...) constituye una regla de juicio para regular la decisión cuando falta prueba; si ésta es suficiente, aquella no puede tener aplicación”.⁴¹ Así, cuando pese a haber valorado todo el material probatorio que obra en el expediente, el tribunal no ha adquirido convicción o certeza respecto de la ocurrencia de determinado hecho o de su connotación, allí corresponde considerar que si quien tuvo la carga de probar no lo hizo, asumió el riesgo de que la decisión sea adversa a su posición. De este modo, la carga de la prueba se convierte en una suerte de indicio que nos lleva a la conclusión de que un hecho no probado no se suscitó de la manera como ha sido planteada por la parte que lo invocó.⁴²

38. “Si no existe un discurso sobre los hechos, no podrá haber control popular. Ya que sobre ellos no se puede ejercer un dominio más accesible e igualitario de ese control”. IGARTÚA SALVATIERRA, Juan. Citado por PARRA QUIJANO, Jairo. *Op. cit.*, pág. 76.

39. “Como es de esperarse, la carga de la prueba la tiene quien asevera un hecho. Es decir, en arbitraje, como en derecho procesal en general, rige la máxima *onus probandi actori incumbit*. Quien sostiene un hecho debe probarlo, so pena de que se deseche su pretensión (*Actore non probante reus absolvitur*) a menos que sea beneficiario de una presunción. Debe entenderse que le corresponde probar no al actor o demandante desde n unto de vista procesal, sino al que afirma (*ei qui affirmat*) una pretensión o excepción y no quien lo niega (*non ie qui negat*). GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. Editorial Porrúa, México, 2008, pág. 251.

40. REDFERN y OTROS señalan que este criterio sobre la carga de la prueba ha sido recogido en el artículo 24 del Reglamento UNCITRAL, así señala: “Otro aspecto de la presentación de pruebas es la carga de la prueba. Es práctica habitual de los tribunales arbitrales internacionales solicitar a cada parte que pruebe los hechos en los que fundamenta su caso. Esta práctica está contemplada en el Reglamento de la CNUDMI. La única excepción a la regla son las afirmaciones obvias, notorias o que no necesiten ser probadas.” REDFERN, Alan. HUNTER, Martín. BLACKABY, Nigel. PARTASIDES, Constantine. *La Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. 4ta. Edición, Editorial Aranzadi, Buenos Aires, 2006, pág.427.

41. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Op. cit.*, pág. 424.

42. “Al juez le basta para decidir en el fondo, sin recurrir a la regla de juicio contenida en la carga de la prueba, que en el proceso aparezca la prueba suficiente para su convicción, no importa de quién provenga. En consecuencia,

IV. CONCLUSIONES

1. La finalidad de la actividad probatoria es la "reconstrucción" de los hechos que constituyen el sustento de las posiciones de las partes en el proceso.
2. La prueba es el resultado de esa convicción respecto de la verdad de la ocurrencia de los hechos invocados y, para lograrla, se utilizan los "medios de prueba".
3. La actividad probatoria comprende las siguientes etapas: i) ofrecimiento, ii) admisión, iii) actuación y iv) valoración.
4. El ofrecimiento es el momento en el que cada parte pone en consideración del juzgador, y de la parte contraria, los medios de prueba que utilizará para demostrar la veracidad de los hechos que sustentan su posición.

La oportunidad del ofrecimiento es en los actos postulatorios. Sin embargo, atendiendo a la flexibilidad propia del arbitraje, el tribunal arbitral tendrá la posibilidad aceptar medios probatorios ofrecidos posteriormente, en la medida que los considere relevantes para la materia controvertida y que otorgue a la otra parte el derecho de contradicción correspondiente. Asimismo, el tribunal arbitral está en aptitud de solicitar –de oficio– la incorporación de medios probatorios, en la medida que garantice a ambas partes el derecho a la igualdad y defensa.

5. En la etapa de admisión, corresponde al tribunal arbitral determinar, de los medios probatorios ofrecidos, cuáles son incorporados al proceso y posteriormente actuados y valorados.

No todos los medios de prueba deben ser admitidos. Es necesario que previamente pasen por el filtro que implica la aplicación de los principios de i) eventualidad; ii) pertinencia; iii) utilidad; y iv) licitud.

6. La actuación es la etapa en la que se verifican aquellos actos necesarios para que los medios probatorios admitidos tengan tal calidad, cuando no basta su sola presentación.

En materia arbitral, la regla básica es la inmediación entre el tribunal arbitral, las partes y los elementos de prueba. Toda actuación deberá verificarse en una audiencia –salvo que las partes hubiesen acordado algo distinto–, existiendo contacto directo entre los árbitros y el medio probatorio, lo que les permitirá extraer de él, las conclusiones que conduzcan a tener determinada percepción de los hechos que fundan las posiciones de las partes.

Cuando las partes o los terceros se rehúsan a actuar o a presentar medios probatorios que el tribunal arbitral considera relevantes para resolver la controversia, éste tiene las siguientes opciones: i) otorgar a esta conducta el mérito de indicio, en el sentido que asuma que el medio probatorio será previsiblemente desfavorable a la parte renuente. Esto se aplica en la medida que sea una de las partes la que no cumpla el mandato arbitral; ii) prescindir del medio de prueba, resolviendo únicamente con el material probatorio que ya obra en autos, aplicando en este escenario el mérito de la carga de la prueba; o iii) de considerar que el medio de prueba sea imprescindible para el conocimiento de los hechos, solicitar al Poder Judicial el auxilio de la fuerza pública que permita su actuación.

no es correcto decir que la parte gravada con la carga debe suministrar la prueba o que a ella le corresponde llevarla; es mejor decir que a esa parte le corresponde el interés en que tal hecho resulte probado o en evitar que se quede sin prueba y, por consiguiente, el riesgo de que falte (el cual se traduce en una decisión adversa)." DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op. cit., pág. 462.

7. El rol del Poder Judicial en materia de actuación probatoria en un arbitraje, debe estar orientado siempre a colaborar con la eficacia del arbitraje, así cumple los siguientes roles: complementario, colaborador y subsidiario.

Su intervención será complementaria cuando la obtención de un medio probatorio requiera tanto de la intervención arbitral como de la judicial. Este será el caso cuando el tribunal considere que el medio de prueba resulta imprescindible para decidir la controversia, y requiera del *ius imperium* judicial para que dicte las medidas coercitivas que permitan su actuación, haciendo efectivos los apercibimientos que impliquen el uso de la fuerza.

En términos prácticos en este supuesto la actuación judicial deberá seguir el mismo parámetro que cuando esta colaboración es solicitada por otro órgano jurisdiccional que carece de competencia para realizar ese acto específico.

La intervención subsidiaria se presenta cuando existe imposibilidad material o jurídica para que los árbitros actúen un medio probatorio, siendo imprescindible llenar este vacío —en cuanto a sus potestades—, a través del auxilio judicial. Así, esta modalidad se presentará cuando sea necesaria la actuación o conservación de un medio de prueba, de manera previa al arbitraje, debido a que si no es actuada en ese momento, existen razones para considerar que su eficacia puede perderse, resultando inútil esperar hasta que el tribunal arbitral esté conformado.

Esto es lo que en materia procesal se conoce como prueba anticipada, sin embargo, nuestro ordenamiento arbitral ha recogido el contenido de esta institución pero bajo el rubro de medidas cautelares, siguiendo para ello lo previsto en la Ley Modelo UNCITRAL. Finalmente, la intervención de colaboración prevista en nuestra LA en materia probatoria, permite la actuación judicial

en supuestos en los que la actuación de un medio de prueba puede ocurrir en el proceso arbitral; sin embargo, nuestra ley autoriza a que también se puedan actuar en la vía judicial, trasladándose luego lo actuado al arbitraje.

La lógica de este tipo de intervención es dotar al arbitraje de determinadas “facilidades” de actuación, que permitan asegurar de mejor manera su eficacia; sin embargo, consideramos que la actuación de un medio de prueba por el Poder Judicial, debe ser una situación absolutamente excepcional en la que tanto las partes como el tribunal estén de acuerdo con ello, pues recordemos que es un deber de los árbitros resolver la controversia realizando todos los actos necesarios para hacerlo adecuadamente.

8. La valoración de los medios de prueba es el momento culminante de toda la actividad probatoria previa, en la medida que el tribunal arbitral extrae de ellos los elementos necesarios para crearle convicción respecto de la materia controvertida que deberá resolver.

En nuestro sistema, los árbitros tienen libertad en la valoración, debiendo respetar las pautas que garantizan el debido proceso en la manifestación del derecho a la prueba, como son: i) la aplicación de los principios lógicos que rigen un razonamiento correcto; y ii) la motivación o explicitación de la valoración realizada.

Por otro lado, en el acto de valoración, el tribunal deberá apreciar los medios de prueba de manera conjunta, considerando además el principio de comunidad o adquisición, según el cual, independientemente de quién haya aportado los medios probatorios, éstos pertenecen al proceso, con lo cual el árbitro está en aptitud de extraer de él las conclusiones que considere adecuadas.

El último paso del juzgador al momento de valorar los medios probatorios y, en consecuencia resolver la controversia, será

recurrir a la carga de prueba. Esta constituye el "último recurso" cuando pese a haber valorado todo el material probatorio que obra en el expediente, el tribunal no ha adquirido convicción respecto de los hechos

invocados. En este momento y ante la existencia de un "deber de fallar" corresponde considerar que si quien tuvo la carga de probar no lo hizo, asumió el riesgo de que la decisión sea adversa a su posición.

