

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Insuficiencia de los métodos de obtención de pruebas en
el arbitraje nacional: implementación de medios de
prueba internacional**

Carolina Andrea Morales Ortega

Juan Pablo Aguilar Andrade, Dr.,
Director de Trabajo de Titulación

Jurisprudencia

Trabajo de titulación como requisito
para la obtención de título de
Abogada

Quito, 20 de mayo de 2016

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

“Insuficiencia de los métodos de obtención
de pruebas en el arbitraje nacional: implementación
de medios de prueba internacional.”

Carolina Andrea Morales Ortega

Dr. Juan Pablo Aguilar
Director del Trabajo de Titulación

Mgs. Oswaldo Santos
Lector del Trabajo de Titulación

Mgs. Hugo García
Presidente y Lector del Trabajo de Titulación

The image shows three handwritten signatures in blue ink, each placed over a horizontal dotted line. The top signature is the most prominent and appears to be the signature of the Director, Dr. Juan Pablo Aguilar. Below it is a shorter signature, likely belonging to Mgs. Oswaldo Santos. The bottom signature is also shorter and likely belongs to Mgs. Hugo García. The signatures are written in a cursive, somewhat stylized script.

Quito, 20 de mayo de 2016

EVALUACION DE DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO DEL TRABAJO Insuficiencia de los métodos de obtención de pruebas en el arbitraje nacional: implementación de medios de prueba internacional

ESTUDIANTE Carolina Andrea Morales Ortega

EVALUACIÓN (justificar cada punto):

a) Importancia del problema presentado.

EL DESARROLLO QUE HA ALCANZADO EL ARBITRAJE EN EL ECUADOR, UNIDO A LA PRONTA PUESTA EN MARCHA DEL SISTEMA ORAL, CON LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, CONVIERTEN EN MUY ACTUAL EL DEBATE SOBRE LOS MEDIOS DE PRUEBA Y LA PERTINENCIA DE RECURRIR A SISTEMAS QUE HAN SIDO DESARROLLADOS Y FUNCIONAN ADECUADAMENTE EN OTRAS JURISDICIONES, PERO QUE NO SE HAN APLICADO EN NUESTRO PAÍS NI FORMAN PARTE DE SU CULTURA JURÍDICA. LA DISCUSIÓN SOBRE LAS POSIBILIDADES QUE SE PRESENTAN EN ESTE CAMPO ES, POR ELLO, DE IMPORTANCIA.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

LA HIPÓTESIS QUE SE PLANTEA, LA POSIBILIDAD DE UTILIZAR MEDIOS DE PRUEBA PROPIAS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN EL DERECHO ECUATORIANO, ES TRASCENDENTE EN LA MEDIDA QUE ABRE EL DEBATE SOBRE LA UTILIZACIÓN DE ESQUEMAS PROCEDIMENTALES QUE NO SE HAN UTILIZADO EN NUESTRO PAÍS, PERO QUE POCO A POCO VAN SIENDO CONOCIDOS Y SE HAN CONVERTIDO EN PARTE DE LA EXPERIENCIA DE ALGUNOS PROFESIONALES, A PARTIR DE LOS CASOS INTERNACIONALES EN LOS QUE HA PARTICIPADO EL ECUADOR.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

HAY UNA MUY BUENA REVISIÓN DE LA LITERATURA DISPONIBLE EN RELACIÓN CON EL TEMA, ASÍ COMO ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL. LA BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA PARA EL TRABAJO ES PERTINENTE Y RESULTA SUFICIENTE PARA LOS FINES DEL ANÁLISIS REALIZADO.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

EL DESARROLLO DE LA ARGUMENTACIÓN ES EL ADECUADO PARA SUSTENTAR LOS TEMAS MOTIVOS DE ANÁLISIS, Y PERMITE JUSTIFICAR LA HIPÓTESIS PLANTEADA.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo de la investigación.

A LO LARGO DE LA ELABORACIÓN DEL TRABAJO, SE HAN CUMPLIDO A SATISFACCIÓN LAS INDICACIONES QUE SE HAN HECHO SOBRE LOS TEXTOS, EN LA MEDIDA EN QUE ÉSTOS IBAN SIENDO TRABAJADOS Y PRESENTADOS.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'J.P. Andrade', is written over a faint, circular official stamp.

JUAN PABLO AGUILAR ANDRADE

Quito, 31 de marzo de 2016

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre:

Carolina Andrea Morales Ortega

Código del estudiante:

00104057

C. C.

1714630728

Lugar y fecha:

Quito, mayo de 2016

Agradezco a:

*Mis padres,
por el apoyo, motivación, y esfuerzo
para que nunca deje de luchar por mis sueños.*

*Mi hermana,
por compañera de vida y futura colega.*

*Juan Pablo Aguilar,
por la paciencia, conocimiento,
tiempo y apoyo durante todo el proceso.*

*Farith Simon,
por la motivación desde el primer día de éste largo camino.*

*Sophia Espinosa,
por colaboración, ánimo y tiempo.*

RESUMEN

El presente trabajo de titulación tiene como objetivo la proposición de la implementación de los métodos de obtención de prueba del arbitraje internacional en el arbitraje del Ecuador ya que existe una insuficiencia e inminente necesidad de recurrir a normas supletorias. Esta iniciativa nace a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Orgánico General de Procesos el cual introduce a la oralidad en la producción de la prueba y la solicitud de asistencia por parte del juzgador a la otra parte o un tercero para disponer de una prueba necesaria en el proceso. Figuras como la solicitud de la Sección 1782 del Código de los Estados Unidos o el Discovery están siendo cada vez más solicitadas en la arena internacional dotando de versatilidad al sistema arbitral.

Todo proceso de adaptación toma tiempo, el Ecuador recién está familiarizándose con el nuevo Código Orgánico General de Procesos, de igual forma la cultura jurídica debe adaptarse a los métodos internacionales arbitrales además de existir una predisposición al cambio para que se pueda sacar provecho de los beneficios inherentes al arbitraje.

ABSTRACT

This paper aims at proposing a implementation of international evidence-taking methods in Ecuador's arbitration system since there is a failure and an imminent need for supplementary rules. This initiative starts from the enactment of the new General Procedure Code which introduces orality in the evidence-taking process and the request for assistance by the judge to the other party or a third party to provide evidence required in the process. Figures such as the application of Section 1782 of the United States or the Discovery are being increasingly applied in the international arena providing versatility to the arbitration system.

Any process of habituation takes time, Ecuador's legal system is just familiarizing itself with the new General Procedure Code, likewise the legal culture must adapt to international arbitration methods and there must be a willingness to change so we can take advantage of the benefits inherent in arbitration.

Tabla De Contenido

| | |
|---|----|
| Introducción..... | 11 |
| Capítulo 1. Los métodos de obtención de prueba en el arbitraje..... | 13 |
| 1.1. Definición. | 13 |
| 1.2. Principios de la prueba en arbitraje..... | 14 |
| 1.2.1. Autonomía de la voluntad. | 15 |
| 1.2.2. Principio de buena fe. | 16 |
| 1.2.3. Principio de igualdad. | 17 |
| 1.2.4. Principio de celeridad. | 17 |
| 1.2.5. Principio de libertad de la prueba. | 18 |
| 1.2.6. Principio de Inmediación de la prueba. | 19 |
| 1.3. Tipos de métodos de prueba en el arbitraje internacional..... | 20 |
| 1.3.1. Discovery..... | 20 |
| 1.3.2. Disclosure. | 22 |
| 1.4. Concepción de los métodos de obtención de pruebas en el arbitraje nacional. 23 | |
| 1.4.1. Ley de Arbitraje y Mediación..... | 23 |
| 1.4.2. Código Orgánico General de Procesos..... | 24 |
| 1.5. Concepción de los métodos de obtención de pruebas en el arbitraje internacional.25 | |
| 1.5.1. US Code..... | 25 |
| 1.5.2. Reglas IBA. | 27 |
| 1.5.3. CNUDMI (UNCITRAL)..... | 28 |
| 1.5.4. Convenio CIADI. | 30 |
| 1.5.5. CCI. | 31 |
| Capítulo 2. Aplicación de los métodos alternativos de obtención prueba en la práctica | 32 |

| | |
|--|----|
| 2.1. El convenio arbitral..... | 32 |
| 2.2. Caso Intel Corporation v. Advanced Micro Devices, Inc. | 33 |
| 2.3. Caso Chevron..... | 34 |
| 2.3.1. Utilización del Discovery..... | 35 |
| 2.3.2. Consecuencias. | 37 |
| 2.3.3. Sanciones | 37 |
| 2.3.4. Controversia. | 38 |
| Capítulo 3. Insuficiencia de los métodos de obtención de prueba en el arbitraje nacional | 39 |
| 3.1. Aplicación de métodos de obtención prueba internacional propia del common law en el civil law. | 39 |
| 3.2. Necesidad de implementar métodos de obtención de evidencia internacionales en el arbitraje nacional..... | 41 |
| 3.3. ¿Es viable la implementación de métodos internacionales de prueba en el Ecuador? ¿Qué condiciones deben darse en el arbitraje nacional?..... | 42 |
| 3.4. Posibilidad de un sistema unificado..... | 44 |
| Conclusiones..... | 46 |
| Bibliografía..... | 50 |

Introducción

En el mundo existen diferentes sistemas de Derecho los cuales dependerán de la cultura en donde sean aplicados. El sistema anglosajón y el sistema civilista difieren en ámbitos específicos, entre ellos el método para la obtención de pruebas.

El vocablo prueba es generalmente utilizado para designar los distintos medios con los cuales puede acreditarse la existencia de un hecho; [...] probar es algo más; el significado del vocablo comprende una compleja actividad de los sujetos, encaminada a demostrar la existencia o las cualidades de personas o cosas.¹

El arbitraje en el Ecuador está regulado por la Ley de Arbitraje y Mediación y dependiendo del convenio arbitral se sujetará a diferentes cuerpos normativos como el Código Civil, el nuevo Código Orgánico General de Procesos, entre otros, sin embargo es aquí cuando existe un conflicto, pues con mucha frecuencia se acude a normas internacionales para suplir los vacíos que la normativa arbitral nacional contiene por lo que nace la duda al respecto de si es que ¿son suficientes los métodos de obtención de prueba en el arbitraje nacional? Justamente, una de las más grandes contradicciones surge cuando, si bien por naturaleza el arbitraje está dotado de privacidad, existen sistemas como el anglosajón en el cual se admite la obtención de pruebas invocando el US section 1782. Entre las ventajas del arbitraje se encuentra un carácter menos formal del proceso, la confidencialidad y privacidad de los elementos del procedimiento y la habilidad de las partes de controlar del proceso², razón por la cual algunas cortes argumentan que los métodos de obtención de pruebas deben ser regulados y tratados como confidenciales, caso contrario la parte afectada puede alegar imparcialidad del tribunal al aceptar lo llamado Disclosure y Discovery, sin embargo en legislaciones como la francesa³ no es prohibida dicha práctica siempre y cuando esté regulada debidamente y se use únicamente en casos de extrema necesidad y obligación por lo tanto se puede ver que no solo sistemas de *common law* consideran dicha opción sino incluso sistemas civiles como el francés.

¹ Roland Arazi. *La prueba en el proceso civil*. 2da. Edición. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1998, p. 31.

² Cfr. Kyriaki Noussia. *Confidentiality in International Commercial Arbitration*. Alemania: Springer, 2010, p. 20.

³ Cfr. *Ibíd.*

Los métodos de obtención de prueba en el arbitraje ecuatoriano no son suficientes para cumplir efectivamente con la naturaleza del arbitraje, por lo tanto constantemente se ve en la necesidad de recurrir a normas supletorias dando paso a la confusión y la interpretación. La necesidad de la unificación de un ordenamiento el cual contemple los métodos de obtención de prueba internacionales y su posterior implementación y viabilidad es de suma importancia en la cultura jurídica ecuatoriana.

El primer capítulo brindará una definición de los métodos de obtención de arbitraje, los tipos existentes, y donde se encuentran plasmados en la legislación aplicable tanto nacional como internacional. Adicionalmente éste capítulo analizará el reflejo de los distintos métodos de obtención de prueba en función de los principios universales que rigen el ámbito probatorio, demostrando así la armonía de dichos nuevos mecanismos de la prueba en el área procesal del arbitraje.

El segundo capítulo por su parte exhibe el convenio arbitral, ya que es el punto de origen del arbitraje donde se fijan las directrices a seguir en el proceso. También expone casos tales como el caso *Chevron v. Ecuador* el cual marcó un precedente procesal por la destacada funcionalidad del *discovery*, las consecuencias, sanciones y controversias que surgieron a raíz de la resolución del caso. Asimismo, se menciona el caso *Intel Corp. v. Advanced Micro Device Inc*, pues en él se fija un concepto trascendental como el delimitar la pertinencia de la aplicación del *discovery* respecto a las partes. El conocimiento y resultado de los casos en los que el Ecuador ha participado donde se ha utilizado métodos internacionales de obtención de prueba son relevantes para sostener que su aplicación es factible en el arbitraje nacional ya que se ve como se ha optimizado y dinamizado el arbitraje en la cultura jurídica sin dejar de lado la legalidad.

Finalmente, el tercer capítulo analiza las ventajas y desventajas de una posible aplicación de los métodos en el arbitraje nacional, además expone las limitaciones de dicha aplicación así también como la viabilidad que brinda la legislación ecuatoriana respecto a éste tema. Se desprende entonces el hecho de una necesidad de implementación de los métodos internacionales respecto a la obtención de la prueba seguido de cambios para una adaptación de la cultura jurídica y social para una correcta efectividad del arbitraje, finalizando con una propuesta de unificación veraz y completa del ordenamiento ecuatoriano.

Capítulo 1. Los métodos de obtención de prueba en el arbitraje

El primer capítulo ofrece una descripción breve sobre que comprenden los métodos de obtención de prueba, los principios que los respaldan, su diferente regulación ya sea en leyes nacionales tales como la Ley de Arbitraje y Mediación y el Código Orgánico General de Procesos, y en normativa internacional el Código de los Estados Unidos, Reglas IBA, Ley Modelo y Reglamento de la CNUDMI, Convenio del CIADI y Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, además se analizarán los tipos de *evidence-taking* provenientes de la Sección 1782 del Código de los Estados Unidos de América (US Code). El arbitraje al igual que la justicia ordinaria y sus diferentes tipos de juicios, comprende varias etapas del proceso, entre ellas la obtención de la prueba. El conflicto ocurre cuando las partes establecen que el proceso debe regirse por determinada normativa, sin embargo aún existen vacíos en el tema de prueba por lo que se debe recurrir a una norma supletoria la cual quizás sea contraria en ciertos aspectos a la principal creando una suerte de inestabilidad y falta de seguridad también en el arbitraje.

1.1. Definición.

La etapa de la prueba es fundamental en el arbitraje y dependerá de su obtención para lograr su efectividad en el proceso, es tan importante la prueba en un litigio que es aquí cuando los abogados responden a tácticas ingeniosas, sin embargo la utilización de métodos de obtención de prueba propios del *common law* brindarían objetividad. En el derecho anglosajón existen figuras para el *evidence-taking* como el Discovery y el Disclosure. Procedimientos como el *Discovery* buscan

[...] intentar promover que la resolución de los procedimientos responda en la mayor medida posible a la realidad de los hechos y dependa, en cambio, lo menos posible de tácticas más o menos ingeniosas o sorpresivas de los abogados durante el juicio, lo cual no deja de ofrecer un llamativo contraste con la (ineludible) imagen cinematográfica que del proceso norteamericano se suele tener.⁴

⁴ Cristian Gual. “Breves Apuntes sobre el Discovery”. *Actualidad Jurídica Menéndez*. No.29 (2011). <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3080/documento/articuloUM.pdf?id=2994> (acceso: 02/02/2016).

Los métodos de obtención de pruebas entonces son los mecanismos utilizados para conseguir el objeto probatorio deseado, sin embargo no dejan de ser controversiales, existen autores que sostienen que:

Un tribunal puede ordenarle a las partes (o a otras personas sobre las que las parte: [sic] ejerzan control) que presenten documentos o que comparezcan a prestar declaración, pen[sic] habitualmente no puede obligar a terceros a hacerlo, incluso cuando las partes sometida [sic] al arbitraje hubieran intentado otorgarle al tribunal esa facultad. Solo se puede obligar ;[sic] terceros a que participen en un proceso arbitral, ya sea mediante la presentacion[sic] de pruebas o documentos, con la con la colaboracion[sic] de un tribunal judicial competente.⁵

Las Reglas IBA en su artículo 1 define a la solicitud de exhibición de documentos la cual es “la petición de una parte de una Parte para que se dicte una orden procesal en la que el Tribunal Arbitral ordene a otra Parte la presentación de documentos”.⁶

Sin duda el discovery es un término controversial y suele compararse con la solicitud de documentos en el sistema civil, sin embargo no hay que pensar que significa lo mismo ya que el Discovery también contempla declaraciones de testigos, interrogatorios, peritos, e incluso puede contemplar una inspección judicial, es decir una inspección al objeto de la prueba. Sin embargo, el principal problema que presenta este tipo de métodos es el hecho que se contrapone con el sistema civil tradicional donde solos los hechos alegados por las partes constituyen prueba en juicio y los árbitros solo podrán valorar lo aportado por las partes en juicio.

1.2. Principios de la prueba en arbitraje.

Los principios generales del derecho son reglas del derecho, máximas jurídicas o axiomas.⁷ Los principios cumplen un rol de apoyo a las fuentes convencionales tales como Ley, jurisprudencia, doctrina, etc. El artículo 18 literal 7a del Código Civil Ecuatoriano manifiesta que a falta de ley o casos análogos, se acudirá a los principios

⁵ Alan Redfern. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. 4ta. Edición. Navarra: Aranzadi, 2006, p. 359.

⁶ Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre las Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional. Londres, 2010.

⁷ Cfr. Guillermo Cabanellas de Torres. *Diccionario Jurídico Elemental*. Heliasta, 1979.

del derecho universal⁸. Como se puede ver, los principios sirven de apoyo incluso como último recurso y además al ser universales son comunes todas las legislaciones. Se entiende entonces a los principios como:

[...] aquellos fundamentos esenciales generalmente aceptados procedentes de la ciencia de Derecho sobre los cuales se levanta una estructura jurídica; [...] cuyos contenidos de justicia y sentido común son tan obvios, que prácticamente no necesitan demostración.[...]ideas fundamentales [...]y se deducen a través de un procedimiento de generalización, del conjunto de disposiciones del derecho positivo y de los elementos históricos y éticos que lo presiden.⁹

La prueba también tiene principios los cuales deberán estar presentes durante la etapa probatoria ya que de ello dependerá la valoración de la prueba por parte del tribunal. A continuación se analizará como se ve reflejado cada uno de los principios en la etapa probatoria.

1.2.1. Autonomía de la voluntad.

Cuando se habla de arbitraje lo primero que se tiene en mente es derecho privado y eso conlleva a autonomía de la voluntad. La autonomía de la voluntad es aquella potestad otorgada a los individuos mediante la cual las partes pueden regular sus relaciones. La autonomía de la voluntad asume el postulado que establece que las partes pueden hacer todo aquello que no esté prohibido por la ley. Existen limitaciones a dicho principio tales como el orden público, la moral y buenas costumbres, equilibrio contractual y las leyes imperativas. Nuria Mallandrich conviene que la autonomía de la voluntad se manifiesta en tres tipos: en el nacimiento del arbitraje, en la existencia del proceso arbitral y en la configuración del procedimiento arbitral. Respecto al nacimiento del arbitraje establece que se encuentra reflejado cuando las partes determinan una cierta relación jurídica, en este caso someterse a arbitraje y no a justicia ordinaria, en este caso se produce un convenio arbitral; en segundo lugar está la etapa del arbitraje “El surgimiento de la controversia es lo que determina que pueda iniciarse el proceso arbitral mediante una nueva manifestación de la voluntad ya sea de ambas

⁸ Código Civil Ecuatoriano. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de Junio de 2005.

⁹ Augusto González. *Introducción al derecho*. 6ta Edición. Ediciones Librería del Profesional.

partes conjuntamente o de una sola”.¹⁰ Finalmente la voluntad se manifiesta en la configuración del procedimiento arbitral, dicho precepto se encuentra plasmado en el artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación¹¹ del cual se desprende el hecho que al haber pactado convenio arbitral se renuncia a la justicia ordinaria. El artículo 1561 del Código Civil Ecuatoriano¹² da el carácter de ley al contrato que se celebre entre las partes al manifestar “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, dicho artículo denota que el contrato debe ser cumplido y así como la autonomía de la voluntad permitió nacer y reguló, únicamente la voluntad puede alterar lo pactado. En lo que a pruebas se refiere, la producción, obtención, y exhibición de pruebas siguen un parámetro por lo que las partes una vez habiendo accedido someterse a arbitraje deberán cumplir dichos procedimientos puesto que es ley para las partes. Al respecto Faustino Cordón manifiesta que:

La voluntad de las partes no sólo da origen al arbitraje y regula los requisitos del convenio, sino que lo informa a lo largo de todo su procedimiento. Las partes, sobre todo, pueden determinar de común acuerdo la ley que los árbitros habrán de aplicar al fondo de la controversia, en el caso de que se trate de un arbitraje de derecho.¹³

1.2.2. Principio de buena fe.

El principio de buena fe va de la mano con el principio de lealtad, es un estándar de conducta de comportamiento leal entre las partes, es “el deber de no utilizar el proceso o los medios y recursos legales, sino de conformidad con los fines (lícitos) para los cuales se instituyen”.¹⁴ Se entiende entonces que el principio de buena fe y lealtad debe estar presente en todas las etapas de la prueba también, es decir debe estar libre de vicios. De

¹⁰ Núria Mallandrich. *Medidas cautelares y arbitraje*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2010, p. 58.

¹¹ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 25. Publicada en el Registro Oficial 417 del 14 de Diciembre de 2006.

¹² Código Civil Ecuatoriano. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de Junio de 2005.

¹³ Faustino Cordón. “Panorámica europea del arbitraje comercial internacional”. *Revista Chilena de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile*, Vol. 26/3 (1999). <http://www.jstor.org/stable/41612994> (acceso: 07/12/2015).

¹⁴ Enrique Véscovi. *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Temis, 2006, p. 55.

igual manera lo establece el artículo 721 del Código Civil Ecuatoriano¹⁵ “La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio”. Asimismo otorga el carácter de presunción a la buena fe al expresar que la mala fe deberá probarse. “Art. 722.- La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria”. Los Principios Unidroit recogen la buena fe y lealtad negocial al establecer en su artículo 1.7: “1. Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. 2. Las partes no pueden ni excluir ni limitar este deber”.¹⁶

1.2.3. Principio de igualdad.

El principio de igualdad es sin duda otro elemento importante para la prueba pues busca garantizar que ambas partes tengan igualdad de oportunidades en el proceso e igualdad ante la ley.

Importa el tratamiento igualitario a los litigantes y se entiende que resulta del principio constitucional de igualdad ante la ley.

La igualdad supone la bilateralidad y contradicción, esto es, que el proceso se desarrolla, aunque bajo dirección de un juez, entre las dos partes, con idénticas oportunidades [...] en forma de buscar, de esa manera, la verdad.¹⁷

En la etapa probatoria se busca la igualdad de las partes en tiempos, medios, y procedimientos durante toda la etapa de la prueba. Cada parte tendrá derecho a realizar y tener las mismas oportunidades que la otra parte para obtener, producir, o exhibir una prueba, además de los tiempos, etapas, e imparcialidad al momento de la valoración de la misma.

1.2.4. Principio de celeridad.

¹⁵ Código Civil Ecuatoriano. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de Junio de 2005.

¹⁶ Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, 2010.

¹⁷ Enrique Véscovi. *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Temis, 2006, p. 54.

Cuando hablamos de arbitraje sin duda alguna se asocia con celeridad. El arbitraje está dotado de un carácter de oralidad, tiempos de cada etapa reducidos, por lo que se entiende que la práctica de las pruebas debe ser igualmente célere, estamos entonces ante el “principio, de obtener la satisfacción de las pretensiones en plazo razonable”.¹⁸ El hecho que una prueba se demore retrasa el proceso y eso incrementa los costos lo cual viola la economía procesal y se pierde el beneficio principal del arbitraje el cual es la rapidez del proceso comparado con la justicia ordinaria. Es importante tener en cuenta la dualidad que existe pues si bien es cierto el arbitraje es célere pero a su vez costoso, por lo que al existir un impedimento en el correcto desarrollo del proceso probatorio los costos incrementan poniendo en una balanza el beneficio de someterse a arbitraje y el costo elevado que puede conllevar.

[...] el arbitraje se fundamenta en la celeridad y la efectividad de costos. Casi siempre, lo que se hace rápido implica menos dinero. Esto ha sido reconocido tanto por los legisladores como por las instituciones. Sin embargo, es importante que el procedimiento adoptado por los tribunales arbitrales sea justo. Debe establecerse un equilibrio entre la rapidez y la justicia.¹⁹

1.2.5. Principio de libertad de la prueba.

La libertad se refleja de acuerdo a los Principios Unidroit como “Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido”.²⁰ El principio de libertad de la prueba se refiere a la libertad de probar todos los hechos que se consideren pertinentes, es decir que los corresponden a los hechos en cuestión. Adicionalmente se encuentra la conducencia de la prueba, es decir que la prueba sea capaz de probar un hecho. Son varias las normas que se refieren a la pertinencia y congruencia. El Código Orgánico General de Procesos establece en su artículo 160 que:

Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad. La o el juzgador

¹⁸ Enrique Vécovi. *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Temis, 2006, p. 58.

¹⁹ Alan Redfern. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. 4ta. Edición. Navarra: Navarra, 2006, p. 381.

²⁰ Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, 2010.

dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal.²¹

El Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano también menciona dichos principios en su artículo 116 manifestando que “Las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio”.²² Finalmente, a modo de referencia las Reglas IBA en el artículo 9.1 declara que el Tribunal será el encargado de determinar la “admisibilidad de la prueba presentada y su relevancia, importancia y peso específico de las pruebas”. Al hablar de relevancia e importancia abarca íntimamente la pertinencia y congruencia de las pruebas solicitadas para cumplir con el principio de economía procesal. “El principio de economía tiende a evitar esa pérdida de tiempo, de esfuerzos, de gastos”.²³

1.2.6. Principio de Inmediación de la prueba.

El principio de inmediación de la prueba se refiere a la cercanía del juez al proceso, en este caso a la práctica, obtención, o exhibición de la misma. En el Ecuador, al ser un sistema judicial básicamente escrito el juzgador no podía estar presente en cada una de las etapas probatorias, sin embargo con la puesta en vigencia del nuevo Código Orgánico General de Procesos el cual predispone el uso de la oralidad en los procesos va a provocar un acercamiento del juez. En los métodos de obtención de prueba amparados por la sección 1782 del US Code, es el tribunal el que solicita la obtención de la prueba por lo que es importante que exista una cercanía del juez a la proceso. Es importante recordar que la inmediación es un principio recogido en la Constitución del Ecuador bajo el artículo 169.

El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido

²¹ Código Orgánico General de Procesos. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 506 del 22 de Mayo de 2015.

²² Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 58 del 12 de Julio de 2005.

²³ Enrique Véscovi. *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Temis, 2006, p. 58.

proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades se supone que el juez debe conocer el proceso de principio a fin.²⁴

La Ley de Arbitraje y Mediación²⁵ en su artículo 3 párrafo 3 manifiesta que “Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina”. Si bien el convenio arbitral es ley para las partes, los principios universales del derecho son fuente conjunta del arbitraje, por lo que cada etapa del arbitraje y de la prueba específicamente deberá regirse también por los principios universales.

1.3. Tipos de métodos de prueba en el arbitraje internacional.

En el arbitraje internacional existen dos tipos de prueba los cuales basan su aplicación según la sección 1782 del US Code, estos dos métodos son el Discovery y el Disclosure. El discovery ha sido pieza clave en la decisión de casos relevantes en la arena internacional tales como el Caso Chevron v. Ecuador. En la actualidad, el arbitraje internacional está viviendo una suerte de mimetización con cada uno de los diferentes sistemas y herramientas, por ejemplo el discovery es solicitado cada vez con más frecuencia independientemente del tipo de sistema judicial ya sea *civil law* o *common law*, ya que se ha podido ver los beneficios propios del arbitraje como método de resolución de conflictos conocido por su celeridad.

1.3.1. Discovery.

En el derecho anglosajón existe un mecanismo llamado *Discovery* o descubrimiento, el cual busca ayudar al Tribunal a tener claros los hechos a fin de lograr efectividad en el proceso. El Discovery entonces es

²⁴ Constitución de la República del Ecuador. Publicada en el Registro Oficial 449 del 20 de Octubre de 2008.

²⁵ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 25. Publicada en el Registro Oficial 417 del 14 de Diciembre de 2006.

[...]un conjunto de actos procesales que tiene por objeto la obtención de información, principal pero no únicamente de carácter fáctico, para la mejor determinación de las posiciones de las partes en un determinado procedimiento judicial.²⁶

Se puede decir entonces que el discovery es una suerte de prueba anticipada o “aseguramiento de prueba”.²⁷ Este proceso también contempla el interrogatorio de testigos que serán interrogados dentro del procedimiento del arbitraje. Este procedimiento tiene su raíz en el Código de los Estados Unidos de América en la llamada Sección 1782 la cual admite la asistencia de tribunales extranjeros o internacionales, dicha norma permite que una parte interesada solicite a un tribunal estadounidense o a un juez que produzca o solicite una prueba, ya sea documento o testimonio. El hecho que se invoque dicha sección puede ser un factor decisivo al momento de la resolución del caso, sin embargo no es de obligatorio imposición. “Section 1782, permits, but does not require, U.S. federal courts to provide discovery assistance to “foreign or international tribunals”.²⁸ El discovery a simple vista resulta ser un mecanismo útil, célere, preciso y efectivo, el cual basado en una correcta aplicación resulta una herramienta muy útil para la parte que invoca dicha figura puesto que de ser una aplicación satisfactoria una parte puede acceder a un amplio margen de documentos, interrogatorios, inspecciones e informes de terceros lo cual sería imposible de acceder en un arbitraje internacional “normal”²⁹, sin embargo hay críticas al respecto principalmente por el tema de los costos. El arbitraje es un proceso costoso, sin embargo un abuso del discovery podría generar gastos excesivos al solicitar las llamadas *depositions* –“interrogatorios tomadas bajo juramento y en una sesión

²⁶ Cristian Gual. “Breves Apuntes sobre el Discovery”. *Actualidad Jurídica Menéndez*. No.29 (2011). <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3080/documento/articuloUM.pdf?id=2994> (acceso: 02/02/2016).

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Kevin Davis, Helen Hershkoff y Nathan Yaffe. “Private Preference, Public Process: U.S. Discovery in Aid of Foreign and International Arbitration”. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. No. 535 (2015). http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/535 (acceso: 03/02/2016) Traducción libre: La Sección 1782, permite, pero no obliga a las cortes federales de los Estados Unidos a proveer asistencia a los tribunales “extranjeros o internacionales”.

²⁹ Cfr. William Kirtley. “Court-Ordered Discovery in the United States Under 28 USC § 1782 for Use in Foreign International Arbitrations: Its Evolution, Current Trends, Strategic Use and Dangers” *International Arbitrators Law Review*. No. 14/2(2011).

contradictoria”³⁰ - lo cual puede interpretarse incluso como presión hacia la otra parte.³¹ Se ha llegado a pensar que el uso indiscriminado del Discovery puede poner en peligro al arbitraje internacional por el incremento de costos y los beneficios propios de la naturaleza pierden su atractivo, por lo tanto, garantizar la aplicación del discovery bajo dicha sección

Empowering arbitrators or, worse, the parties, in private international disputes to seek ancillary discovery through the federal courts does not benefit the arbitration process. Arbitration is intended as a speedy, economical, and effective means of dispute resolution. The course of the litigation before us suggests that arbitration’s principal advantages may be destroyed if the parties succumb to fighting over burdensome discovery requests far from the place of arbitration.³²

Como se puede ver, son varias las posturas respecto al discovery ya que una corriente está a favor de la transparencia del procedimiento donde las partes pueden disponer de las pruebas objetivamente lo cual puede llevar a un acuerdo entre las partes, celeridad al proceso, efectividad y equidad ; mientras que la corriente contraria afirma que el discovery es costoso de ser sobre utilizado, tiene términos ambiguos tales como la palabra “foreing or international tribunal”³³ pero sobre todo, no existe una cultura global legal al respecto puesto que es una práctica propia del common law.

1.3.2. Disclosure.

Junto con el discovery se encuentra el Disclosure. EL Disclosure es entonces el procedimiento por el cual una parte solicita la prueba o documento que la otra parte ha solicitado y que será utilizada a su favor. Al igual que el discovery, en caso de necesidad la parte no puede negarse a brindar el documento. En el caso Ecuador v. Chevron la Corte solicitó el Disclosure de las cuentas bancarias del Banco del Pichincha, a pesar de la negativa del Banco argumentando secreto bancario amparado

³⁰ Cristian Gual. “Breves Apuntes sobre el Discovery”. *Actualidad Jurídica Menéndez*. No. 29 (2011). Barcelona. <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3080/documento/articuloUM.pdf?id=2994> (acceso: 02/02/2016).

³¹Cfr. *Ibíd.*

³² Republic of Kazakhstan v. Biedermann International. Emitido el 17 de marzo de 1999. Traducción libre: Dar el poder a los árbitros, o peor aún a las partes, en los conflictos internacionales privados para acceder al discovery a través de los tribunales federales no beneficia al proceso del arbitraje. El arbitraje está concebido como medio rápido, económico, y eficaz en la resolución de conflictos. El curso del litigio y sus ventajas pueden verse perjudicado si las partes sucumben a la lucha sobre las solicitudes de discovery lo cual se aleja del arbitraje.

³³ Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc., Emitido el 21 de junio de 2004.

en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, pues con dicho procedimiento quedaría expuesta información que perjudicaría al Banco.³⁴

No se debe confundir con el discovery ya que el discovery es un conjunto de actos que buscan la obtención de información relevante para el proceso gracias a otro tribunal o un tercero mientras que el Disclosure es uno de los actos que pertenecen al discovery.

Disclosure is the process by which parties to a dispute make known to each other documents which relate to the dispute. In this context, ‘documents’ encompasses hard copy and electronic documents such as hand-written notes, drawings, emails, voice recordings and embedded data. The purpose of disclosure is to allow the parties the opportunity to be aware of relevant evidence to support and prepare their case and answer the case against them.³⁵

1.4. Concepción de los métodos de obtención de pruebas en el arbitraje nacional.

1.4.1. Ley de Arbitraje y Mediación.

El Art. 23 de la Ley de Arbitraje y Mediación³⁶ establece que:

Art. 23.- Si antes de la expedición del laudo, el tribunal o las partes estiman que se necesitan otras pruebas o cualquier otra diligencia para el esclarecimiento de los hechos, de oficio o a petición de parte podrá ordenar que se practiquen señalando día y hora.

De éste artículo se desprende el supuesto de que cualquier método de prueba es suficiente en caso de necesitarlo siempre y cuando sea antes de la expedición del laudo

³⁴ Scott Edelman *et al.* *Obtaining U.S. discovery to litigate in foreign or International tribunals pursuant to 28 u.s.c. § 1782*, <http://www.gibsondunn.com/publications/Documents/WebcastSlides-Transnational-Litigation-01.29.2015.pdf> (acceso: 02/03/2015).

³⁵ Mayer Brown International LLP. *Disclosure in arbitration*, https://www.mayerbrown.com/files/News/d4b056fc-a149-4fee-9042-5e6d46bb9c98/Presentation/NewsAttachment/9c10f67e-76c1-4d23-b19b-5f2d048aefcc/LexisNexis_2012_disclosure-in-arbitration.pdf (acceso: 02/03/2015) Traducción libre: La divulgación es el proceso por el cual las partes en una controversia dan a conocer a la otra parte sobre otros documentos que se refieren a la disputa . En este contexto , «documentos» abarca copia en papel y documentos electrónicos, tales como notas escritas a mano , dibujos, mensajes de correo electrónico , grabaciones de voz y datos integrados . El propósito de la divulgación es permitir a las partes la oportunidad de ser conscientes de las pruebas pertinentes para apoyar y preparar su caso y contestar el caso contra ellos.

³⁶ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 23. Publicada en el Registro Oficial 417 del 14 de Diciembre de 2006.

arbitral. La ley de Arbitraje y Mediación establece en su artículo 10 y 11 manifiesta que la prueba deberá presentarse en la demanda y la contestación, sin embargo al hablar del principal cuerpo normativo al cual se someten las partes en arbitraje nacional demuestra un vacío ya que normativas como el reglamento de la CNUDMI o incluso las Reglas IBA establecen un procedimiento detallado respecto a la práctica de la prueba, por ésta razón existe la necesidad de recurrir a una normal supletoria como el COGEP en cuanto a pruebas se refiere.

1.4.2. Código Orgánico General de Procesos.

El 22 de mayo de 2015 se publicó en el Registro Oficial Suplemento 506 el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), el cual introduce el sistema oral en la resolución de casos. El nuevo código es utilizado en el arbitraje como respaldo a la Ley de Arbitraje y Mediación. El Libro tercero, Título segundo, Capítulo primero menciona el tema probatorio manifestando que:

Art. 159: Todo documento o información que no esté en poder de las partes y que para ser obtenida requiera del auxilio del órgano jurisdiccional, facultará para solicitar a la o al juzgador que ordene a la otra parte o a terceros que la entreguen o faciliten de acuerdo con las normas de este Código.

La práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio. Para demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no viole el debido proceso ni la ley.³⁷

Sin duda uno de los cambios más notorios y relevantes es el hecho de hablar de un sistema oral, lo cual marca una evolución del sistema ecuatoriano en cuanto a la efectividad del arbitraje. De este artículo se desprende el hecho que las partes estén habilitadas para solicitar por medio de los jueces a terceros o a la otra parte la producción o entrega de pruebas. El artículo 161 del mismo código habla sobre la conducencia y pertinencia de la prueba, al hablar de conducencia se refiere a que la prueba tenga la aptitud para probar un hecho mientras que al hablar de pertinencia hace énfasis en que dicha prueba debe ser relevante a los hechos controvertidos, dicho esto es importante recordar que los métodos de obtención de prueba internacionales no se

³⁷ Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506 del 22 de mayo de 2015.

refieren a la prueba en sí, pues no son el objeto de la prueba sino pueden ser medios de prueba ya que “no se trata de obtener documentos o materiales que pudieran ser admisibles en juicio; se trata más bien de obtener información que razonablemente conduzca a encontrar pruebas que, ésas sí, sean admisibles en juicio”.³⁸

1.5. Concepción de los métodos de obtención de pruebas en el arbitraje internacional.

1.5.1. US Code.

La *section 1782*³⁹ dentro del Título 28 del Código de los Estados Unidos de América, permite a los litigantes realizar un procedimiento fuera de los Estados Unidos para aplicar a una corte americana y obtener evidencia en un procedimiento no estadounidense. En términos más simples, se trata de un sistema que permite a las cortes de Estados Unidos apoyar a procedimientos en el exterior cuando las pruebas necesarias se encuentran en el territorio de Estados Unidos. La *section* se denomina: “*Assistance to foreign and international tribunals and to litigants before such tribunals*”.

Los temas controversiales respecto de esta Section, son: a) si un tribunal arbitral internacional es un tribunal propiamente bajo la sección 1782, b) la interpretación que se le da sobre quien puede hacer uso de aquella normativa y que tribunales pueden

³⁸ Cristian Gual. “Breves Apuntes sobre el Discovery”. *Actualidad Jurídica Menéndez*. No. 29 (2011). <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3080/documento/articuloUM.pdf?id=2994> (acceso: 02/02/2016).

³⁹ (a) The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation. The order may be made pursuant to a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal or upon the application of any interested person and may direct that the testimony or statement be given, or the document or other thing be produced, before a person appointed by the court. By virtue of his appointment, the person appointed has power to administer any necessary oath and take the testimony or statement. The order may prescribe the practice and procedure, which may be in whole or part the practice and procedure of the foreign country or the international tribunal, for taking the testimony or statement or producing the document or other thing. To the extent that the order does not prescribe otherwise, the testimony or statement shall be taken, and the document or other thing produced, in accordance with the Federal Rules of Civil Procedure. A person may not be compelled to give his testimony or statement or to produce a document or other thing in violation of any legally applicable privilege. (b) This chapter does not preclude a person within the United States from voluntarily giving his testimony or statement, or producing a document or other thing, for use in a proceeding in a foreign or international tribunal before any person and in any manner acceptable to him.

invocarla, c) disponibilidad de dicha sección para las partes interesadas, d) restricciones en convenios arbitrales sobre la aplicación de las partes para cortes que ordenan la práctica de Discovery.⁴⁰ Respecto al punto a), se puede alegar que no es un tribunal propiamente pues estaría dotado de facultades que un tribunal común no contiene. Respecto al punto b), la Sección 1782 establece que su contenido es de disponibilidad de tribunales extranjeros o internacionales o de “todo aquel que tenga interés en ello” lo cual parece estar compuesto por normas estándar de fácil aplicación; y finalmente, nacen cuestiones a raíz del pacto arbitral pues las partes pueden llegar a cuestionar sobre la legalidad de la práctica, sobre el beneficio de pactar arbitraje, y si realmente no contraviene el ordenamiento.

Es por ésta razón, que algunas cortes argumentan que los métodos de obtención de pruebas deben ser regulados y tratados como confidenciales, caso contrario la parte afectada puede alegar imparcialidad del tribunal al aceptar lo llamado *disclosure* y *Discovery*. En el caso *Ali Shipping v Trogir* [1999] la Corte Concluye que: “en los procesos de arbitraje y documentos, u otra información generada en el curso del arbitraje, deberán ser tratados como confidenciales”.⁴¹

En países como Francia, la invocación de secciones con métodos como los contemplados en la sección 1782 no es prohibida, sin embargo, debe ser regulada y se usa únicamente en casos de extrema necesidad y obligación.⁴²

Even in some civil law countries, a State court is entitled to order the production of internal documents, either upon request of one party or because it sees the need for these documents itself. From a German point of view, for example, this follows from the secondary onus of presentation and proof (sekundäre Darlegungs- und Beweislast). It may be the case that one party, which would normally carry the onus of presentation and proof, did not participate in the relevant events that it must present and therefore does not have concrete, first-hand knowledge of the decisive facts. If the other party has such first- hand knowledge, it is reasonable to require the other party to

⁴⁰ Cfr. Gary Born. *International Arbitration Cases and Material*. Nueva York: Aspen Publishers, 2011.

⁴¹ Cfr. *Id.*, p. 47.

⁴² Cfr. Kyriaki Noussia. *Confidentiality in International Commercial Arbitration*. Alemania: Springer, 2010, p.106.

introduce those documents available to it, which de facto places the onus of presentation and proof on that party.⁴³

1.5.2. Reglas IBA.

Cuando las partes deciden someterse a arbitraje estipulan a que norma deciden someterse. Es aquí cuando aparecen las reglas IBA. Estas reglas son directrices elaboradas por la International Bar Association, en las cuales se regula la práctica de pruebas para el arbitraje. En el Preámbulo⁴⁴ de las Reglas IBA se establece:

La práctica de prueba se realizará bajo los principios de que cada Parte debe actuar de buena fe y tiene derecho a conocer, con una antelación suficiente a cualquier Audiencia Probatoria o a la determinación de los hechos o fundamentos, aquellas pruebas en que las demás Partes sustentan sus pretensiones.

De ésta manera se puede observar el principio de buena fe procesal también en la etapa probatoria de acuerdo a las directrices de la International Bar Association. Por otro lado el artículo 2 numeral 1 de las Reglas IBA⁴⁵ establece:

El Tribunal Arbitral deberá consultar a las Partes tan pronto como sea procedimentalmente posible e invitarlas a consultarse mutuamente a fin de acordar un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de la prueba.

Sin embargo el artículo 3 delimita el alcance de la producción de pruebas, marca un procedimiento y requisitos para una correcta obtención de pruebas. En el numeral 9 del artículo mencionado da cabida para un método como el discovery para miembros que no conforman las partes del sistema diciendo:

Si una de las Partes desea que se exhiban documentos de una persona u organización que no sea parte del arbitraje y respecto de la cual la Parte no pueda obtener los Documentos por sí misma, tal Parte podrá solicitar, dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, que se tomen cualesquiera medidas legalmente disponibles para obtener los Documentos requeridos, o pedir permiso al Tribunal Arbitral para adoptar tales medidas por sí misma. Dicha solicitud deberá ser presentada al Tribunal Arbitral y a las otras Partes por escrito, y deberá contener las especificaciones del Artículo 3.3., en tanto éstas fueran aplicables. El Tribunal Arbitral decidirá sobre esa solicitud y adoptará, autorizará a la Parte requirente a adoptar, u ordenará a cualquiera

⁴³ IBA Working Party. *Commentary on the New IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration*, <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=07505D49-78A9-4025-87C8-4ED9E67A5612>. (Acceso: 12/12/2015)

⁴⁴ Reglas de la IBA sobre las Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional. Londres, 2010, p. 4.

⁴⁵ *Id.*, p. 6.

10 de las otras Partes que adopten, las medidas que considere apropiadas si, a su criterio, determina que (i) los Documentos serían relevantes para el caso y sustanciales para su resolución, (ii) se han cumplido los requisitos del Artículo 3.3, en cuanto resulten aplicables y (iii) ninguna de las objeciones contempladas en el Artículo 9.2 es de aplicación.

De igual forma el artículo 9 numeral 2 hace una lista por las cuales el Tribunal puede excluir a petición de parte o de oficio la exhibición de la prueba producida siendo estas las razones:

(a) Falta de relevancia suficiente o utilidad para la resolución del caso; (b) existencia de impedimento legal o privilegio bajo las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el Tribunal Arbitral; (c) onerosidad o carga excesiva para la práctica de las pruebas solicitadas; 21 (d) pérdida o destrucción del Documento, siempre que se demuestre una razonable probabilidad de que ello haya ocurrido; (e) confidencialidad por razones comerciales o técnicas que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes; (f) razones de especial sensibilidad política o institucional que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes (incluyendo pruebas que hayan sido clasificadas como secretas por parte de un gobierno o de una institución pública internacional); o (g) consideraciones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las Partes que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes.⁴⁶

Finalmente, el numeral 5 del artículo 9⁴⁷ manifiesta que de ser el caso que una de las partes no colabore con el suministro sin explicación de un documento requerido en una Solicitud de Documentos o un documento solicitado por el Tribunal, se entenderá que dicho Documento es contrario a los intereses de esa parte. Por ésta razón, si bien las Reglas IBA establecen directrices claras y precisas sobre la producción de prueba, también fijan límites para la actuación de las partes de manera objetiva a fin de que ninguna de las partes irrumpa el proceso, caso contrario se entendería una suerte de rebeldía generando así una prueba en su contra lo cual es perjudicial para quien se niegue a acatar las directrices o peor aún negarse al suministro de un documento requerido.

1.5.3. CNUDMI (UNCITRAL).

⁴⁶ Reglas de la IBA sobre las Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional. Londres, 2010, p. 21.

⁴⁷ *Id.*, p. 23.

Por otro lado, el artículo 17 numeral 2 del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL establece que:

El tribunal arbitral, en cuanto esté en condiciones de hacerlo tras su constitución y después de invitar a las partes a expresar sus opiniones, fijará el calendario provisional del arbitraje. El tribunal arbitral podrá, en todo momento, tras invitar a las partes a expresar su parecer, prorrogar o abreviar cualquier plazo establecido en el presente Reglamento o concertado por las partes.

Esto como ejemplo de que las reglas del juego deben estar prescritas antes de dar por iniciado el proceso de arbitraje. Entonces lo que sucede cuando una de las partes invoca la sección 1782 del US Code resulta una suerte de violación a lo pactado en un inicio, pues se solicita al Tribunal que un tribunal externo remita pruebas para el esclarecimiento de los hechos. El artículo 25 literal c de la Ley Modelo de la CNUDMI⁴⁸ establece que en caso de que una de las partes no presente las pruebas, el tribunal deberá resolver conforme a lo actuado. Éste artículo demuestra una especie de sanción para los que incumplan la presentación de prueba ya que al resolver únicamente sobre lo actuado resulta una desventaja para la parte que omitió dicho acto. El artículo 26 literal a) y b) también denota una insinuación al discovery dotando de poder al tribunal para solicitar prueba a un tercero al mencionar:

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral

a) podrá nombrar uno o más peritos para que le informen sobre materias concretas que determinará el tribunal arbitral;

b) podrá solicitar a cualquiera de las partes que suministre al perito toda la información pertinente o que le presente para su inspección todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes, o le proporcione acceso a ellos.⁴⁹

Finalmente el artículo 27 de la Ley Modelo de la CNUDMI manifiesta de forma clara la posibilidad de asistencia de un tribunal extranjero para la práctica de la prueba sin embargo hace énfasis en *tribunal competente* y *solicitud* lo cual marca un parámetro a seguir y limitaciones, el artículo prescribe que:

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

⁴⁸ Ley Modelo de la Comisión para las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2006). Artículo 26.

⁴⁹ *Ibíd.*

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 sobre medios de prueba.⁵⁰

Como se puede observar, una vez más parece que la Ley Modelo permite la aplicación de la sección 1782 respecto a la obtención de pruebas mediante asistencia de otro Tribunal.

1.5.4. Convenio CIADI.

El CIADI también hace mención al respecto diciendo que:

La naturaleza de las medidas a ser recomendadas dependerá de las circunstancias particulares del caso y de los derechos que se deban proteger. Es por ello que incluso se podrán solicitar un discovery y una medida que deba ser adoptada en un Estado que no sea parte en el procedimiento.⁵¹

En Regla 34 del Reglamento del CIADI están establecidos los principios generales entre los que figura el numeral 2 y 3. El numeral dos manifiesta que

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

- (a) requerirle a las partes que presenten documentos, testigos y peritos; y (b) visitar cualquier lugar relacionado con la diferencia o llevar a cabo indagaciones en él.
- (3) Las partes cooperarán con el Tribunal en la producción de la prueba y en las demás medidas contempladas en el párrafo.⁵²

Adicionalmente en el artículo 37 declara que de ser necesario el Tribunal puede visitar cualquier lugar relacionado con la diferencia o llevar a cabo indagaciones en el lugar, es importante recordar que el discovery no solo se refiere a documentos, sino

⁵⁰ Ley Modelo de la Comisión para las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2006). Artículo 27.

⁵¹ Nelly Pazo y Elena Yubero. *Aspectos procesales de la jurisdicción del CIADI: medidas provisionales y rechazo por manifiesta falta de fundamento*. Chile: Instituto de estudios Internacionales - Universidad de Chile, 2007. <http://cuadernosjudaicos.uchile.cl/index.php/REI/article/viewFile/14119/14430>, p. 138. (acceso: 02/02/2015)

⁵² CIADI. *Convenio, reglamento, y reglas del CIADI*. Washington: Centro Internacional De Arreglo De Diferencias Relativas A Inversiones, 2006.

testimonios e inspecciones a un determinado lugar también. Como se puede ver el CIADI menciona el tema de la prueba la solicitud, sin embargo la regla 39 literal 4 manifiesta que únicamente se podrán otorgar lo correspondiente a las medidas provisionales únicamente después de que cada parte tenga el derecho de presentar observaciones, lo cual causa un conflicto y puede dar lugar a confusión ya que al hablar de la sección 1782 se entiende que es un procedimiento que se puede invocar antes de que la parte formule sus observaciones.

1.5.5. CCI.

El Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional⁵³ también hace mención respecto al tema de la solicitud de prueba a tribunales extranjeros. Al respecto el artículo 15 numeral 5 y numeral 6 reza lo siguiente:

5) En todo momento durante el proceso arbitral, el tribunal arbitral podrá requerir a cualquiera de las partes para que aporte pruebas adicionales.

6) El tribunal arbitral podrá decidir la controversia tan solo sobre la base de los documentos aportados por las partes, salvo si alguna de ellas solicita una audiencia.

De los numerales se desprende el hecho que si bien no se habla de discovery o sección 1782, en caso de que las partes decidan someterse bajo este Reglamento, el Tribunal podrá hacer uso de dicho artículo y solicitar documentos. Por otro lado, el artículo habla de la resolución en base a los documentos aportados por las partes, no menciona un momento específico por lo que dependerá del criterio del Tribunal para aplicar o no la sección 1782 en caso de necesitar. Por último el Apéndice IV⁵⁴ del mismo cuerpo regulador en su literal d numeral iii recomienda utilizar únicamente la solicitud de producción de documentos de ser necesarias, pertinentes y determinantes para el caso, ya que de esta forma se ahorra tiempo y costos.

⁵³ Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 2012.

⁵⁴ *Ibíd.*

Capítulo 2. Aplicación de los métodos alternativos de obtención prueba en la práctica

Una vez que se ha interiorizado el concepto de métodos de obtención de prueba el Capítulo 2 busca demostrar la importancia y relevancia que ha tenido la implementación de la Sección 1782 en casos como el Intel Corporation v. Advanced Micro Devices, Inc y el Discovery en el caso Chevron Corp v. Ecuador, además de lo que contempla el convenio arbitral, pieza inicial del arbitraje, las consecuencias, sanciones y controversias del fallo de Chevron.

2.1. El convenio arbitral.

El arbitraje nace a partir de una controversia en la cual las partes hayan pactado someterse a un procedimiento especial. Basándose en el principio de autonomía de la voluntad las partes establecen las reglas sobre las cuales se desarrollará el proceso. Este contrato es conocido bajo el nombre de Convenio Arbitral. La Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 5 lo define como:

Art. 5.- El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

Faustino Cordón declara que hay tres elementos que debe contemplar el Convenio Arbitral para que sea eficaz. En primer lugar está la voluntad de las partes como pieza que dio origen del arbitraje, en segundo lugar se encuentra el hecho que al existir como tal inmediatamente excluye a cualquier otro tipo de sistema judicial. “El arbitraje, voluntario en su origen, es obligatorio por su resultado, siempre, por supuesto, que ambas partes no decidan cambiar su voluntad y acudir a la solución jurisdiccional”.⁵⁵ y después de la etapa final se emite un laudo el cual tiene fuerza de

⁵⁵ Faustino Cordón. “Panorámica europea del arbitraje comercial internacional”. *Revista Chilena de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile*. Vol. 26/3 (1999). <http://www.jstor.org/stable/41612994> (acceso: 07/12/2015).

sentencia y efecto de cosa juzgada.⁵⁶ La unión de estos tres elementos configura el convenio arbitral.

Como ya se mencionó antes, la autonomía de la voluntad se ve envuelta en el artículo 1561 del Código Civil Ecuatoriano ya que todo contrato legalmente celebrado tiene fuerza de ley para las partes lo cual en concordancia con el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación desprende el hecho que todo lo escrito en el convenio deberá ser cumplido. Tan importante es la voluntad de las partes en el arbitraje que incluso podría entenderse que está por encima de la ley.

Por ello, la autonomía de la voluntad de las partes -de todas las partes- constituye la esencia y el fundamento de la institución, ya que la exclusión de la vía jurisdiccional para uno o determinados casos concretos, porque no se admite la renuncia general a la tutela judicial sólo es lícita si las partes lo deciden de mutuo acuerdo. Por eso, se puede afirmar que resulta contrario a la norma fundamental que la ley suprima o prescinda.⁵⁷

Es necesario recordar que en el convenio arbitral no se pacta únicamente el sometimiento a arbitraje sino bajo que normativa van a regir el mismo, por lo que al pactar Ley Modelo de la CNUDMI, Reglas IBA, Reglamento del CIADI, e incluso como norma supletoria al Código Orgánico General de Procesos, puede darse el caso que el Tribunal decida solicitar asistencia de otro tribunal para la producción de prueba desglosando un discovery intrínseco.

2.2. Caso Intel Corporation v. Advanced Micro Devices, Inc.

El Caso *Intel*⁵⁸ marcó un precedente importante en el arbitraje internacional y principalmente respecto a la aplicación de la sección 1782 del US Code, ya que no fue sino hasta entonces que nació la interrogante si un tribunal arbitral privado corresponde a un tribunal extranjero o a un tribunal internacional. “*Intel Court was not faced with and did not address- the question of whether a private arbitral is a foreign or*

⁵⁶ Cfr., Córdón, Faustino. “Panorámica europea del arbitraje comercial internacional”. *Revista Chilena de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile*. Vol. 26. No.3 (1999). <http://www.jstor.org/stable/41612994> (acceso: 07/12/2015)

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ *Intel Corporation v. Advanced Micro Devices, Inc*, 2004.

international tribunal under §1782”.⁵⁹ El tema central se basó en dictaminar si la Comisión de las Comunidades Europeas actuando a través de la Dirección General de Competencia califica como un tribunal extranjero para efectos de la ley. El Tribunal estableció que la Comisión efectivamente puede acceder a la asistencia de la sección 1782 ya que “actuó” como juez de primera instancia. Adicionalmente, se manifestó que aun existiendo una solicitud de sección no es de obligatoria aplicación y que se puede acceder a dicha sección aun si la ley aplicable a la parte no contempla la figura del discovery.⁶⁰ Las cortes distritales a raíz del caso Intel optaron por reproducir lo establecido por la Corte Suprema de Justicia afirmando que la Sección 1782 si ampara al arbitraje internacional.⁶¹

2.3. Caso Chevron.

Uno de los casos más relevantes y actuales donde el país se sometió a arbitraje internacional es el caso Chevron, pues tomó protagonismo cuando se utilizó la figura del Discovery para el esclarecimiento de hechos, lo cual posteriormente marcó precedente en el arbitraje internacional, dejando entonces expuesta la necesidad que sufre el arbitraje actualmente en cuanto a la práctica de pruebas, ya que se recurrió al Discovery como medida urgente.

En el 2003 se presentó una demanda colectiva de Ecuador contra Chevron en la cual se alegaba una grave contaminación en los lugares y tierras donde Chevron (antes Texaco) desempeñó sus actividades de explotación de petróleo, causando graves daños a la salud de los lugareños y al medio ambiente, se denomina a dicho juicio “El Juicio del Siglo” ya que resultaba novedoso el hecho que un país como el Ecuador acceda a

⁵⁹ Operadora DB México, S.A. DE C.V. 2009. Traducción libre: La Corte de Intel no se había enfrentado-ni tampoco se había referido- a si un tribunal arbitral privado es un tribunal extranjero o un tribunal internacional bajo la sección 1782.

⁶⁰ Cfr. Kevin Davis, Helen Hershkoff y Nathan Yaffe. “Private Preference, Public Process: U.S. Discovery in Aid of Foreign and International Arbitration”. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. No. 535 (2015). http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/535 (acceso:03/02/2016)

⁶¹ Cfr. S.I Strong. “Discovery Under 28 U.S.C. §1782: Distinguishing International Commercial Arbitration and International Investment Arbitration”. *Stanford Journal of Complex Litigation*. No.10 (2013).

plantear una demanda contra una multinacional de un país como Estados Unidos. Chevron solicita a un Tribunal de Estados Unidos secuencias no utilizadas del documental “Crude”, insta a la corte que la demanda se rechace ya que alega que existe fraude en el material del video.⁶² En Febrero del 2011 la justicia ecuatoriana emite el fallo dictaminando un estimado de 8.600 millones de dólares por concepto de daños y costos lo cual podría ascender a 18.000 millones en caso de no disculparse públicamente, lo cual fue apelado por Chevrón posteriormente, sin embargo la Corte Provincial de Sucumbíos reafirmo dicha sentencia en el año 2012. En el año 2006 y 2009 Chevron presentó una queja en la Corte Permanente de Arbitraje en La Haya, argumentando que Ecuador violó un tratado bilateral de inversión (TBI) entre ambos países. Ecuador posteriormente presenta una demanda en un tribunal federal de Estados Unidos solicitando un impedimento para solicitar arbitraje basado en el Tratado Bilateral de Inversión invocado, dicho tribunal falló a favor de Chevron admitiendo que solicite arbitraje internacional por ese concepto.⁶³ Finalmente, Chevron logra demostrar corrupción y sobornos por parte de los representantes de Ecuador durante el juicio inicial, hechos que logró probar una vez solicitado el discovery. En enero de 2016 la corte de La Haya denegó la petición de Ecuador de anular o dejar sin efecto los laudos arbitrales que condenaban a Ecuador a compensar económicamente a Chevron.

2.3.1. Utilización del Discovery.

En el caso Chevron, la Corte dio paso al uso de la Section 1782 aparado en el concepto de tribunal extranjero según las reglas de la CNUDMI, invocando así el Discovery para revelar pruebas tales como correos electrónicos, declaraciones juramentadas, transcripciones, las tomas no utilizadas de la película CRUDO, y el diario personal de Steven Donziger –abogado de Ecuador- , donde los propios abogados y

⁶² Cfr. Edward Mullins. *Best Methods of Obtaining a 28 U.S.C. § 1782 Petition and its Use in Arbitral Proceedings*. <http://arbitrateatlanta.org/wp-content/uploads/2013/04/Best-Methods-of-Obtaining-a-28-U.S.C.-%C2%A7-1782-Petition.pdf> (acceso:03/02/2016).

⁶³ Cfr. Bussiness & Human Rights Resourse Centre. *Texaco/Chevron lawsuits (re Ecuador)*. <http://business-humanrights.org/en/texacochevron-lawsuits-re-ecuador#c9332> (acceso: 03/02/2016).

técnicos de los demandantes admiten que no tienen evidencias para respaldar su demanda.⁶⁴

The court ruled that an arbitral tribunal established by an international treaty, which operated under rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) was a “foreign tribunal” for purposes of 28 U.S.C. § 1782, authorizing the discovery sought.⁶⁵

El juez federal de Nueva York, Lewis Kaplan, basado en la evidencia encontrada a través del Discovery falla a favor de la empresa Chevron ya que se encontró evidencia fraudulenta por parte de Ecuador y corrupción por parte de los abogados y los jueces ecuatorianos que conocieron la causa. Sin duda fue una herramienta de la cual dependió el cambio radical del curso del juicio. Chevron también presentó una demanda en La Haya, alegando que Ecuador debe cumplir con la obligación de resarcimiento por los costos y daños que la empresa cubrió en su defensa durante más de nueve años, además de tomar acciones legales contra los abogados de los demandantes por los delitos cometidos amparados en la ley RICO (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act). En el dictamen emitido el 20 de enero de 2016 por La Haya se hace referencia al discovery efectuado durante el proceso de Ecuador v. Chevron.

Regarding the latter, it was established, for example, by means of discovery proceedings that the contents of a number of the Lago Agrio claimants’ attorneys’ internal working documents that were not submitted into the Lago Agrio proceedings can be found verbatim - in some cases even including typing errors - in the judgment at first instance referred to⁶⁶

⁶⁴ Cfr. Juicio Crudo. *Fraude se revela - Discovery proceedings* (2010). <http://www.juiciocrudo.com/articulo/fraude-se-revela-discovery-proceedings-2010/1039> (acceso:02/03/2016)

⁶⁵ Edward Mullins. *Best Methods of Obtaining a 28 U.S.C. § 1782 Petition and its Use in Arbitral Proceedings*. <http://arbitrateatlanta.org/wp-content/uploads/2013/04/Best-Methods-of-Obtaining-a-28-U.S.C.-%C2%A7-1782-Petition.pdf> (acceso:03/02/2016) Traducción libre: La corte dictaminó que un tribunal de arbitraje establecido por un tratado internacional, que opera bajo las reglas de la UNCITRAL es un tribunal extranjero para propósitos de 28 U.S.C. § 1782, autorizando así el discovery.

⁶⁶ Judgement of the District Court of The Hague. Emitido el 20 de enero de 2016. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7104.pdf> (acceso:03/02/2016) Traducción libre: Respecto a esto último ,se estableció, por ejemplo, por medio de los procedimientos de investigación que el contenido de una serie de abogados 'de los demandantes de Lago Agrio documentos internos de trabajo que no se presentaron en el procedimiento de Lago Agrio pueden ser encontrado textualmente - en algunos casos, incluso incluyendo los errores de escritura - en la sentencia de primera instancia del caso referido.

Como se puede ver, un juicio complejo cambió de dirección al momento de solicitar documentos por medio del discovery, lo cual dejó en evidencia la red de corrupción que existía por la parte ecuatoriana y la justicia del Ecuador, sin embargo la controversia continúa.

2.3.2. Consecuencias.

A raíz del caso Chevron v. Ecuador salieron a la luz cuestionamientos que quizás no parecían ser influyente tales como la corrupción, la manipulación de pruebas, y el poder de determinadas partes. Cuando el juicio inició con la demanda planteada por Ecuador y se denominó al juicio como el del “Siglo” ya suponía que Chevron, la parte “fuerte” iba a asesorarse de muy buena forma lo cual ya es un valor agregado de entrada, en segundo lugar al salir victorioso Chevron por su ingenio al solicitar discovery en el proceso, se abrió una puerta para futuros casos en el arbitraje internacional ya que se empezó a ver a dicha herramienta procesal como una ayuda para develar otros vicios que no necesariamente guarden relación con el objeto del litigio, tales como la corrupción, falta de independencia y manipulación de evidencia.

The ongoing dispute raised complex questions about political and judicial corruption, work-product collusion, witness and evidence tampering, and undue influence by large corporate law firms. In connection with such disputes, numerous §1782 requests have been filed nationwide.⁶⁷

2.3.3. Sanciones .

En el caso Chevron, Kaplan concuerda en que si bien se habló de sanciones en caso de incumplimiento de disposiciones en relación a la producción de pruebas, la única sanción que realmente existió fue una llamativa en la defensa de la jurisdicción de los Representantes de LAP (Lago Agrío Plaintiff).

⁶⁷ Edward Mullins. *Best Methods of Obtaining a 28 U.S.C. § 1782 Petition and its Use in Arbitral Proceedings*. <http://arbitrateatlanta.org/wp-content/uploads/2013/04/Best-Methods-of-Obtaining-a-28-U.S.C.-%C2%A7-1782-Petition.pdf> (acceso:03/02/2016) Traducción libre: El conflicto en curso planteó cuestiones complejas sobre la corrupción política y judicial , la colusión del producto del trabajo , el testimonio y evidencia la manipulación , y la influencia indebida de los grandes bufetes de abogados corporativos.

During discovery, the defendants refused to comply with Chevron's request for production of documents [...] The Court granted Chevron's motion to compel production and, when the defendants did not comply, its motion for sanctions. As will be discussed below, the only sanction ultimately imposed was the striking of the LAP Representatives' personal jurisdiction defense⁶⁸

Si bien es cierto las normas tales como la Ley Modelo de la CNUDMI, las Reglas IBA, el Reglamento de la ICC, etc., establecen que los tribunales podrán solicitar pruebas en caso de ser necesario hace ver un carácter de obligatoriedad mientras que en otras puede dar paso a la interpretación, sin embargo no se contempla una sanción específica en caso de desacato o “rebeldía” al no proveer la información requerida. Las mencionadas normas coinciden en que la importancia y valoración de la prueba será provista por el tribunal y en caso de una negativa para entregar la evidencia solicitada, será una desventaja para dicha parte y se entenderá que la evidencia en efecto perjudicaría a quien se negó a cooperar. La sanción entonces dependerá del libre albedrío del tribunal.

2.3.4. Controversia.

El caso Chevron es un referente mundial en el campo del arbitraje internacional. En él se puede observar como la prueba puede llegar a desvirtuar incluso el objeto del litigio, que en este caso fue la contaminación por parte de la petrolera en el oriente del Ecuador. El discovery se tornó entonces en una pieza fundamental para la resolución del caso, sin embargo la controversia aún no termina, ya que si bien es cierto Chevron demostró corrupción y sobornos por parte de los representantes del Estado Ecuatoriano, se desenfocó la verdadera pretensión del litigio, el cual se basaba en la contaminación ocasionada y la repercusión que tuvo en la salud de los pobladores y la naturaleza en sí, y se tornó en un litigio donde se buscaba ver cuál de las dos partes había vulnerado los principios de buena fe, lealtad procesal, imparcialidad, etc. Buscar la verdad no constituye el fin sino resolver el conflicto conforme a la pretensión, “el procedimiento

⁶⁸ Lewis Kaplan. *Chevron v. Donziger RICO Opinion*. <http://www.theamazonpost.com/wp-content/uploads/Chevron-Ecuador-Opinion-3.4.14.pdf> (acceso:03/02/2016) Traducción libre: Durante el descubrimiento, los acusados se negaron a cumplir con la petición de Chevron para la producción de los documentos [...] El Tribunal accedió a la petición de Chevron para obligar a la producción y, cuando los acusados no cumplan, la propuesta de sanciones.

civil no persigue la averiguación de la verdad sino el dictado de una sentencia que ponga fin al conflicto de intereses de modo más justo posible”.⁶⁹ Por ésta razón el Estado Ecuatoriano no reconoce el fallo de La Haya al respecto ya que considera que si no se ha resuelto conforme al fondo del asunto no ha concluido aún el juicio.

Chevron Corporation’s reputation continues to be questioned because of the ongoing environmental problems in the Amazon. This is a company that depends on the hospitality of and good faith business arrangements with the international community. Each day this environmental and health crisis continues, Chevron risks its ability to be welcomed by other countries for future business opportunities. After more than a decade of being entangled in this controversy, Chevron should to re-examine how it has been handling the situation.⁷⁰

Capítulo 3. Insuficiencia de los métodos de obtención de prueba en el arbitraje nacional

Una vez que ya se ha asimilado la aplicación de los métodos en casos reales en el ámbito internacional, beneficios y desventajas de invocar la sección 1782, éste capítulo busca analizar dichos métodos para su utilización en el arbitraje nacional, las limitaciones y apertura que el ordenamiento ecuatoriano ofrece al respecto, la necesidad de implementar los métodos propios del arbitraje internacional al arbitraje nacional para lograr un arbitraje más efectivo y una mención a los cambios que deben producirse para una adaptación del arbitraje nacional a estas nuevas figuras como el discovery y finalmente la propuesta basada en condiciones reales del ordenamiento ecuatoriano para un arbitraje mucho más efectivo.

3.1. Aplicación de métodos de obtención prueba internacional propia del common law en el civil law.

⁶⁹ Isidoro Eisner. *La intermediación del proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1963, p. 15.

⁷⁰ Alan Havesi. Citado en Paul Paz y Miño, *Chevron Shareholders Submit Resolution Addressing Ecuadorian Contamination Controversy*, Amazon Watch, 2005. <http://amazonwatch.org/news/2005/1202-chevron-shareholders-submit-resolution-addressing-ecuadorian-contamination-controversy> (acceso:03/02/2016) Traducción libre: La reputación de Chevron sigue siendo cuestionada respecto del porvenir ambiental y sus problemas en la Amazonía. Todos los días la crisis ambiental y de salud continúa, la capacidad de Chevron corre riesgo de ser bienvenida en otros países así como las oportunidades de negocio. Más de una década después de haberse visto envuelta en esta controversia, Chevron debería re examinar cómo ha manejado la situación.

El discovery, el Disclosure, y la invocación de la sección 1782 son propias del derecho anglosajón, sin embargo también ha sido utilizado en países como Francia el cual mantiene un sistema propiamente civilista, en el caso de Francia la invocación de secciones con métodos como los contemplados en la sección 1782 no es prohibida, sin embargo, debe ser regulada y se usa únicamente en casos de extrema necesidad y obligación.⁷¹

Even in some civil law countries, a State court is entitled to order the production of internal documents, either upon request of one party or because it sees the need for these documents itself. From a German point of view, for example, this follows from the secondary onus of presentation and proof (sekundäre Darlegungs- und Beweislast). It may be the case that one party, which would normally carry the onus of presentation and proof, did not participate in the relevant events that it must present and therefore does not have concrete, first-hand knowledge of the decisive facts. If the other party has such first-hand knowledge, it is reasonable to require the other party to introduce those documents available to it, which de facto places the onus of presentation and proof on that party.⁷²

¿Se puede plantear la llamada evidence-taking en los sistemas civiles entonces?

El artículo 3 de las Reglas IBA prevé un límite de la producción de pruebas para evitar que sea un Discovery per se. En el numeral 9 de éste artículo, parece que se da apertura a un posible Discovery para miembros que no son “partes” de éste sistema.

Si una de las Partes desea que se exhiban documentos de una persona u organización que no sea parte del arbitraje y respecto de la cual la Parte no pueda obtener los Documentos por sí misma, tal Parte podrá solicitar, dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, que se tomen cualesquiera medidas legalmente disponibles para obtener los Documentos requeridos, o pedir permiso al Tribunal Arbitral para adoptar tales medidas por sí misma. Dicha solicitud deberá ser presentada al Tribunal Arbitral y a las otras Partes por escrito, y deberá contener las especificaciones del Artículo 3.3., en tanto éstas fueran aplicables. El Tribunal Arbitral decidirá sobre esa solicitud y adoptará, autorizará a la Parte requirente a adoptar, u ordenará a cualquiera 10 de las otras Partes que adopten, las medidas que considere apropiadas si, a su criterio, determina que (i) los Documentos serían relevantes para el caso y sustanciales para su resolución, (ii) se han cumplido los requisitos del Artículo 3.3, en cuanto

⁷¹ Kyriaki Noussia. *Confidentiality in International Commercial Arbitration*. Alemania: Springer, 2010, p. 106.

⁷² IBA Working Party. *Commentary on the New IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration*, <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=07505D49-78A9-4025-87C8-4ED9E67A5612>. (acceso: 02/02/2015)

resulten aplicables y (iii) ninguna de las objeciones contempladas en el Artículo 9.2 es de aplicación.⁷³

Como se detalló anteriormente, las Reglas IBA prevén la solicitud de documentos sin embargo, limitan su uso imponiendo requisitos. Hay aspectos que tomar en cuenta para el análisis de los métodos descritos, la sección 1782 establece que sus disposiciones estarán disponibles para un tribunal extranjero o internacional o “cualquier parte que tenga interés en ello” entonces parecería marcar un estándar de producción y practica de prueba en arbitraje. El caso Intel colaboró para esclarecer quienes pueden invocar dicha sección.

The Supreme Court also shed light on this requirement in Intel in noting that an “interested person” includes not only litigants before foreign or international tribunals, but also foreign and international officials, as well as any other person who possesses a ‘reasonable interest’ in obtaining judicial assistance.”⁷⁴

3.2. Necesidad de implementar métodos de obtención de evidencia internacionales en el arbitraje nacional.

La necesidad de aplicar métodos internacionales en el proceso probatorio del arbitraje nacional nace a raíz de que si bien es cierto la ley ecuatoriana ya contempla un sistema oral y la posibilidad de la producción de pruebas invocando instintivamente la sección 1782, el Ecuador no es aún un país cuya cultura jurídica prioriza el sistema arbitral sobre el ordinario por diversas razones. Se necesita una unificación de normas, una compilación de disposiciones de la legislación ecuatoriana junto con las medidas que se estime conveniente que provenga de la legislación internacional sobre la práctica de pruebas, esto en favor de evitar que se siga necesitando acudir a normas supletorias

⁷³ Reglas de la IBA sobre las Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional. Londres, 2010, p. 9.

⁷⁴ Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc., 2004. Citado en Edward Mullins, *Best Methods of Obtaining a 28 U.S.C. § 1782 Petition and its Use in Arbitral Proceedings*. <http://arbitrateatlanta.org/wp-content/uploads/2013/04/Best-Methods-of-Obtaining-a-28-U.S.C.-%C2%A7-1782-Petition.pdf> (acceso:03/02/2016) Traducción libre: El Tribunal Supremo también arrojó a la luz sobre este requisito en Intel en señalar que un " persona interesada " incluye no sólo los litigantes ante los tribunales extranjeros o internacionales , sino también a los funcionarios extranjeros e internacionales , así como cualquier otra persona que posee un “interés razonable” en la obtención de asistencia judicial.

para llenar vacíos tales como las sanciones correspondientes o los límites que tienen las partes y el tribunal. Una vez invocando dichos procedimientos el arbitraje nacional brindará seguridad jurídica en cuanto a la ley ecuatoriana bajo la cual el arbitraje se someterá, pues las reglas estarán establecidas desde un inicio evitando la interpretación o confusión respecto a sanciones, legalidad, limitaciones, e incluso poderes de las partes involucradas. Esto brinda atractivo al arbitraje lo cual de ser correctamente efectuado es una alternativa viable para las partes independientemente del costo que ello involucre pues se valorará la actuación y resolución del conflicto. Por último, dicha estabilidad del sistema arbitral ecuatoriano se convertirá en referente para otras legislaciones e incentivará a la sociedad a recurrir a él dejando de lado la justicia ordinaria o motivando a su mejoría.

3.3. ¿Es viable la implementación de métodos internacionales de prueba en el Ecuador? ¿Qué condiciones deben darse en el arbitraje nacional?.

Como ya se mencionó anteriormente, los métodos internacionales si son sujetos de aplicación en los sistemas civilistas, pero ¿qué sucede con la aplicación en el Ecuador? Partiendo del concepto que el arbitraje supone un contrato conocido como Convenio Arbitral en el que las partes, gracias al principio de autonomía de la voluntad que envuelve al convenio, pueden pactar las condiciones que deseen, adicionalmente la normativa local en razón de los procedimientos de la prueba ya habla sobre producción de pruebas asistida y no contraviene ninguna otra ley ni al orden pública, siendo los únicos impedimentos para que la autonomía de la voluntad opere y por lo tanto es perfectamente viable dicha implementación.

Como se pudo ver el caso chileno y colombiano, el cambio implicó una alteración en la visión tradicional del arbitraje, y se vio las opciones de obtención de prueba internacional como una herramienta la cual busca llegar a un fin común, la resolución del caso en congruencia con la pretensión planteada. Esta visión puede resultar chocante considerando los precedentes y la sociedad jurídica ecuatoriana, en primer lugar los métodos de obtención de pruebas pueden haberse dotado de mala fama si tomamos en

cuenta el caso *Chevron Corp. V. Ecuador*, ya que de no haber invocado la sección 1782 del US Code jamás hubiesen salido a la luz vicios los cuales involucraron a gente ajena al conflicto, por lo que hay que entender el concepto de dichos mecanismos y verlos como una herramienta útil y no como una táctica o ventaja única para una de las partes tomando en cuenta que el arbitraje está amparado por los principios generales de la prueba.

Normalmente se cree que los casos se ganan de acuerdo al abogado que se tiene, ya que dependerá del conocimiento y técnicas que decida emplear, éste aspecto debe cambiar puesto que los casos deben resolverse en base a lo aportado fácticamente y no a los modos que los abogados utilizaron para buscar ganar el caso. Esto brinda un carácter objetivo al arbitraje basado en mecanismos de obtención de prueba internacionales ya que al obrar de manera leal y con buena fe se ahorra una gran cantidad de recursos como tiempo y dinero, el tribunal al solicitar asistencia en producción de prueba las partes no podrán manipular ningún tipo de evidencia a su favor ya que esa prueba obtenida será en favor del proceso y no de una parte. Aparece entonces el principio *non venire contra factum proprium* es decir que una parte no puede irse en contra de lo anteriormente actuado, por lo tanto al someter las partes a una determinada normativa y de ser el caso solicitar asistencia para la producción de prueba, si el resultado probatorio es desfavorable a la parte afectada no podrá alegar ilegalidad sobre lo practicado ya que en el convenio claramente se pactó. Los Principios Unidroit en el artículo 1.8 desarrolla claramente el postulado afirmando que:

ARTÍCULO 1.8 (Comportamiento contradictorio. *Venire contra factum proprium*) Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja.⁷⁵

Finalmente es importante recordar que el juez no tiene la obligación de solicitar asistencia, sino únicamente en caso de ser necesario, por lo que debe quedar claro que el hecho que la legislación ecuatoriana admita contemplar mecanismos internacionales respecto de la prueba no significa que obligatoriamente van a ser aplicados, únicamente

⁷⁵ Principios Unidroit Sobre los Contratos Comerciales Internacionales, 2010.

se abre la oportunidad para recurrir libremente a ellos, caso contrario el arbitraje seguirá su curso normal conocido.

3.4. Posibilidad de un sistema unificado.

Colombia emitió un decreto en el año 1998 el cual era considerado como el más liberal de América Latina en relación a la producción de pruebas mediante por parte de un tribunal. El Estatuto de Mecanismos alternativos de Solución de Conflictos manifiesta:

Artículo 151. El Tribunal de Arbitramento realizará las audiencias que considere necesarias, con o sin participación de las partes; en pleno decretará y practicará las pruebas solicitadas y las que oficiosamente considere pertinentes. El Tribunal tendrá respecto de las pruebas, las mismas facultades y obligaciones que se señalan al juez en el Código de Procedimiento Civil. Las providencias que decreten pruebas no admiten recurso alguno; las que las nieguen son susceptibles del recurso de reposición. (Artículo 31 Decreto 2279 de 1989).⁷⁶

Chile, al igual que Colombia, creó la Ley 19.971 en el año 2004 referente al Arbitraje Comercial Internacional, la cual es una adopción íntegra de la Ley Modelo de la CNUDMI. Chile decidió proponer normas como las de la CNUDMI ya que “así se garantizaba la adopción de un ordenamiento probado y ampliamente difundido en más de 60 países, incluyendo jurisdicciones con gran tradición en la práctica del arbitraje internacional.”⁷⁷ Dicha ley fue puesta en vigencia y parece tener 3 objetivos claros, a saber: actualización de las normas de arbitraje ya que no se adaptaban a la realidad legislativa actual de Chile; incentivar y fortalecer el arbitraje en Chile el cual estará normado por una Ley la cual es uniforme, reconocida y utilizada en la arena

⁷⁶Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, Decreto No. 1818, Colombia, 1998.

⁷⁷ Enrique Barros y Andrés Germain. *Los conflictos de interés en el arbitraje internacional*. Chile: Cámara de Arbitraje y Mediación de Santiago. http://www.camsantiago.cl/articulos_online/Conflictos%20de%20Inter%20C3%A9s%20en%20el%20Arbitraje%20Internacional%20VF.pdf (acceso: 10/02/2015).

internacional, y finalmente transformar a Chile en un centro de relevancia en cuanto a Arbitraje Internacional se trate.⁷⁸

Sin embargo como se puede observar, el Código Orgánico General de Procesos Ecuatoriano introdujo ya la producción de prueba por parte del juez en caso de necesidad, sin embargo sigue existiendo el vacío respecto a si eso incluye solicitar la asistencia en la producción de prueba, lo cual desencadenará en la necesidad de buscar respaldo en normas y directrices internacionales. Por ésta razón sería importante que el Ecuador se realice bien sea una reforma a las disposiciones que figuran en el Código Orgánico General de Procesos y la Ley de Arbitraje y Mediación, donde se permita la solicitud de asistencia de tribunales o terceros para la producción de pruebas mediante la utilización de métodos de prueba internacionales, adicionalmente se debe establecer un tipo de sanción determinado en caso de incumplimiento de la disposición puesto que actualmente no existen normas que determinen una sanción por lo que queda a discreción del juez. También es importante mantener una limitación a los poderes que tiene el tribunal, ya que si bien el juez tiene imperio sobre el proceso debe establecerse que el juez está facultado a realizar lo necesario en favor de la resolución del caso siempre y cuando no contravengan los principios generales del derecho especialmente el derecho a la defensa y el principio a la igualdad. Al respecto Roland Arazi en su libro *La prueba en el proceso civil* manifiesta:

Las medidas para esclarecer los hechos no quebrantan el principio de igualdad porque el juez no intenta beneficiar a una de las partes en detrimento de la otra, sino que ejerce sus poderes-deberes para estar claros en resolver. En cuanto al derecho de defensa [...] la prueba que el juez ordena tiene que ser producida con todas las formalidades legales, [...]el juez no puede introducir una prueba en forma sorpresiva [...]⁷⁹

Como se puede ver, si bien el tribunal se encuentra apto para recurrir a producción de pruebas de oficio con asistencia de terceros, las limitaciones mantienen el correcto desarrollo del procedimiento en cuestión y evita tener que acudir a normas supletorias para llenar los vacíos que la Ley de Arbitraje y Mediación conjuntamente con el Código

⁷⁸ Cfr. Enrique Barros y Andrés Germain. *Los conflictos de interés en el arbitraje internacional*. Chile: Cámara de Arbitraje y Mediación de Santiago. http://www.camsantiago.cl/articulos_online/Conflictos%20de%20Inter%C3%A9s%20en%20el%20Arbitraje%20Internacional%20VF.pdf (acceso: 10/02/2015).

⁷⁹ Roland Arazi. *La prueba en el proceso civil*. 2da. Edición. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1998, p. 44.

Orgánico General de Procesos mantienen por lo que una reforma sería una opción bastante efectiva para el arbitraje ecuatoriano.

Conclusiones

Al finalizar el análisis sobre el tema: Insuficiencia de los métodos de obtención de pruebas en el arbitraje nacional: implementación de medios de prueba internacional, se desprenden varias conclusiones.

1. Inicialmente, debido a la creciente corriente de someter las disputas a sistema arbitral en Latinoamérica y el mundo, es necesario una adaptación de las reglas ya existentes sobre el tema de prueba. El Arbitraje Internacional en materia de pruebas está dotado de mecanismos de obtención de prueba tales como El Discovery y el Disclosure, los cuales nacieron a raíz de la Sección 1782 del Título 28 de Estados Unidos la cual dispone que una parte o un tribunal podrá solicitar a un tribunal estadounidense la producción de evidencia. Dicho procedimiento se ve recogido en la Ley de Arbitraje y Mediación y el nuevo Código Orgánico General de Procesos en lo que corresponde a Ecuador y en las Reglas IBA sobre la producción de prueba, la Ley Modelo de la CNUDMI, la normativa del Convenio CIADI , el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, entre otros, en el plano internacional. La práctica de dichos procedimientos ha sido sujeto de controversia en casos que conciernen al Ecuador, en relación al caso Chevron, y no fue sino hasta entonces que la palabra discovery ganó protagonismo ante los ojos de la cultura jurídica arbitral. Gracias al discovery, el juicio dio un giro respecto a la decisión final.

2. Es importante tener en cuenta que el arbitraje basa su sistema en la efectividad, es decir si bien es un proceso costoso, la celeridad y la eficacia con la que suelen resolverse las disputas hace que el proceso sea atractivo. El arbitraje tiene su inicio con la manifestación de la voluntad plasmada en un Convenio Arbitral, el cual al ser un contrato entre las partes

tiene efectos vinculantes para las partes y son las mismas quienes fijan las reglas del juego, por lo que las partes podrán establecer ante que normativa se someterá el arbitraje. Adicionalmente, al igual que la justicia ordinaria, existen principios propios a la prueba, entre ellos el de igualdad, celeridad, inmediatez, buena fe, y libertad, esto genera que se exista una suerte de protección ante cualquier irregularidad en el procedimiento de la prueba. Es importante hacer énfasis en este punto, ya que el hecho de que un tribunal sea facultado para solicitar producción de prueba a un tercero o a otro tribunal no quiere decir que exista imparcialidad, ya que se puede generar inconformidad para las partes, sobre las cuales anteriormente recaía todo el peso del éxito o fracaso ya que se resolvía en base a lo que las partes por sus propios medios aportaran. El juez busca el esclarecimiento de un hecho que sea relevante para el caso, lo cual debe ser la finalidad de someter el proceso a arbitraje. El deber del juez es hacer justicia mediante una sentencia justa.

3. Muchos han sido los cuestionamientos sobre si es factible la aplicación de métodos de obtención de evidencia internacionales y en este caso propiamente del common law y la respuesta es que si es factible ya que muchas legislaciones tales como la chilena, la colombiana, y ahora la ecuatoriana, han plasmado en su normativa la posibilidad de acudir a medidas de esclarecimiento de hechos, recientemente el Ecuador implemento en su nuevo Código de Procesos un sistema oral lo cual con el antiguo Código de Procedimiento Civil era una limitación la cual complicaría el correcto desarrollo de la práctica probatoria al ser dos sistemas contradictorios el oral y el escrito, restándole eficacia y celeridad al proceso. Sistemas como el francés permite la invocación de los métodos antes mencionados en casos de extrema necesidad además de hacer una valoración respecto si en verdad se necesita esa prueba para la resolución, caso contrario no permite pues es un gasto innecesario de recursos y demora.

4. Otro error es creer que los métodos internacionales de obtención de pruebas eliminan o limitan el derecho de las partes a producir la prueba que estimen

necesaria para la resolución del caso. El hecho que el juez esté facultado para participar en la producción de pruebas no significa que de él dependerá la obtención de las mismas, sino que las partes deberán ser las encargadas de producir las pruebas que estimen necesarias para el convencimiento del juez, y de no estar convencido con lo previamente aportado únicamente en ese momento optará por las medidas de asistencia por parte de otros tribunales.⁸⁰ Tampoco se debe entender que estamos ante una figura de *iura novit curia* pues el tribunal no está supliendo el derecho o una omisión en caso de las pruebas aportadas no sean relevantes, el tribunal está facultado para ordenar una producción de pruebas en caso de ser necesario, sin embargo no significa que suple una omisión. Por lo que es incorrecto pensar que:

[...] aun mediando la negligencia de las partes el juez tiene el deber de suplir esa omisión y antes de fallar tiene que esclarecer los hechos ordenando la producción de prueba que considera decisiva.⁸¹

5. Muchas han sido las críticas respecto a los métodos internacionales de obtención de evidencia, sin embargo las ventajas a corto o largo plazo son evidentes. Entre los beneficios se encuentran la protección del derecho de defensa y el derecho de contradicción de la prueba, pues evita la imprevisión de producción de pruebas y la manipulación de las mismas y de esta manera las partes en lugar de enfrentar técnicas de producción de pruebas deberán actuar partiendo de lo que se ha revelado, pues “las cartas están sobre la mesa” y dependerá de la inteligencia con la que cada parte maneje las pruebas a su favor. De la mano con lo anteriormente dicho, está la transparencia pues ambas partes y el tribunal sabrán exactamente la intención de la pretensión sin temor a que algún elemento de importancia este oculto restándole certeza a la resolución. El arbitraje es un proceso célere en comparación a la justicia ordinaria, sin embargo si el tribunal o las partes no actúan de manera correcta durante el proceso generará demoras y por ende más gastos restando valor a la resolución final, lo

⁸⁰ Cfr. Roland Arazi. *La prueba en el proceso civil*. 2da. Edición. Buenos Aires: Ediciones La Rocca. 1998, p. 42.

⁸¹ Augusto Morello. *Notable avance de los poderes de los jueces en el ámbito de la prueba*. Buenos Aires: Hammurabi, 1981.

cual puede generar que el arbitraje pierda atractivo para las partes y la sociedad impulsando inconscientemente a optar por el sistema judicial ordinario, lo cual es totalmente contrario a lo que la cultura jurídica actual busca e incentiva.

6. La puesta en vigencia del Nuevo Código en relación al sistema oral conjuntamente con la injerencia del arbitraje en el Ecuador ha abierto el debate sobre los mecanismos de prueba existentes y la necesidad de recurrir a nuevos mecanismos internacionales los cuales han sido satisfactoriamente utilizados de manera adecuada sin embargo en nuestro país aún no se han desarrollado y por esa razón nos vemos en necesidad de modificación y adaptación de estas figuras en el arbitraje nacional, sin embargo dichos métodos internacionales ya forman parte de la jurisprudencia donde el Ecuador ha actuado como parte y en la cultura jurídica de los abogados en el país.

7. Finalmente, sale a la luz la conclusión de que las reglas y normas aplicables que brinda la legislación ecuatoriana son insuficientes para cubrir la necesidad de la práctica de prueba llegando en casos a no ser los adecuados para probar un hecho, por lo que el arbitraje nacional se ve en constante necesidad de pactar sometimiento ante otros mecanismos como es el caso de las Reglas IBA, CNUDMI, ICC, y CIADI. Por último, es prudente la proposición de que el Ecuador se necesita una normativa la cual combine lo existente con las pautas y directrices de las normas internacionales, que si bien los sistemas de la sección 1782 son muy amplios pueden llegar al límite de la ilegalidad, y un sistema como el nacional contiene lagunas, entonces se debe reformular una implementación de métodos internacionales pero aplicables a la legislación ecuatoriana también, la cual no tiene límites legales para la aplicación de los mismos y originar una normativa unificada que evite acudir a reglas supletorias y dar paso a la confusión y la interpretación restándole objetividad al proceso.

Bibliografía

- Alwin, Patricio. *El Juicio Arbitral*. 5ta Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- American Bar Association. *Criminal Justice Section Standard*, http://www.americanbar.org/publications/criminal_justice_section_archive/crimjust_standards_discovery_blk.html#1.1
- Amram, Phillip W. "United States Ratification of the Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad". *The American Journal of International Law*. Vol. 67/1, pp. 104-107. <http://www.jstor.org/stable/2199097>
- Arazi, Roland. *La prueba en el proceso civil*. 2da. Edición. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1998.
- Barros Enrique y Germain Andrés. *Los conflictos de interés en el arbitraje internacional*. Chile: Cámara de Arbitraje y Mediación de Santiago. http://www.camsantiago.cl/articulos_online/Conflictos%20de%20Inter%C3%A9s%20en%20el%20Arbitraje%20Internacional%20VF.pdf
- Bernal Rafael, Derains Yves y Mantilla Fernando. *Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos*. 1era Edición. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010.
- Born, Gary. *International Arbitration Cases and Material*. Nueva York: Aspen Publishers, 2011.
- CIADI Convenio, reglamento, y reglas del CIADI*, Centro Internacional De Arreglo De Diferencias Relativas A Inversiones, Washington DC, EEUU. 2006
- Código Civil Ecuatoriano. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de Junio de 2005.
- Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento No. 506 22 de mayo de 2015.
- Constitución del Ecuador. Publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.
- Cordón, Faustino. "Panorámica europea del arbitraje comercial internacional". *Revista Chilena de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile*. Vol. 26/3 (1999). <http://www.jstor.org/stable/41612994>
- Davis Kevin, Hershkoff Helen y Yaffe Nathan. "Private Preference, Public Process: U.S. Discovery in Aid of Foreign and International Arbitration". *University Public Law and Legal Theory Working Papers*. No. 535 (2015). http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/535

- Edelman, Scott et al. *Obtaining U.S. discovery to litigate in foreign or International tribunals pursuant to 28 u.s.c. § 1782*.
<http://www.gibsondunn.com/publications/Documents/WebcastSlides-Transnational-Litigation-01.29.2015.pdf>
- Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, Decreto No. 1818, Colombia, 1998.
- González, Augusto. *Introducción al derecho*. 6ta Edición, Ediciones Librería del Profesional.
- González Nuria y Rodríguez Sonia. *Arbitraje Comercial Internacional*. 1era Edición, México: Editorial Porrúa México, 2007.
- Gual, Cristian. “Breves Apuntes sobre el Discovery”. *Actualidad Jurídica Menéndez*. No.29 (2011).
<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3080/documento/articuloUM.pdf?id=2994>
- American University- Washington College of Law. *International Law Review*. Vol. 27. No. 4. Washington DC, 2012.
- Kaplan, Lewis. *Chevron v. Donzinger RICO Opinion*.
<http://www.theamazonpost.com/wp-content/uploads/Chevron-Ecuador-Opinion-3.4.14.pdf>
- Kirtley, William. “Court-Ordered Discovery in the United States Under 28 USC § 1782 for Use in Foreign International Arbitrations: Its Evolution, Current Trends, Strategic Use and Dangers”. *International Arbitrators Law Review*. No. 14/2 (2011).
- Ley de Arbitraje y Mediación. Publicada en el Registro Oficial 417 del 14 de Diciembre de 2006.
- Ley Modelo de la Comisión para las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2006).
- Mallandrich, Núria. *Medidas cautelares y arbitraje*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2010.
- Mayer Brown International LLP. *Disclosure in arbitration*.
https://www.mayerbrown.com/files/News/d4b056fc-a149-4fee-9042-5e6d46bb9c98/Presentation/NewsAttachment/9c10f67e-76c1-4d23-b19b-5f2d048aefcc/LexisNexis_2012_disclosure-in-arbitration.pdf
- Monroy Cabra, Marco, *Arbitraje Comercial Nacional e Internaciona.*, 2da Edición. Colombia: Legis Editores, 1998.
- Morello, Augusto. *Notable avance de los poderes de los jueces en el ámbito de la prueba*. Buenos Aires: Hammurabi, 1981.

- Mundiya, Tariq. "US Court Invites Foreign Litigants to Use US Discovery Laws". *Cambridge University Press*. Vol. 42/2 (1993), pp. 356-366
- Noussia, Kyriaki. *Confidentiality in International Commercial Arbitration*. Alemania: Springer, 2010.
- O'Malley Nathan y Conway Shawn, *Document Discovery in International Arbitration – Getting the Documents you need*. <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tranl18&div=33&id=&page>
- Oppetit Bruno. Trad. Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla, y José Joaquín Caicedo. *Teoría del Arbitraje*, Trad. *Théorie l'arbitrage*. Legis Editores, 2006.
- Pazo Nelly y Yubero Elena. *Aspectos procesales de la jurisdicción del CIADI: medidas provisionales y rechazo por manifiesta falta de fundamento*. Chile: Instituto de estudios Internacionales - Universidad de Chile, 2007. <http://cuadernosjudaicos.uchile.cl/index.php/REI/article/viewFile/14119/14430>
- Picand, Eduardo. *Arbitraje Comercial Internacional Tomo II*. 1era Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Picand, Eduardo. *Estudios de Arbitraje*. 1era Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, 2010.
- Rerdfern, Alan. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. 4ta. Edición. Navarra: Aranzadi, 2006.
- Reglamento de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje. Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre las Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional. Londres, 2010.
- Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 2012.
- Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre las Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional, Londres, 2010.
- Saraisky, Steven . "How to Construe Section 1782: A Textual Prescription to Restore the Judge's Discretion". *The University of Chicago Law Review*. Vol. 61. No. 3 (1994). pp. 1127-1151. <http://www.jstor.org/stable/1600178>
- Spamann, Holger. "Legal origin, civil procedure, and the Quality of contract enforcement". *The Harvard John M. Olin Fellow's Discussion Paper Series*, No.8(2008)http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/fellows_papers/pdf/Spamann_31.pdf
- Strong, S. "Discovery Under 28 U.S.C. §1782: Distinguishing International Commercial Arbitration and International Investment Arbitration". *Stanford Journal of Complex Litigation*. No.10 (2013).

Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Temis, 2006.