

Universidad San Francisco de Quito
Colegio de Jurisprudencia

Aplicación del Discovery en la Legislación Ecuatoriana.
Una alternativa anglosajona para el arbitraje nacional

Ana María Paz Albuja

Director: Dr. Juan Manuel Marchán

Tesis de grado como requisito para la obtención de título de Abogada

Quito, abril de 2014

Universidad San Francisco de Quito
Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACION DE TESIS

Aplicación del Discovery en la Legislación Ecuatoriana.
Una alternativa anglosajona para el arbitraje nacional

Ana María Paz Albuja

Director de Tesis

Dr. Juan Manuel Marchán.

Miembro del Comité de Tesis

Dr. Jaime Vintimilla

Miembro del Comité de Tesis

Dr. Xavier Andrade C.

Miembro del Comité de Tesis

Dr. Juan Manuel Marchán.

Decano del Colegio de Jurisprudencia

Dr. Luis Parraguéz Ruiz

Quito, 21 de abril de 2014

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: Aplicación del Discovery en el arbitraje en el Ecuador

ALUMNO: Ana María Paz Albuja – Quito 21 de abril de 2014

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

El problema presentado por la disertante es de trascendental importancia para el desarrollo del arbitraje en el Ecuador, y revoluciona el tema de la prueba en el Ecuador. En este sentido el análisis que se realiza se centra en el estudio de la problemática que presenta la implementación de una figura novedosa como el discovery será sumamente beneficioso para el arbitraje.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis planteada por la estudiante la considero trascendente, porque es un esfuerzo importante para delinear la mejor forma como podría implementarse el discovery en el Ecuador y como adecuar la normativa procesal y arbitral para esta interesante figura.

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

Considero que la investigación cuenta con abundante respaldo bibliográfico, en particular considero que la doctrina aportada es de gran trascendencia y recoge textos de mucha actualidad.

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

Considero que la disertación contiene argumentos sólidos ya que la disertante ha sabido identificar de manera crítica los problemas actuales, sus raíces y plantear de forma contundente cuales son las soluciones.

FIRMA DIRECTOR:



© 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: Ana María Paz Albuja

C. C. 1713472163

Fecha: Quito, mayo de 2014

*A mis padres por su inmenso esfuerzo,
por haber hecho todo para
que yo pudiera lograr mis sueños.*

*A Francisco y Alejandro por
su continuo soporte.*

*A Nicolás, por el apoyo incondicional,
la comprensión y el cariño durante
cada etapa del camino.*

Agradezco a:

*Juan Manuel Marchán,
por todo su apoyo y guía
durante este trabajo.*

*Sophia Espinosa,
por toda su paciencia y apoyo.*

RESUMEN

El objeto de este trabajo es plantear la introducción del Discovery, una figura procesal anglosajona al arbitraje nacional, el cual funciona dentro de un sistema civilista. Este planteamiento más allá de la implementación de una figura al sistema probatorio utilizado dentro del arbitraje ecuatoriano, involucra la implementación de una nueva herramienta procesal en el sistema de la prueba, y un cambio en la cultura arbitral local.

El Discovery es una figura que no existe en la legislación ecuatoriana y que por lo tanto no ha sido utilizada dentro de los arbitrajes locales, pero que sin embargo, trae grandes beneficios a las partes se han sometido a utilizarla. Algunos de estos beneficios acceso a documentación, reducción de disputas sin fundamento, un mejor manejo de los hechos objeto del litigio, y una mejor oportunidad de preparación de la teoría del caso y de los puntos fuertes y débiles de la disputa.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to introduce the Discovery into the Ecuadorian Civil Law System. As Discovery has its origins in the Anglo-Saxon Common Law, this procedural figure would need to be inserted into a civil law system successfully for my project to work. This approach beyond the implementation to the current evidentiary system, contained in Ecuadorian law, involves the implementation of a new procedural tool, and a change in the local arbitration culture.

The Discovery is a figure that does not exist under Ecuadorian law and therefore has not been used within the local arbitrations, but nevertheless, brings great benefits to the parties that have chosen to use it. Some of these benefits include reducing unfounded disputes, improve the handling of the facts of the case, and improve the chance of preparing the case theory and weak and strong points of the dispute.

TABLA DE CONTENIDO

Capítulo 1. El Trasfondo del Discovery

1.1. Influencia de la Globalización	p. 16
1.2. ¿Qué es el Discovery?	p. 18
1.3. Principios que rigen el Discovery.	p. 22
1.3.1. Autonomía de las voluntad.....	p. 23
1.3.2. Principio de igualdad.....	p. 25
1.3.3. Principio de celeridad.	p. 27
1.3.4. Principio de buena fe.....	p. 28
1.3.5. Extrapolación del Discovery por medio de principios generales del Derecho.....	p. 30

Capítulo 2. Sobre el Discovery

2.1. El Discovery como herramienta procesal.....	p. 31
2.2. ¿En qué tipo de legislaciones se ha aplicado?.....	p. 32
2.2.1. El Discovery en los sistemas del Common Law y el Civilista.	
2.2.1.1. Sobre el objeto del arbitraje.....	p. 33
2.2.1.2. Sobre la carga de la prueba.....	p. 36
2.3. ¿Cuáles son las reglas generales que aplican a esta figura procesal?	p. 37
2.3.1. La solicitud de Exhibición de Documentos.....	p. 38
2.3.2. Objeciones a la Solicitud de Exhibición de Documentos.....	p. 40
2.3.3. Obligación de exhibir los documentos o pruebas requeridas.....	p. 42
2.3.4. Solicitud de exhibición de documentos a terceros.	p. 45
2.4. Discovery Electrónico.....	p.46

Capítulo 3. El Discovery en Ecuador

3.1. El sistema de prueba bajo la normativa actual en el arbitraje local.....	p.48
---	------

3.1.1 Etapas de la prueba.....	p. 52
3.1.2 Medios de prueba.	p. 54
3.2 ¿Por qué aplicar una figura procesal complementaria al sistema de prueba existente?.....	p. 56
3.3 ¿Es esta aplicación del Discovery posible en nuestro sistema?.....	p.60
3.4 Práctica local de litigio	
3.4.1. Principios bajo los que funciona el litigio localmente.....	p.63
3.4.2 ¿Qué cambios se deben dar para que sea exitosa la aplicación del Discovery? ¿Qué implicaciones puede conllevar este uso en la cultura arbitral local?.....	p.65
3.4.3 Posibles cambios en el sistema probatorio actual con el Nuevo Código Procesal Unificado.....	p. 68
4. Conclusiones y Recomendaciones	p. 70
5. Bibliografía	p. 74
6. Plexo Normativo.	p.79

Introducción.

En los principales sistemas de Derecho existentes se hallan ciertas diferencias que son el resultado de la cultura jurídica que refleja cada uno. Y como muestra de esto, se encuentra el método de obtención de pruebas, el cual constituye una de las principales diferencias entre el sistema jurídico anglosajón y el sistema civilista.

El sistema de Derecho Anglosajón contempla una figura jurídica conocida como “Discovery”, el cual introduce al litigio una manera distinta de poder obtener y preparar la prueba. “Uno de los propósitos de esta figura es el “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[...]”¹

Al pertenecer esta figura a una sistema jurídico extranjero, se debe revisar la factibilidad de la aplicación de una figura del Derecho Procesal Anglosajón a nuestro sistema civilista, y en concreto a la legislación arbitral local. El pretender aplicar una figura anglosajona a un sistema jurídico extraño podría abarcar un reto, tanto social como procesal, sin embargo considero que introduciéndolo a los lineamientos del sistema civilista, esto sería plenamente realizable.

Con el objetivo de delimitar este trabajo a un área concreta, se analizará únicamente el Discovery dentro del arbitraje, lo cual únicamente complementa mi enfoque de análisis, pues considero que el arbitraje es un método de solución de conflictos que funciona bajo una perspectiva de agilidad procesal, al igual que el Discovery que con este trabajo pretendo aplicar.

El sistema arbitral, como método de solución de conflictos surgió por dar una alternativa al sistema de justicia ordinaria. Algunas de las razones por las que se buscó este método alternativo de solución de conflictos han sido limitaciones como corrupción, lentitud en el sistema, falta de preparación de los jueces, y en general la aplicación de una

¹ Gual Grau Cristian, Breves Apuntes sobre el Discovery, Actualidad Jurídica Menéndez, 29-2011, Barcelona. <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3080/documento/articuloUM.pdf?id=2994> (acceso: 02/03/2014).

serie de “estrategias” o artimañas por parte de los abogados defensores que hacen el sistema de justicia no sea eficaz en la resolución y evacuación de procesos.

El arbitraje en este sentido ofrece un mecanismo mucho más rápido y eficiente. El tribunal arbitral que conoce la controversia tiene un término máximo de ciento cincuenta días para resolver el conflicto y dictar el laudo desde se declara competente. Este término puede ser prorrogable por máximo otros ciento cincuenta días por acuerdo de las partes o por decisión del tribunal.² Por otro lado, el sistema arbitral busca que la resolución de las controversias se realice de la forma más transparente posible. Si se toma en cuenta que el arbitraje es un sometimiento de carácter voluntario de las partes al sistema arbitral, lo lógico sería pensar que las partes se han sometido al mismo por buscar celeridad, transparencia, experiencia en los árbitros y en general un mejor manejo de la controversia, considerando que en la mayoría de los casos existe un costo mayor a aquel del sistema ordinario.

Las tácticas de litigación en el país han derivado a que las partes actúen con suspicacia dada por la poca ética con que los abogados muchas veces manejan los juicios. La litigación se maneja con estrategias de sorprender al último momento a la otra parte de tal forma que no pueda hacer nada, en vez de manejar un litigio dirigido al convencimiento de los argumentos de cada parte. Las pruebas en los procesos históricamente se han llevado a cabo por medio de estrategias que buscan descartar las pruebas de la otra parte y ganar una ventaja en el proceso. Lastimosamente, éstas estrategias no siempre se hacen de la forma más ética, y en lugar de buscar obtener un proceso transparente, buscan dificultar a la otra parte la presentación de su prueba.

En mi opinión los procesos deberían litigarse sobre una base de hechos claros, y no sobre trampas que busquen esconderlos. Las trampas o artimañas que las partes pueden presentar en los procesos con el fin de dilatarlos hace que se cree una cultura de litigio en base a estrategias de dilación, más no en estrategias argumentativas que demuestren al juzgador que la parte tiene la razón. El litigio en nuestro país se ha desvirtuado al punto de que los abogados deben usar estrategias que no llevan a la eficacia de la resolución del

² Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 25. Publicada en el Registro Oficial 417 del 14 de Diciembre de 2006.

proceso, sino que llevan a dilatar o esconder hechos para obtener ventaja sobre la otra parte.

En el Ecuador, el sistema mediante el cual se presentan pruebas en el arbitraje, es el mismo previsto en el Código de Procedimiento Civil para los procesos previstos en la justicia ordinaria. El mencionado Código sobre la prueba en los procesos, en la sección 7ma, establece una serie de normas que regulan la forma en la que funciona el régimen de pruebas. Este Código de Procedimiento Civil es supletorio a los arbitrajes nacionales, pues en la Ley de Arbitraje y Mediación, no se establece un régimen distinto. Lo que ésta Ley establece respecto de la prueba es que debe presentarse con la demanda y con la contestación a la demanda.³

En cambio, con el Discovery se introduce todo un régimen de prueba, que tiene por objetivo que las partes puedan acceder a pruebas que serían normalmente muy difíciles de obtener, y de esta forma poder preparar de mejor manera sus alegatos.

Basado en una institución probatoria característica del proceso civil anglosajón – dispone para garantizar a aquellas partes contendientes que lo precisen el acceso al contenido de información litigiosa, relevante para la preparación del juicio y de limitada o de imposible accesibilidad bien por estar en posesión de la parte contraria a la solicitante, bien por encontrarse en manos de terceros, ajenos al proceso en cuestión- el discovery arbitral ha devenido en un instrumento legítimo, autónomo y característico del procedimiento arbitral.⁴

Se podría encontrar diversas posiciones al respecto de la aplicabilidad o inaplicabilidad de esta figura anglosajona a nuestra legislación. La primera, sostiene que el Discovery no podría ser aplicado en una legislación como la ecuatoriana, por el hecho de pertenecer a un sistema y a una cultura jurídica distinta, y además que no convendría porque a pesar de que es una herramienta muy útil en la búsqueda de la veracidad del proceso, tiene un costo elevado; La segunda, que establece que el Discovery si se podría extrapolar a un sistema jurídico civilista, y que al contrario de la posición anterior, resultaría extremadamente útil al momento de buscar llegar a conclusiones más cercanas a

³ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículos 10 y 11. Publicada en el Registro Oficial 417 del 14 de Diciembre de 2006.

⁴ Miquel Montaña-Jordi Sellarés, Arbitraje: Comentarios prácticos para la empresa, Madrid: Grupo Difusión, 2011, p. 403.

la verdad de los hechos. El Discovery anglosajón de cierta manera permite obtener un resultado más justo, aunque sea a un mayor precio.⁵

De estas posiciones es importante resaltar el efecto social que cada una puede brindar. Si se considera que el Derecho tiene una esencia social, es muy importante considerar que ambas posiciones otorgan una ventaja social. Sin embargo, el fin de este trabajo pretende buscar la mejor opción para que esta figura brinde un aporte positivo al Derecho arbitral local. Para mi trabajo son relevantes las siguientes aspectos: En primer lugar, el análisis de por qué aplicar una figura procesal de un sistema jurídico extranjero. En segundo lugar, analizar como tendría que acoplarse el sistema de prueba local con este nuevo esquema del Discovery. Y en tercer lugar, el efecto que la aplicación de esta figura tendría tanto a nivel del proceso, como el efecto jurídico social.

Este trabajo por tanto, tratará de aplicar el Discovery, figura que tiene un origen anglosajón, en nuestro sistema civilista que tiene un esquema probatorio distinto y una cultura jurídica muy diferente, con el objeto de poder lograr tener un criterio final más apegado a la verdad de los hechos en un proceso. Este tema enfrentará la cultura jurídica ecuatoriana, ya establecida, y planteará nuevos esquemas dentro del litigio del arbitraje ecuatoriano.

El primer capítulo introducirá la figura del Discovery, su trasfondo y como a través de la globalización esta figura se ha difundido por varios sistemas jurídicos. Por otro lado, este capítulo expone cuales son los principios que rigen a esta figura procesal y mediante un análisis de cada uno pretende demostrar como mediante éstos se puede llegar a extrapolar la figura al sistema civilista ecuatoriano.

El segundo capítulo expone de manera más amplia las reglas del Discovery, es decir, su manera de funcionar en cada sistema jurídico y sus límites de aplicación, lo cual ayudará a delimitar el posible campo de aplicación para mi tesis. Además, introduce esta figura como una herramienta de apoyo procesal, no únicamente una etapa más del proceso,

⁵ Adrián, Zuckerman. La justicia en crisis: dimensiones comparadas del Proceso Civil, www.tribunalmmm.gob.mx/publicaciones/Debate/a1numero8/la_justicia.htm (acceso: 02/03/2014).

lo cual ayuda a comprobar mi tesis respecto del Discovery como un cambio en la cultura arbitral actual.

Y por último, el tercer capítulo explica como funcional el sistema de prueba bajo la normativa actual en el arbitraje local, expone las diversas etapas de la prueba, y da una explicación sobre por qué es necesario aplicar una figura procesal complementaria al sistema probatorio existente. Posteriormente, introduce un análisis constitucional, el cual ayudará a demostrar que la aplicación del Discovery es perfectamente aplicable y que no contraviene ninguna norma. Finalmente, en este capítulo se hace un análisis de la práctica actual de litigio y de los posibles cambios que se deberían realizar a nivel normativo para poder aplicar esta figura.

Capítulo 1 **El trasfondo del Discovery**

Este primer capítulo busca brindar una explicación del fundamento del Discovery, el sistema jurídico del que surge y su funcionamiento, para lo cual se debe introducir el análisis a los principios sobre los que se desempeña esta figura procesal anglosajona. Además, este capítulo explicará cómo esta figura que tiene un origen de un sistema jurídico ajeno puede extrapolarse a nuestro sistema jurídico civilista mediante la aplicación de principios generales del Derecho que servirán como base del uso del Discovery.

1. La influencia de la globalización.

Si bien el Discovery se creó dentro del Derecho Anglosajón, actualmente las corrientes unificadoras del Derecho empujan hacia cambios que puedan afectar a cualquier sistema jurídico, sin importar su origen. En la actual corriente de globalización, que se da a grandes pasos a nivel general, se han visto involucradas varias áreas como el comercio y la tecnología que han hecho que de la mano el derecho también tenga que evolucionar. Estas dos últimas décadas han sido decisivas al tratarse de la globalización y de la expansión del comercio internacional. “La globalización, la apertura de los mercados y los avances en las comunicaciones, entre otros factores, han hecho que el intercambio de bienes y servicios entre la mayoría de los países, se haya multiplicado”⁶

El Derecho en la corriente globalizadora ha tenido que buscar un mecanismo de solución de controversias que sea de carácter internacional y que sea a su vez eficaz para todas las partes del litigio, obligando así a los abogados a salir de su burbuja y de su zona de confort, para enfrentar los desafiantes litigios internacionales. Uno de estos mecanismos internacionales, es el arbitraje, el cual se ha convertido en la solución para que personas, tanto naturales como jurídicas puedan defender sus intereses en instancias internacionales sin tener que involucrarse en un sistema ordinario local de uno de los países vinculados en la controversia.

Para estos arbitrajes internacionales se debe considerar que existe una convergencia de culturas y de sistemas jurídicos en un mismo litigio. Redfern y Hunter han definido esta

⁶ David y Kray Dollar, *Comercio exterior, crecimiento y pobreza*, www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2001/09/pdf/dollar.pdf (acceso: 27/11/2013).

situación como “*un crisol (melting pot) de culturas y tradiciones económicas legales y sociales*”⁷

El Discovery ha iniciado su etapa de expansión mediante su uso en el campo del arbitraje internacional, y es así como países como el nuestro, que pertenecen a un sistema civilista, se han visto obligados a aprender y a usar el Discovery. Para países como Ecuador, que lleva muy pocos años de experiencia en los grandes arbitrajes internacionales, el usar una figura como ésta ha implicado más que un reto. No solo que el sistema de justicia arbitral es nuevo, y se ha necesitado capacitar personas que tengan el nivel necesario para participar en estos arbitrajes de gran escala, sino que también se ha necesitado capacitación en figuras procesales que van más allá de lo que nuestra experiencia en derecho procesal nos puede brindar.

Dentro de esta etapa de conocimiento del arbitraje a nivel internacional, el Discovery ha constituido una ficha clave, pues al ser una figura jurídica que no es típica de muchos países, sobretodo los civilistas, es materia de mucho estudio para aquellos que no estamos familiarizados con el tema. El uso del Discovery por países de un sistema jurídico distinto del Anglosajón es un paso hacia la unificación del Derecho a nivel internacional. Por otro lado, es importante considerar que la unificación de figuras jurídicas entre diversos sistemas jurídicos, no solo que consolida, sino que implica un aporte muy útil a aquel sistema jurídico receptor.

Una vez establecido esto, hay que enmarcarnos en la etapa procesal en la que se encuentra el Discovery y así entender de lo que trata: Las partes en su intento por demostrar que tienen la razón dentro de un proceso, se basan en una serie de pruebas que buscan fundamentar sus argumentos. “La prueba es, así, el medio por el cual se pretende demostrar la existencia de un hecho del cual depende el reconocimiento de un derecho”⁸

⁷ Alan Redfern y Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3ra ed., Londres: Sweet and Maxwell, 1999, p. v (Prefacio).

⁸ Raimundo Salvat, citado por Tawil, Guido. La Valoración de Pruebas. Material presentado en: Congreso Internacional de Arbitraje: “Particularidades del Procedimiento Arbitral en jurisdicciones Latinoamericanas”, organizado por ICC México (Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio). México D.F. el 25 de agosto del año 2005.

En nuestro sistema civilista ecuatoriano, las pruebas se anuncian con la demanda y se practican dentro de un término probatorio establecido por el tribunal arbitral, y se realizan según las reglas previstas para las pruebas en el Código de Procedimiento Civil, ya que no existen reglas procesales específicas para la prueba, al nivel de complejidad requerido que estén dirigidas únicamente para el arbitraje.

El Discovery introduce un nuevo esquema a las reglas de la prueba, ya que permite que las partes puedan solicitar pruebas que se encuentran en poder de la otra parte para poder utilizarlas a su favor. Esta figura constituye el mecanismo de auxilio mediante el cual las partes pueden solicitar a la autoridad que obligue a la parte contraria a entregar documentación o información que es relevante para su teoría del caso.

1.2 ¿Qué es el Discovery?

*“Discovery was an invention of equity. In a culture of what would today be described as trial by ambush [...]”*⁹

En un sistema jurídico en el que se litiga en muchos casos bajo un incorrecto concepto de lealtad procesal, se busca que la parte contrincante falle, pero no se busca ganar limpiamente, demostrando con pruebas fehacientes quien tiene la razón. El litigio ha derivado a una práctica ilógica de deslegitimar a la otra parte, en lugar de mostrar la legitimidad de los propios argumentos. La práctica procesal actual lleva a los abogados a crear estrategias y artimañas que confundan y mantengan información oculta a la otra parte, para así ganar una ventaja hacia un fallo favorable al final del proceso. Los procesos se convierten entonces en una carrera con el único objetivo de hacer tropezar a la parte contraria, y lo único que se ha logrado es desvirtuar el verdadero rol del abogado: Defender los intereses de su cliente por medio de estrategias transparentes y el uso de pruebas que demuestren la veracidad de sus argumentos.

El Discovery apareció en búsqueda de una cultura jurídica en la que se busque la verdad material. Es decir, que se busque en igualdad de condiciones el preciso

⁹ New Zealand Law Commission, *Reforming the rules of general Discovery*, Discussion paper 45, Wellington, 2001, p. 1 Traducción: “El Discovery fue un invento de la equidad, en una cultura que hoy se describiría como juicio por emboscada [...]”.

conocimiento de los hechos materia de litigio, sin importar las pretensiones de las partes. La verdad material se enfoca en la veracidad de los hechos, más no en la versión de los mismos desde la perspectiva de cada una de las partes. La verdad material busca descubrir todos los hechos, aún si con el requerimiento de documentos, no se beneficia a la parte que los entregó.

La verdad material deja de lado versiones, solo busca tener una versión única de los hechos, para con base en estos poder resolver a favor de una u otra parte. Durante un proceso, debería ser de gran interés para las partes que se pueda obtener toda la información que resultaría relevante durante el proceso para que las mismas puedan fundamentar sus argumentos. En lenguaje coloquial, esto implica poner todas las cartas sobre la mesa, y litigar con lealtad sobre los hechos tal y como son. La Oficina de Estadísticas Laborales de los Estados Unidos declaró en el 2009, que *un caso es solo tan fuerte como su evidencia*.¹⁰

Por otro lado, Roberto Jiménez Murillo, refiriéndose al derecho público, plantea una idea central a esta concepto de búsqueda de la verdad material, y es la primacía de los hechos sobre toda argumentación que las partes puedan realizar:

Los hechos son los que priman ante las simples argumentaciones. Los hechos deben ser materia de probanza y, en dicha etapa, ellos deben ser verificados antes que la autoridad administrativa tome una decisión en el caso concreto. Caso contrario, si los hechos no responden a los términos de la solicitud, pues simplemente se concluye que esta no acredita la veracidad necesaria que acredite el pronunciamiento favorable por parte de la entidad pública.¹¹

El Discovery consiste entonces en el derecho que tienen las partes para solicitar a través del tribunal que se entregue documentación que podría ser útil en un proceso y que se encuentra en posesión, poder o custodia de la otra parte. Este derecho pertenece a una institución jurídica que es ya una práctica común en los países anglosajones, y que de igual manera podría serlo en mundo civilista.

¹⁰ Elka María Torpey, United States Bureau of Labor Statistics, <http://www.bls.gov/opub/ooq/2009/spring/art02.pdf> (acceso: 18/04/2014).

¹¹ Roberto Jiménez Murillo, “Los principios de impulso de oficio y verdad material en el procedimiento administrativo”, *Revista Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, No. 67 (2011), pp. 203-204.

El derecho de una parte a pedir el auxilio del juez para la producción (Discovery) de un documento cuando la parte adversa se niega a presentarlo se halla reconocido en todas las jurisdicciones pero con diversa intensidad en los Estados Unidos, con gran amplitud y fortaleza; en el Reino Unido, con menor extensión e intensidad; y en los países romanístico-civiles, no existe o existe con tenue presencia.¹²

En este punto es importante realizar un análisis sobre las implicaciones del Discovery, es decir, ¿sobre que tipo de documentación se puede pedir Discovery? Para esto hago referencia por ahora a una de las secciones que al Código de Procedimiento Federal Americano, el cual establece lo siguiente:

(b) Parámetros de obtención y revelación y Límites. Salvo pendencia de un dictamen judicial imponiendo limitaciones conformes con estas reglas, el parámetro de obtención y revelación es el siguiente:

(1) En General. Las partes pueden obtener revelación (de documentos o información) respecto a cualquier materia que no sea privilegiada y que sea relevante para la reclamación o defensa interpuesta por cualquier parte, incluyendo la existencia, descripción, naturaleza, custodia, condición, sitio de cualesquiera libros, documentos, u otras cosas tangibles y la identidad y ubicación de personas con conocimiento sobre cualquier materia divulgable. Por causa mostrada, el tribunal pudiese exigir la divulgación de cualquier materia relevante al tema de un proceso. Información que sea relevante [a los fines de divulgación] no tiene que ser admisible en el juicio del caso si la divulgación aparenta ser razonablemente calculada para conducir a la divulgación de prueba admisible.”¹³

De este artículo surgen varios puntos que merecen detenimiento para ser analizados. En primer lugar, es importante notar la existencia de dos requisitos en cuanto a la revelación de la prueba. El primero es que este sea requerido a la otra parte con el objetivo de obtener información importante para la prueba a ser presentada en el caso, y el segundo es que sea relevante, lo cual no implica necesariamente que sea admisible, sino que pueda conducir a pruebas admisibles.¹⁴

El parámetro con el que se debe considerar la importancia de una prueba es que tenga un indicio de que conduzca a algo relevante, no necesariamente debe ser relevante *per se*. Es imposible pensar que al principio del litigio las partes puedan tener una lista taxativa de los documentos que van a requerir para sus pruebas, ya que éstas en muchos

¹² Ramón Mullerat. Prólogo a la obra de Pedro Martínez Fraga, *La obtención y revelación de documentos e información en e proceso civil estadounidense (“Discovery”) y su influencia en la convergencia de culturas jurídicas en el arbitraje internacional*.

¹³ Código de Procedimiento Federal. Estados Unidos de América. Norma 26 Sección (b)(1).

¹⁴ Pedro Martínez Fraga, *La obtención y revelación de documentos e información en el proceso civil estadounidense (“Discovery”) y su influencia en la convergencia de culturas jurídicas en el arbitraje internacional*. Revista Peruana de Arbitraje No. 8, (2009) p. 8.

casos se encuentran conforme de desarrolla el litigio. Se solicita una serie de documentos por medio del Discovery, no solo uno, pero lo más probable es que los solicitados no resulten suficientes.

Esta norma según lo expuesto por Pedro Martínez Fraga, tiene un punto muy válido a analizar: Si lo que se puede pedir, no tiene que ser *per se* relevante, sino que es suficiente que tenga un indicio que conduzca a algo relevante, entonces se convierte en una norma excesivamente flexible, lo cual deja un campo de acción muy abierto para los litigantes, o por el contrario, se convierte en una norma que legitime el abuso, y permita que se solicite una inmensa cantidad de documentos que generen costos y tiempo, y no lleven a nada en el proceso. Esto no solo que aumenta los costos del litigio, sino que podría llegar a desvirtuar el origen del Discovery, es decir, la búsqueda de un litigio más transparente, sin trabas ni trucos.

La pauta no puede ser más amplia y flexible. Una vez verificado el vínculo entre la materia solicitada y los asuntos enmarcados dentro de la demanda y la contestación, se convierte en un reto a la propia imaginación concebir qué información no puede ser susceptible de ser revelada bajo la pauta de la Norma 26 Sección (b)(1)¹⁵

El pensar que se pueden solicitar pruebas que en principio no son relevantes podría suponerse abusivo, pero se debe tomar en cuenta que la consideración de una posibilidad de llegar a algo relevante en un litigio puede significar la diferencia entre ganar o perder. Por supuesto que esta norma puede acarrear a que se den abusos, pero también se deben considerar los principios de buena fe bajo los que debe idealmente funcionar el proceso arbitral y el litigio en sí.

La técnica mal habida de solicitar más de lo que se requiere, con la esperanza de encontrar dentro de todo el paquete de documentación un indicio de algo que pueda servir como prueba para el proceso se conoce como “*fishing expedition*” o “expedición de pesca”. Esta expedición de pesca busca solicitar una gran cantidad de documentación para poder encontrar casi por coincidencia un documento relevante. Sin embargo, como bien lo señala Martínez Fraga, el hecho de que exista un carácter de relevancia dentro de la solicitud para cada documento hace que se limite esta figura de la expedición de pesca, es decir, el documento solicitado debe ser relevante, o bien debe tener un indicio de conducir

¹⁵ *Ibíd.*

a una prueba relevante. Y si no lo es, pues entonces no se podrá solicitar dentro del Discovery, ya que se desvirtuaría el principio de celeridad procesal característico del arbitraje.¹⁶

Con esto nos adentraremos a estudiar los principios del derecho que rigen esta figura procesal del Discovery.

1.3 Principios que rigen el Discovery.

Los principios generales del Derecho, para comenzar, tienen un origen debatido entre las corrientes positivistas y las corrientes iusnaturalistas. Los positivistas establecen que los principios generales del Derecho surgieron como una especie de reflejo de las normas positivas ya establecidas, es decir, que son una generalización de las normas que conllevan un principio que sirve para llenar los posibles vacíos legales que dichas normas puedan tener. Por otro lado, los iusnaturalistas defienden la posición de que los principios generales del Derecho son de origen del Derecho natural, y que por lo tanto no emergen de las normas, sino de la naturaleza del ser mismo.¹⁷

Mi posición en dicho debate se inclina más hacia el positivismo, pues considero que los principios generales del Derecho surgen como reglas que se han formado por el efecto secundario de la creación normativa. Los principios generales del Derecho tienen la particularidad de convertirse en un fundamento normativo, pues no solo que son una fuente de Derecho, sino que abarcan conceptos de gran importancia que complementan el sentido de las normas.

El Discovery de igual manera, tiene fundamento en principios generales del Derecho que son complemento de sus normas, pero además, son principios que hacen que esta figura guarde los mismos lineamientos del arbitraje. Es esta la razón por la que es importante realizar un estudio sobre algunos de los mismos:

¹⁶ Marcela Rodríguez Mejía, *Medidas Cautelares en el Procedimiento Arbitral*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p.45.

¹⁷ Sonia Esperanza Rodríguez Boente, *Los principios generales del Derecho*, Universidad de Santiago de Compostela, 2008, p. 8.

1.3.1 Autonomía de la voluntad.

El principio de autonomía de la voluntad a mi parecer debe ser el primero de los principios a estudiarse, puesto que una de las características primordiales del arbitraje es que es voluntario. Una parte no puede someterse al arbitraje a la fuerza, sino que mediante un convenio mutuo con la otra parte acepta someterse al mismo. Tan importante es este principio, que en la cláusula o en el convenio arbitral las partes son las que deciden las características mismas del arbitraje, como el derecho aplicable, si es administrado o *ad-hoc*, quienes serán los árbitros, los plazos, etc.

[...]La autonomía de la voluntad es el principio informador básico en el arbitraje limitado únicamente por el respeto a los principios constitucionales[...]¹⁸

Mallandrich Miret plantea además, la importancia de la manifestación de la voluntad como determinante de la existencia de un proceso arbitral, ya que se parte de una decisión de acudir al arbitraje, sobre una determinada relación jurídica, exista o no un conflicto. Esta decisión abarca también la exclusión de los tribunales ordinarios como órgano de resolución de controversias. De esta forma se entiende entonces que “el convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria.”¹⁹

Tomando en cuenta, que este principio de autonomía de la voluntad es una herramienta que permite a las partes participar en el proceso arbitral con extrema flexibilidad, es importante la existencia de ciertos límites. Estos límites configuran garantías para las partes, pues así se exige que se respete el principio de igualdad entre las partes y que no se den abusos resultantes de determinados ejercicios de poder.

Los pilares conceptuales del arbitraje comercial internacional pueden resumirse en la protección del pacto arbitral, la preservación de la autonomía de la voluntad de las partes, y la efectividad del laudo.²⁰

El alcance de la autonomía de la voluntad de las partes está delimitado por tres factores principalmente: En primer lugar, es importante tomar en cuenta que existen leyes

¹⁸ Núria Mallandrich Miret, *Medidas Cautelares y Arbitraje*, España: Editorial Atelier, 2010, p. 169.

¹⁹ Art. 7 Ley de Arbitraje y Mediación. Publicada en el Registro Oficial 417 del 14 de Diciembre de 2006.

²⁰ Fernando Mantilla Serrano, *La Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Madrid: Iustel, 2005, p. 29.

que regulan los procesos arbitrales, y normas de carácter imperativo que deben ser acatadas por las partes tal y como son. En segundo lugar, debe respetarse el principio de igualdad y contradicción, lo cual asegura que la voluntad de las partes pueda expresarse de manera que ambas partes puedan hacer valer sus derechos. Y en tercer lugar, el límite de la autonomía de la voluntad es el orden público.²¹

Martha Gonzalo Quiroga en base a este planteamiento establece que la institución arbitral ha logrado obtener un equilibrio entre la voluntad de las partes y la seguridad jurídica, sobretodo en materias relativas a la arbitrabilidad y hace especial énfasis en el dominio del Derecho aplicable al fondo de la controversia, puesto que son campos muy protegidos por el orden público:

Precisamente, la institución arbitral ha conseguido ampliar su propia autonomía penetrando en materias intervenidas por el orden público internacional de un Estado porque se ha mostrado capaz de mantener un equilibrio entre la voluntad de las partes y la seguridad jurídica.²²

Por lo tanto, este principio es extremadamente relevante dentro del arbitraje y por ende también debe serlo para el Discovery, pues es una “regla más del juego”. El hecho de que sean las partes las que deciden someterse al arbitraje, hace que a la vez decidan someterse a todas las reglas que vienen con este método de solución de conflictos. De esto que exista un cuestionamiento sobre la existencia de un método de solución de conflictos que no sea otorgado ni administrado por el poder público.

Este principio hace una clara alusión a la libertad individual que tiene cada sujeto para poder decidir sobre los negocios jurídicos que realiza. En el arbitraje, la voluntad de las partes es una de sus características más esenciales, por lo que el Discovery debe seguir el mismo parámetro. La autonomía de la voluntad permite que en el arbitraje las partes sean las que establezcan las reglas, con una gran flexibilidad y creatividad, sin embargo, es posible mientras no vulnere sus límites, sobretodo el orden público.

De hecho, con carácter general, se ha llegado a afirmar que en la actualidad, la única amenaza al amplio reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad,

²¹ Núria Mallandrich Miret, *Medidas Cautelares y Arbitraje*, Barcelona Ateller: Libros, 2010, p 61.

²² Martha Gonzalo Quiroga, *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial: (arbitrabilidad y derecho aplicable al fondo de la controversia internacional)*, Madrid: Librería-Editorial Dykinson, 2003, p.161.

como principio [...], es el orden publico²³

1.3.2 El principio de igualdad.

El principio de igualdad por otro lado, también resulta esencial para el proceso arbitral y para el Discovery específicamente, pues implica que durante cada etapa del proceso, ambas partes se encuentren en las mismas exactas condiciones, de manera que no se pueda obtener una ventaja sobre la otra.

Además, este principio no solo busca la igualdad entre las partes, sino la igualdad en el trato que dan los árbitros a las mismas. En este sentido se puede considerar que no solo es un principio rector del proceso, sino que de cierta manera, se convierte en un mandato para los árbitros.

Con respecto al principio de autonomía de la voluntad, que tiene mucha relación a este principio, se ha establecido que dicha autonomía no podrá impedir que se ejerza el derecho de igualdad con respecto a la otra parte dentro del litigio.

La regla general en Derecho Procesal es que el órgano judicial debe mantenerse en una posición de neutralidad y tratar a ambas partes por igual (lo que, en parte, deriva del principio de contradicción). Así pues, el principio de igualdad de partes supone que éstas se encuentran en una posición sustancialmente idéntica, ostentando las mismas facultades y cargas.²⁴

Es impensable considerar que a nombre del principio de voluntad de las partes se de un trato preferencial a una de las partes, sobretodo si se toma en cuenta que al someterse al arbitraje, que fue la primera manifestación de voluntad realizada, las partes aceptaron acudir a un sistema de solución de conflictos que está caracterizado por ser, en la mayoría de casos, más equitativo y transparente que la justicia ordinaria. Bernardo Cremades, refiriéndose a la legislación arbitral española, establece lo siguiente en relación al principio de igualdad.

El principio de igualdad excluye que una parte sea tratada de manera preferente frente a la otra, debiendo contar ambas partes con igualdad de oportunidades de alegación,

²³ P. Nygh, *The Choice of Forum and Laws in International Commercial Arbitration*, Sydney: Kluwer Law International, 1997, p. 24.

²⁴ Antonio Álvarez del Cuvillo. Apuntes de Derecho Procesal. Tema 3 Las partes procesales, 2008. ocw.uca.es/mod/resource/view.php?id=1365 (acceso: 15/04/2014).

prueba e impugnación de las decisiones que pueda adoptar el árbitro. Igualdad en el procedimiento, significa igualdad de armas para hacer valer sus pretensiones.²⁵

Este principio se convierte entonces la garantía de que las partes en el proceso van a encontrarse en una igualdad de condiciones, de manera que les permita debatir sus pretensiones por medio de la estrategia que quieran. El único presupuesto que requiere este principio es que ambas partes tengan las mismas oportunidades y condiciones durante el proceso. La ley española establece que *deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.*²⁶

En relación al Discovery, este principio de igualdad se refleja en cuanto a que las partes tienen el mismo derecho de solicitar revelación de pruebas. El tribunal arbitral debe concederles los mismos derechos de tal forma que se les permita obtener la información requerida en el plazo indicado, para que de esta manera puedan fundamentar sus argumentos. El Discovery es una herramienta que busca que se pueda lograr tener una mejor calidad del litigio, por lo tanto, el deber de los árbitros es permitir que el Discovery se lleve de tal forma que las partes puedan recabar en igualdad de condiciones la información que va a permitir una mejor argumentación por parte del actor y el demandado.

Bajo este principio, el tribunal no podrá dar un trato preferencial a ninguna de las partes, sino que debe darse un trato transparente y equitativo, para de esta forma lograr tener un proceso justo, que no esté en contra del debido proceso. La Constitución de Montecristi establece en el artículo 76, dentro de las garantías lo siguiente:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
 - c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

Esto por lo tanto, hace que el principio de igualdad no solo sea un deber del árbitro, por ser éste un principio general del Derecho, y por ser una característica del arbitraje, sino

²⁵ Bernardo Cremades, *El arbitraje en la Doctrina Arbitral Española*, Revista Lima Arbitration No. 1, 2006, p. 200.

http://www.limaarbitration.net/LAR1/bernardo_m_cremades.pdf el 19 de septiembre de 2013.

²⁶ Ley de Arbitraje. Artículo 24.1, España.

que además ha sido elevado a un principio y una garantía constitucional, y por lo tanto deberá ser aplicado sobre cualquier otro principio que haga conflicto con el mismo. Se deberán ponderar los derechos de tal forma que primen aquellos colectivos sobre individuales.

1.3.3 El principio de celeridad.

Celeridad ha sido definido por la Real Academia de la Lengua Española como “*prontitud, rapidez, velocidad*”²⁷, lo cual define otra de las características del arbitraje, ya que en este tipo de procesos se establecen plazos para evitar recaer en los largos tiempos que toma resolver un caso por medio de justicia ordinaria. El arbitraje busca procesos más rápidos que no sean entorpecidos por la burocracia del sistema, por lo que establece plazos para cada etapa del proceso. El hecho de que la ley establezca un plazo en el que se debe desarrollar y dictar un laudo, no solo da seguridad jurídica, sino que obliga a las partes a organizarse y a preparar cada etapa del arbitraje.

Nuestra Ley de Arbitraje y Mediación establece un plazo máximo dentro del cual deberá expedirse un laudo:

Una vez practicada la audiencia de sustanciación y declarada la competencia del tribunal, éste tendrá el término máximo de ciento cincuenta días para expedir el laudo.

El término podrá prorrogarse, en casos estrictamente necesarios, hasta por un período igual, ya por acuerdo expreso de las partes, ya porque el tribunal lo declare de oficio.²⁸

La esencia de este principio es buscar mantener una secuela de actos procesales llevados a cabo de manera eficiente y veloz, y que a su vez respete todas las garantías de las partes. Vicente Puppio menciona en su tratado de Teoría General del Proceso, que el principio de celeridad es “[...]un reflejo de la colaboración que deben prestarse las partes en el impulso del litigio[...], el valor del tiempo en el proceso se concreta en que se haga justicia oportuna y efectiva[...]

”²⁹

²⁷ *Celeridad*. Real Academia Española, 22da. Edición.

²⁸ Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 25, publicada en el Registro Oficial 417 del 14 de Diciembre de 2006.

²⁹ J. Vicente Puppio, *Teoría General del Proceso*, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1995, p. 183.

En referencia a esta reflexión, es importante tomar en cuenta que el litigar por medio de arbitraje normalmente tiene un costo mayor a litigar en la justicia ordinaria, sin embargo, existe un costo de oportunidad a considerar: El arbitraje si bien tiene un costo considerablemente más elevado, tiene algunas ventajas como plazos más cortos, experiencia de los árbitros en la materia, y cierta seguridad de que los mismos van a realizar un laudo basado en hechos, es decir de manera imparcial, lo cual es más difícil de obtener en un sistema de justicia ordinaria. En este caso, a pesar de que la Constitución de Montecristi establece que el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva es gratuita, en el arbitraje tanto la justicia como la tutela judicial efectiva si tiene un precio.³⁰

La importancia del principio de celeridad, es que está extremadamente ligado a la tutela judicial efectiva, la cual busca en parte que el proceso se resuelva en un tiempo razonable, puesto que aún si obtiene un fallo a favor, pero ha pasado demasiado tiempo, existe un daño, y una vulneración al principio de tutela judicial efectiva. El Discovery debe evacuarse también dentro de este concepto, de otra forma se extenderían los plazos establecidos, y se distorsiona esta característica de celeridad, típica del arbitraje. Además, el Discovery busca facilitar a las partes el litigio, no complicarlo más, por lo que entorpecer la entrega de documentación a la otra parte resultaría una corrupción del sistema arbitral y del objeto del Discovery.

1.3.4 El principio de Buena Fe

El último principio al que haré mención en este capítulo es la buena fe, sin implicar esto que los principios mencionados sean todos los principios que aplican al Discovery.

La buena fe es un concepto jurídico indeterminado que conlleva un deber de lealtad o si se lo puede llamar probidad, el cual se busca que una persona cumpla los parámetros que se han establecido como moralmente correctos. En los procesos se espera que las partes actúen con buena fe, es decir, que actúen con el mejor criterio de lealtad procesal durante cada una de las etapas del arbitraje.

³⁰ Constitución de la República del Ecuador. Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

El Código Civil ecuatoriano contiene dos artículos en especial que hacen referencia a la buena fe y que a pesar de referirse a una materia específica nos dan parámetros que resultan muy válidos y utilizables para definir este concepto jurídico:

Art. 721.- 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*[...]

Art. 722.- *La buena fe se presume*, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria.

En todos los demás *la mala fe deberá probarse*³¹

En primer lugar este artículo nos da la pauta de que la buena fe conlleva una actitud de legitimidad, que debe estar exenta de fraude y cualquier otro vicio. Es decir, que se espera que las partes actúen con la mayor transparencia posible, pues el objetivo es lograr tener un laudo justo, basado en la verdad de los hechos. Y en segundo lugar, el artículo 772 indica que la buena fe se presume, por lo que si existe mala fe deberá ser probada ante los tribunales. La presunción de buena fe es una de las garantías de las partes procesales, pues sería imposible legitimar cada uno de los actos y documentos que se presenten en un proceso argumentando posible mala fe.

El principio de buena fe significa que cada uno debe guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella, ya que ésta forma la base indispensable de todas las relaciones humanas; supone conducirse como cabría esperar de cuantos con pensamiento honrado intervienen en el tráfico como contratantes o participando de él en virtud de otros vínculos jurídicos.³²

La buena fe es además, un elemento contractual, con el que se cuenta tácitamente para poder considerar un acuerdo transparente que conlleve a un negocio jurídico fructífero. En el arbitraje de igual manera, la buena fe es un elemento que se presume existente, y con el cual tanto el tribunal como la otra parte obtienen cierta seguridad de que no existe algún tipo de fraude en el proceso ni ocultación de documentos.

Este punto específico en el Discovery es muy importante, porque para que se pueda llevar a cabo este descubrimiento de pruebas, se requiere una completa colaboración de la parte que las tiene en posesión, y para esto se entiende que está actuando con buena fe, y

³¹ Código Civil Ecuatoriano. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de Junio de 2005.

³² Gustavo Ordoqui Castilla, *Buena fe en los contratos*, Buenos Aires: Editorial Reus, 2011, p. 55.

que va a entregar lo solicitado para poder seguir adelante con el proceso.

La única manera de poder lograr obtener un proceso transparente, en el que se hayan evacuado las pruebas correctamente y respetando los principios de igualdad y celeridad, es que exista una actitud de buena fe en cada una de las etapas del proceso, tanto de la parte demandante como de la demandada.

1.3.5. Extrapolación del Discovery por medio de principios generales del Derecho.

Los principios generales del Derecho, al tener un rango de aplicación tan amplio en un proceso, hacen que el Discovery, a pesar de pertenecer a un sistema jurídico distinto, se pueda apegar por medio de estos principios al sistema civilista. Los principios generales del Derecho suelen tener una característica universal, por lo que facilitaría la extrapolación de esta figura a cualquier sistema jurídico.

El Discovery es un método de obtención de pruebas que no se encuentran a fácil acceso, por lo que si se respetan los principios generales del Derecho, y no se contraponen a algún derecho, es plenamente factible obtener los documentos necesarios para poder fundamentar mejor las pretensiones de cada una de las partes, y de esta forma lograr obtener un laudo más apegado a la verdad y que sea mejor motivado.

Además, es importante tomar en cuenta que la aplicación del Discovery presupone una inclusión de una figura al arbitraje, no una eliminación ni un cambio sobre la forma de manejar el proceso arbitral. Es una herramienta de apoyo tanto para las partes como para el tribunal, que si se utiliza respetando los principios generales del Derecho será de gran ayuda, y será un pasó más para la evolución del arbitraje nacional.

Capítulo 2.

Sobre el Discovery

2.1. El Discovery como herramienta procesal.

El Discovery a al ser una etapa preprocesal en la que mediante la ayuda del tribunal arbitral se pueden conseguir pruebas que no están al alcance de las partes por medio de métodos comunes, es también una etapa que ayuda a las partes a entender más el terreno sobre el que van a litigar y les ayuda a preparar los argumentos con los que van a defender sus criterios. En este sentido, el Discovery es una herramienta muy importante para tener clara la documentación con la que se va a litigar, evitar la probabilidad de futuras las sorpresas en el proceso, y es de gran utilidad para dirigir a las partes hacia sus verdaderos puntos argumentativos.³³

Muchas veces las partes en los procesos tienen pretensiones que responden a la ira del momento y que no son en realidad lo que esperan, por lo que el Discovery, es también una herramienta de gran valor al ayudar a las partes a posicionarse en sus argumentos y pretensiones. Una vez que las partes obtienen las pruebas solicitadas, la pretensión original puede cambiar, e incluso las partes al tener la evidencia clara, pueden llegar a un acuerdo.³⁴ Si esto no es una opción, por lo menos han logrado recolectar las pruebas necesarias para poder litigar limpiamente desde un inicio.

[...]Las partes pueden exigirse la entrega de pruebas o declaraciones mediante las que se pretende, a modo de ensayo general de la prueba ante el tribunal, eliminar sorpresas y clarificar la causa del proceso e incluso hacer ver a las partes de que deben desistir en su demanda o allanarse. De esta manera se fomentan los acuerdos y se evita en muchos casos la celebración del juicio, con la consiguiente reducción de la carga de trabajo de los tribunales y los costes de las partes.³⁵

Si se toma el Discovery como una herramienta para obtener pruebas y aclarar hechos, es entonces también una herramienta para poder negociar y desescalar conflictos. Aunque al contrario, también podría servir para escalarlos más, pero en ese caso, de todas

³³ Brian Nelson, *Law and Ethnics in Global Business: How to integrate law and ethnics into corporate government*, New York: Taylor and Francis Books, 2005, p. 224.

³⁴ Ivan Miláns del Bosch Portolés, *El Pre-Trial Discovery of documents en los litigios internacionales*, Legal Today. http://www.legaltoday.com/practica-juridica/supranacional/american_law/el-pre-trial-discovery-of-documents-en-los-litigios-internacionales, el 20 de octubre de 2013. (acceso: 1/11/2013).

³⁵ *Ibíd.*

formas ya estaba planteada la idea de seguir adelante con el arbitraje. La negociación en la que se llega a un acuerdo, aunque podría servir en determinados casos, en mi manera de ver, es poco probable, ya que una vez demandada la otra parte, el ánimo de llegar a un arreglo es poco, o inexistente.

Ninguno [...] puede evadir la realidad de las emociones. Estas pueden anular la posibilidad de llegar a un acuerdo acertado. Pueden convertir una relación cordial en una querrela prolongada en la cual todos terminen lastimados, y pueden dar al traste con cualquier esperanza de un arreglo justo[...]³⁶

Sir Jack Issac Hai Jacob, dijo que el proceso del Discovery es un instrumento poderoso que produce justicia, apertura e igualdad en la misma. Y dijo que este mecanismo permite a cada parte estar informada o estar en capacidad de ser informada sobre todo el material de evidencia relevante, el cual aseguraría en lo posible que no existan sorpresas antes o durante el juicio.³⁷

Behind the [...] discovery system is the notion that trials are vehicles for getting to the truth of the matter and discovery is calculated to avoid unfair surprise or trial by ambush.³⁸

Por otro lado, el Discovery también permite a las partes conocer sobre sí mismas, ya que al revelar la información, se descubre muchas de las fortalezas y debilidades de las partes y de sus respectivas líneas argumentativas. Esto causa que se de igualdad entre las partes, ya que una vez presentadas las pruebas, las partes inician el arbitraje sin documentos ni pruebas escondidas, solo con los hechos y las pruebas reveladas. David Mackie indica que esto causa que las partes se sugestionen hacia llegar a un acuerdo, o a su vez acortar los tiempos del arbitraje y llegar a un laudo de manera rápida.³⁹

2.2 ¿En qué tipo de legislaciones se ha aplicado?

³⁶ Roger Fisher, *Las emociones en la negociación*, Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2007, p. 3.

³⁷ Sir Jack, Jacob. *The Hamlyn Lectures: The Fabric of English Civil Justice*, Londres: Sweet & Maxmell Ltd, 1994, p.5.

³⁸ Peter Sullivan, *Harmonizing the Civil and Common Law Traditions in Prehearing Document Disclosure in Commercial Arbitration*, <http://www.hugheshubbard.com/ArticleDocuments/Civil%20and%20Common%20Law%20Traditions.pdf>, (acceso:10/01/2014) Traducción libre: Detrás del sistema del Discovery, está la noción de que los litigios son vehículos para llegar a la verdad de los hechos y el Discovery está diseñado para evadir sorpresas o juicios por emboscada.

³⁹ David Mackie, *Discovery in Commercial Litigation, Essays on "Access to Justice"*, Oxford: Clarendon Press, 1995.

El Discovery se ha aplicado en el países con common law y también en países que funcionan bajo el *civil law* o derecho continental.⁴⁰ Sin embargo, debido a las raíces y a la práctica establecida en cada uno de ellos, el resultado puede ser diferente. Lo cual es entendible puesto a que cada ordenamiento jurídico y el estilo de litigación de los abogados responde a sus tradiciones y a su cultura jurídica.

Ramón Mullerat, en el prólogo al artículo *Síntesis de culturas jurídicas en la divulgación y toma de pruebas en el derecho privado procesal del arbitraje internacional. ¿Nos queda remedio?*, de Pedro Martínez-Fraga, hace referencia a la diferencia que existe en la práctica de los abogados de los distintos sistemas diciendo que: “en Inglaterra un abogado es expulsado del colegio de abogados si no facilita el Discovery, mientras que en Francia es expulsado del colegio si lo facilita”⁴¹

Esta humorística referencia de Mullerat muestra un reflejo de que la cultura jurídica de cada país influencia la aplicación del Discovery, su desarrollo, sus límites, y su forma. Mientras los abogados del *common law* tienen una práctica más colaborativa y de buena fe, los abogados del derecho continental tienen una práctica de litigio más reservada que intenta sorprender con estrategias a último momento.

2.2.1 El Discovery en los sistemas del *Common Law* y Civilista:

2.2.1.1 Sobre el objeto del arbitraje:

En primer lugar, es importante establecer qué es lo que se busca mediante el Discovery en los sistemas del *common law*. Por un concepto de cultura jurídica, lo que se busca en los procesos en general es obtener una verdad material, es decir, obtener la mejor claridad de los hechos posible. Es un sistema que funciona mediante la colaboración de las

⁴⁰ Peter Sullivan, *Harmonizing the Civil and Common Law Traditions in Prehearing Document Disclosure in Commercial Arbitration*, <http://www.hugheshubbard.com/ArticleDocuments/Civil%20and%20Common%20Law%20Traditions.pdf>, (acceso: 10/01/2014).

⁴¹ Pedro Martínez Fraga, *La Obtención y Revelación de documentos e información en el proceso civil estadounidense (“Discovery”) y su influencia en la convergencia de culturas jurídicas en el arbitraje internacional*. Universidad de Alcalá de Henares, Madrid: Universidad de Alcalá de Henares. Servicio de Publicaciones. 2007. p. 2.

partes para que se pueda llegar a obtener precisión sobre los hechos del caso.⁴² Este es un punto muy importante, ya que la colaboración de las partes resulta un instrumento esencial para lograr el objetivo de justicia que se persigue el arbitraje.⁴³ Incluso, el hecho de que las partes puedan tener un contacto más cercano con el Tribunal hace que exista una colaboración para lograr un arbitraje efectivo. Gil Echeverri, dice que “[...] la interacción de los árbitros con las partes es permanente, lo que sin duda lleva más fácilmente a la verdad. Los árbitros decretan y practican directamente las pruebas, con la colaboración de las partes y sus apoderados, lo que redundará a favor de la lealtad procesal”⁴⁴

El objetivo del arbitraje para un tribunal dentro del *common law*, es determinar la exactitud de los hechos, y averiguar la verdad. Obviamente se incluye el concepto de justicia, pero más que tener un papel de guía en el proceso, lo que hacen los árbitros es preocuparse por obtener la mayor claridad posible sobre los hechos y averiguar la realidad, para en base a esto resolver a favor de una u otra parte en el laudo.⁴⁵

En base a esto, entonces el papel que tiene el Discovery en arbitrajes dentro de países del *common law* implica obtener todos los documentos necesarios y descubrir aquellos que no se hallan al alcance de una de las partes, pero que son de su interés, para de que esta forma el tribunal pueda tener claros los hechos y resolver.⁴⁶ No se trata únicamente de una solicitud de documentos con el fin de probar que tales documentos demuestran un argumento a favor de uno u otro, sino, de llegar a la verdad material del caso. Además, esto de cierta manera, y sin implicar que los árbitros se salgan de sus funciones, otorga facultades más amplias para el tribunal, pues harán lo posible o lo necesario por obtener un conocimiento real de los hechos.⁴⁷

⁴² Sebastián Coulon Bauer, *Discovery Arbitral, Procedencia y alcance de su aplicación en arbitrajes comerciales internacionales con sede en Chile*, http://www.academia.edu/4643021/El_Discovery_Arbitral_Procedencia_y_alcance_de_su_aplicacion_en_Arbitrajes_Comerciales_Internacionales_con_sede_en_Chile# (acceso: 11/11/2013).

⁴³ Rafael Bernal Gutiérrez, Yves Derains y Fernando Mantilla Serrano, *Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, , 2010, pp. 116-117.

⁴⁴ Gil Echeverri, J.H. *Curso práctico de arbitraje*. Colombia: Editorial Librería del Profesional, 1993, p.14.

⁴⁵ José Astigarra, *La aportación de documentos, Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010, p. 117.

⁴⁶ Rafael Bernal Gutiérrez, Yves Derains y Fernando Mantilla Serrano, *Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 116-117.

⁴⁷ *Ibíd.* p. 115.

The technique of playing the cards close to the vest and hoping by surprise or maneuver at the trial to carry the day, whether or not right and justice lies on the side of one's client, won't be tolerated. It was and is great sport, but hardly defensible as a system for determining causes according to truth and right. In pretrial procedure, made effective through a precedent broad discovery practice, lies the best answer yet devised for destroying surprise and maneuver as twin allies of the sporting theory of justice. [...] Pretrial discovery and pretrial conference procedures can truly be employed as a scalpel to lay bare the true factual controversy.⁴⁸

La función del arbitraje en un sistema civilista, a diferencia de en el *common law*, es obtener una resolución eficiente del conflicto. Esto no significa que no se busque hacer justicia, sino que los árbitros tienen el papel de guiar las partes hacia una resolución eficiente del conflicto. Incluso, la ley de Arbitraje y Mediación establece que “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.”⁴⁹

En los sistemas civilistas, por cultura jurídica, las partes buscan que se resuelva a su favor, mediante una constante creencia en la búsqueda de la verdad jurídica. Esto no quiere decir que se usa la mentira, sino que es una verdad parcializada hacia una de las partes. Es la verdad buscada desde el punto de vista del abogado que defiende su parte con un argumento jurídico, por lo tanto, aunque es cierta, no es una verdad material.⁵⁰ Gonzalo Stampa dice que “la prueba es un instrumento fundamental con que las partes disponen para conseguir que, un hecho supuestamente verdadero, devengue en un elemento de convicción para el decisor y así transformarse en una verdad dentro del proceso”⁵¹

La verdad jurídica es [...] una verdad actualmente irrefutable, esto es, independiente de aquello que de hecho sucede, y es refutable, sólo jurídicamente, con arreglo a un diverso

⁴⁸ Roger Haydock, et Al., *Fundamentals of Pretrial Litigation*, West Publishing Company, USA, 1985, § 4.1, citado en Sullivan, Peter, *Harmonizing the Civil and Common Law Traditions in Prehearing Document Disclosure in Commercial Arbitration*, <http://www.hugheshubbard.com/ArticleDocuments/Civil%20and%20Common%20Law%20Traditions.pdf>, (acceso:10/01/2014) Traducción libre: La técnica de mantener las cartas para uno mismo y esperar que por sorpresa se gane el proceso, sea haya hecho justicia o no para el cliente, no será tolerada. Era y es un gran deporte, pero es difícilmente defendible en un sistema que determina causas de acuerdo a la verdad y lo que es correcto. En procedimientos pre-judiciales, gracias a la amplia práctica del discovery, se encuentra la mejor herramienta para destruir el fenómeno de la sorpresa y la maniobra como aliados de la justicia deportiva. El discovery y los procedimientos previos a juicio pueden ser empleados como bisturí para dejar al desnudo los hechos de la controversia.

⁴⁹ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 23. Publicada en el Registro Oficial 417 del 14 de Diciembre de 2006.

⁵⁰ Michelle Taruffo, *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, 2008, p. 63.

⁵¹ Gonzalo Stampa, *Discovery Arbitral*, Madrid: Colex, 2011, p. 36.

reconocimiento o interpretación del sentido de la norma designada, o bien con arreglo a otra norma en conflicto con la anterior y asumida como vigente.⁵²

Hasta cierto punto, en los sistemas civilistas aplica mucho el dicho “*Hecha la ley, hecha la trampa*”⁵³ Es decir que los abogados del sistema civilista siempre encuentran una manera de interpretar la ley, o aplicar la misma a su favor, sin que los hechos cambien. Por lo tanto, aunque la verdad material sea una, la verdad jurídica puede ser vista desde la perspectiva de aplicación de cada una de las partes. Además, es importante considerar que esto se da en parte por la inadecuada forma de creación de leyes y la poca preparación de los legisladores, pues hacen leyes que en muchos casos dan opción a distintas interpretaciones, con lo cual cada una de las partes interpretará a su beneficio la norma, sin tener un claro y evidente sentido de cual fue el espíritu del legislador. Esta aplicación con perspectivas al beneficio de cada uno, en lugar de la búsqueda de la verdad material, es lo que el arbitraje y el Discovery pretenden eliminar.

2.2.1.2 Sobre la carga de la prueba:

Se podría considerar que el Discovery tiene un efecto particular sobre la carga de la prueba, puesto que a pesar de que existe el principio procesal de que “el que alega prueba”⁵⁴, cuando se aplica el Discovery y se solicitan documentos, en ocasiones ocurrirá que la parte que deba entregarlos sea la que básicamente está probando la prueba de la parte contraria. Si bien, cada parte interpretará o usará los documentos entregados por medio del Discovery a su manera, la parte contraria ha facilitado ya mucho con haber entregado la documentación. Esto en materia penal se consideraría una violación al principio de no incriminación. Sin embargo, no es un principio que en nuestra legislación civil aplique, por lo tanto no existe dicha prohibición legal al entregar documentación que podría perjudicar a la parte.⁵⁵

En cuanto a la asistencia que da el tribunal a las partes con el Discovery, existe una diferencia entre la concepción del deber de los árbitros en los dos sistemas. En el *common*

⁵² Luigi Ferrajoli, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, México: Distribuciones Fontamara, 2008. P. 36.

⁵³ Juan Salanova, *Diccionario de Dichos y Frases Hechas*, España: Casa El Molino, 2010, p. 102.

⁵⁴ Código de Procedimiento Civil. Art. 114. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 58, del 12 de Julio de 2005.

⁵⁵ José Astigarra, *La aportación de documentos, Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010, p. 118.

law, los árbitros tienen un rol mucho más involucrado, ya que es de su interés llegar a una verdad material de los hechos. Por lo tanto, usarán sus potestades para lograr un efectivo Discovery para ese fin. Mientras que en el *civil law*, los árbitros tienen facultades más limitadas, y se ciñen a las facultades otorgadas por ley y por las partes. Tienen un espíritu de dirigir, pero no de buscar la verdad material como fin último. Y a pesar de que mediante una diligencia para mejor proveer pueden involucrarse más para poder llegar a la verdad, no es muy frecuente el accionar de los árbitros de oficio con este objetivo.

Los modernos Códigos Procesales han reemplazado el viejo principio del juez, pasivo espectador del debate que ante él se verifica, para reemplazarlo por el de un *juez permanentemente incorporado a la actividad y al devenir de la misma*.

[...]En el ámbito de la iniciativa probatoria, la situación es clara: todos los ordenamientos modernos imponen al juez la tarea de decretar las pruebas que estimen pertinentes, DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO.⁵⁶

Las potestades de los árbitros conferidas por ley están determinadas por la *Lex Arbitri*, que es la ley aplicable del lugar donde se lleva a cabo el arbitraje, y es la que gobierna el mismo.

The law governing the arbitration, as a unique set of contractual obligations, is most often called the “*lex arbitri*”. The *lex arbitri* is sometimes characterized as the “procedural” law governing the arbitration, and it’s true that it will often address procedural issues. However, the *lex arbitri* may also address other issues, such as formal validity.⁵⁷

2.3 ¿Cuáles son las reglas generales que aplican a esta figura procesal?

El Discovery tiene un cierto procedimiento a seguir dentro del arbitraje. Es una especie de proceso pre-juicio, ya que involucra algunas etapas e incluso hasta impugnaciones y peritajes, lo cual en ocasiones podrá causar que se prolongue el tiempo previsto para el arbitraje.

⁵⁶ Jorge Flisfisch, et Al., *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Tomo LXXXVIII, Santiago de Chile : Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 78.

⁵⁷ Joseph Morrissey. *International Sales Law and Arbitration: Problems, Cases and Commentary*. Holanda, Kluwer International Law, 2008, p. 333. Traducción libre: La ley que gobierna el arbitraje, como un conjunto único de obligaciones contractuales, se llama comúnmente “*lex arbitri*”. La *lex arbitri* es en ocasiones caracterizada como la ley procedimental que gobierna el arbitraje, y es cierto que está dirigida a temas procedimentales. Sin embargo, también puede tratar otros temas, como validez formal.

Las reglas que rigen el Discovery, al igual que a los arbitrajes, provienen de muchas fuentes, dependiendo de factores como, la *lex arbitri*, la institución que administre el arbitraje, y la voluntad de las partes, por lo tanto para poder obtener parámetros comunes sobre el procedimiento del Discovery, se debe hacer referencia a varias de ellas.

Like many aspects of the law governing arbitration, the *rules governing discovery are intentionally vague*. Like all aspects of the law governing arbitration, to answer a specific question about discovery in a specific arbitration, the parties must look at 1) the arbitration clause itself; 2) the rules governing the arbitration itself[...] and then 3) whatever statute governs the arbitration[...] That said, none of these rules will matter nearly as much as what the arbitrator thinks.⁵⁸

La International Bar Association (IBA) creó un manual de reglas sobre la práctica de pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional, con el objetivo de regular de forma eficiente la práctica de pruebas entre países de una distinta tradición jurídica. A pesar de que las reglas IBA se apliquen únicamente cuando el Tribunal arbitral haya resuelto su utilización, resulta importante hacer referencia a ellas por su inmensa utilidad en el proceso de comprensión sobre el funcionamiento del Discovery. Según este manual se puede observar las siguientes etapas para la exhibición documental, posteriores a la presentación de la solicitud arbitral (demanda), su calificación, citación y contestación de la parte demandada, con lo cual se traba la litis⁵⁹, esta etapa es conocida como etapa pre-juicio.⁶⁰

2.3.1. La Solicitud de Exhibición de Documentos.

El tribunal arbitral dentro de un plazo establecido, y respetando los principios de igualdad, y celeridad, permitirá a las partes, que si lo desean, presenten una solicitud de exhibición de documentos, la cual se entiende, servirá para adquirir todos los documentos necesarios para fundamentar sus pretensiones.

⁵⁸ Carl Bayer. Discovery Issues in Arbitration Proceedings. 21st Annual Advanced Evidence and Discovery Course. Texas, 2008, Chapter 18, p. 9 http://www.karlbayer.com/pdf/publications/2008-04-24_KarlBayer_Discovery-Issues-in-Arbitration.pdf (Acceso: 1/11/2013) Traducción libre: Como muchos aspectos de la ley que gobierna el arbitraje, las reglas del discovery son intencionalmente vagas. Como todos los aspectos de la ley aplicable al arbitraje, para obtener respuestas sobre un arbitraje específico, las partes deben considerar: 1) la cláusula arbitral. 2) la ley aplicable en sí [...] y 3) cualquier estatuto que gobierne el arbitraje. [...] Una vez establecido eso, cabe recalcar que ninguna de estas reglas tendrán peso suficiente como la opinión del árbitro.

⁵⁹ Arnoldus Vinnius, *Comentario académico y forense del célebre jurisconsulto Arnoldo Vinnio á los cuatro libros de las instituciones imperiales de Justiniano*, Tomo II, Establecimiento Tipográfico de D. Juan Oliveres Impresor de S.M., Barcelona, 1847, p. 545.

⁶⁰ Silvia Pereira Puigvert. La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos, Tesis doctoral. Universidad de Girona. 2012. p. 325.

Para comenzar el proceso del descubrimiento de las pruebas, es necesario que el Tribunal Arbitral conceda a las partes un plazo, en el que las mismas deberán presentar esta solicitud de exhibición de documentos mencionada. Según la definición de Solicitud de Documentos de las IBA *guidelines*, es “la petición de una parte para que se dicte una orden procesal en la que el Tribunal Arbitral ordene a otra parte la presentación de documentos”⁶¹. En esta solicitud, las partes deberán hacer referencia al documentos requeridos, de tal forma que se los pueda identificar; una *descripción de por qué los documentos requeridos son relevantes* para la resolución del caso; y una declaración de por qué razón los documentos no se encuentran en su poder, sino en *custodia o poder de la otra parte*.⁶²

Al realizar la Solicitud de Exhibición de Documentos se podrá presentar una petición conjunta de las partes, por medio de un cuadro Redfern. Este cuadro, resulta extremadamente útil, ya que en cuatro columnas se describen los documentos a ser solicitados, su relevancia para el proceso, las objeciones de la parte contraria en cuanto a dicho documento, y por último la decisión del tribunal en cuanto a la aceptación o negación de la exhibición. El uso de este cuadro permite a las partes ahorrar tiempo en la petición de las pruebas y sus objeciones, y le da al Tribunal Arbitral un resumen conciso de lo que se solicita, y las razones por las que lo hace.⁶³

Cuadro Redfern:

Documento Solicitado	Relevancia del Documento en el proceso	Objeciones de la otra parte	Decisión del Tribunal sobre la exhibición.
----------------------	--	-----------------------------	--

Una vez receptadas las solicitudes de exhibición de documentos, el Tribunal fijará un plazo para que las partes entreguen lo solicitado por la otra parte. Sin embargo, de existir algún tipo de objeción (que cumpla las causales del Art. 9.2) por parte del que debe

⁶¹ Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre las Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional. Londres, 2006, p. 4

⁶² Bernard Hanotiau. *La aportación de documentos, Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 90.

⁶³ Nathan O'Malley. *Rules of Evidence in International Arbitration*. New York: Informa Law from Routledge. 2012, p. 52.

entregar los documentos, podrá hacerlo ante el Tribunal. Incluso, de no llegar a un acuerdo en cuanto a la validez de la petición, se podrá hasta solicitar peritajes para que de esta forma, el Tribunal pueda aceptar o negar la solicitud de la prueba en discusión.

Por otro lado, sobre la asistencia del Tribunal para exhibir documentos, existen algunos reglamentos de arbitraje que nos dan pautas sobre el tema. Por ejemplo, las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional en París, establecen que “en todo momento durante el proceso arbitral, el Tribunal Arbitral podrá requerir a cualquiera de las partes para que aporte pruebas adicionales”⁶⁴ A pesar de que el Reglamento como tal no establece nada más, ni regula el Discovery específicamente, queda a decisión de los árbitros solicitar documentación, o admitir y negar pruebas según su criterio.

Asimismo, Asociación de Arbitraje Americana (AAA), también hace referencia al aporte de documentación, sin embargo, al seguir la línea de pensamiento americana, si tiene una disposición expresa para el Discovery, en la cual establece lo siguiente:

The arbitrator shall have the authority to order such discovery, by way of deposition, interrogatory, document production, or otherwise, as the arbitrator considers necessary to a full and fair exploration of the issues in dispute, consistent with the expedited nature of arbitration. [...]⁶⁵

A diferencia de las Reglas IBA, el reglamento tanto de la Cámara de Comercio Internacional, como de la Asociación de Arbitraje Americana, hacen referencia a la asistencia que el Tribunal puede brindar, siendo éste el que solicita las pruebas, no las partes a nombre de sus intereses. Esta asistencia dada por el tribunal, a pesar de que tiene el fin de exhibir los documentos, y aportarlos al proceso, no surge de la voluntad misma de las partes, puesto que no son estas las que hacen la solicitud de documentación.

2.3.2 Objeciones a la Solicitud de Exhibición de Documentos:

Se ha discutido en el primer capítulo el alcance de la relevancia de los documentos a solicitarse, ya que si el límite es solicitar un documento que sea o que pueda conducir a

⁶⁴ Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 2012.

⁶⁵ Reglamento de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje. Artículo 9. Traducción libre: El árbitro tendrá la potestad de ordenar el Discovery, por medio de testimonios, interrogatorios, reproducción documental, o, si el árbitro considera necesario, una exploración de los temas en disputa, consistente con a naturaleza expedita del arbitraje.

una prueba relevante, el campo de requerimiento puede llegar a ser demasiado amplio. Durante algún tiempo, el Discovery se manejaba mediante el uso del Peruvian-Guano Test⁶⁶, el cual instituía de manera vaga el límite sobre qué información se podía solicitar que se exhiba. Este establecía que los documentos requerían tener una relevancia directa o indirecta, que conduzcan a una prueba, o además, que su relevancia logre dañar el caso de la parte contraria.

It seems that every document relates to the *matters in question in the action*, which not only would be evidence upon any issue, but also which, it is reasonable to suppose, contains information which may – not which must – either directly or indirectly enable the party requiring the affidavit either to advance his own case or to damage the case of his adversary.⁶⁷

Esto no solo ubica el Discovery como una herramienta que hace énfasis en la hostilidad del proceso en sí, sino que permite realizar un requerimiento de documentación demasiado amplio, razón por la que ha sido abundantemente criticado.⁶⁸ Con este antecedente, los tribunales han buscado limitar cada vez más el alcance del Discovery, con el objeto de evitar los abusos respecto del exceso de documentación inútil y las expediciones de pesca, que únicamente incrementan costos y tiempo al arbitraje.⁶⁹ Lord Woolf en su reporte final recomendó que el Discovery se llame “disclosure” es decir, revelación, y que el mismo se limite a la solicitud de documentos relevantes, que las partes tengan seguridad de que existan.⁷⁰

Las partes a las que se les ha requerido entregar documentación, podrán objetar esta solicitud, según el artículo 9.2 de las IBA *guidelines*. En el caso de existir objeciones, el Tribunal deberá resolver sobre las mismas y admitir o negar la solicitud de exhibición de dicho documento.

En circunstancias excepcionales, si la pertinencia de la objeción sólo puede ser evaluada teniendo a la vista el documento solicitado, el Tribunal Arbitral podrá determinar que no revisará tal documento. En este caso, el Tribunal Arbitral, después de consultar a las Partes, podrá designar un perito independiente e imparcial, sometido

⁶⁶ *Compagnie Financiere et Commerciale du Pacifique v. Peruvian Guano Co. Award.*

⁶⁷ *Ibid.* Traducción libre: Al parecer cada documento se refiere a los asuntos tratados en la acción, los cuales no sólo constituirían prueba, sino también, es razonable suponer, contienen información que puede - no que debe - directa o indirectamente permitir a la parte que solicita la declaración jurada avanzar en su propio caso o dañar la defensa de su adversario.

⁶⁸ Lord H. Woolf *Access to Justice*, Reino Unido: HMSO, 1996, p.124.

⁶⁹ Charles Sampford, Sophie Blencowe and Suzanne Condlin, *Educating Lawyers for a Less Adversarial System*. Sydney: The Federation Press, 1999, p. 55.

⁷⁰ Lord H. WOOLF, *Access to Justice*, Reino Unido: HMSO, 1996.

a confidencialidad, para que revise el documento e informe sobre la objeción. En la medida en que el Tribunal Arbitral admita la objeción, el perito no podrá dar a conocer el contenido del documento revisado ni al Tribunal Arbitral ni a las demás Partes.⁷¹

El artículo 9 de las Reglas IBA, sobre la Evidencia en los Arbitrajes Internacionales, establece que es el Tribunal Arbitral el que determinará la admisibilidad, relevancia, importancia y valor de las pruebas. Además, en el numeral segundo, dispone que *el Tribunal podrá excluir, por petición de parte, o de oficio la prueba o la exhibición de cualquier documento, declaración, testimonio oral o inspección por cualquiera de las siguientes razones:*

- a) Por tratarse de pruebas que no son lo suficientemente útiles o relevantes para el caso.
- b) Existencia de algún impedimento legal sobre la exhibición de dicha prueba.
- c) Excesiva onerosidad en la práctica de la prueba solicitada.
- d) Pérdida o destrucción del documento solicitado, siempre que se haya demostrado con una “probabilidad razonable” que haya ocurrido.
- e) Confidencialidad por razones comerciales relevantes.
- f) Por razones de sensibilidad política o secreto de Estado o de alguna Institución pública internacional.
- g) Por ir en contra del principio de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las partes, que el Tribunal considere relevantes.⁷²

2.3.3. Obligación de exhibir los documentos o pruebas requeridas.

En primer lugar, es pertinente recordar que las partes acuerdan acudir voluntariamente a la justicia arbitral, y que de ninguna manera éste es un acuerdo impuesto, por lo que prima el *principio de voluntad de las partes* para el sometimiento a las reglas pactadas del arbitraje. En este sentido, si las partes se someten al arbitraje, en el que se ha acordado utilizar Discovery, se considera que las partes han aceptado acatar todas las disposiciones del Tribunal en cuanto al descubrimiento de documentos.

En segundo lugar, y en relación al primero, hay que considerar que la cláusula arbitral tiene independencia del contrato, por lo que es además un contrato válido por sí mismo: “[...] la cláusula arbitral, como consecuencia de su especificidad, puede presentar

⁷¹ Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre las Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional. Londres, 2006, p.6.

⁷² IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010), Art. 9.2 http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#takingevidence.

un régimen jurídico autónomo e independiente con respecto al del contrato principal”⁷³, y según el principio de obligaciones en materia civil “*pacta sunt servanda*”, los contratos son ley para las partes, por lo que deben respetar lo pactado. El Tribunal Ad-hoc del caso Libyan American Oil Company (LIAMCO) en contra de la República Árabe de Libia, estableció lo siguiente sobre el *pacta sunt servanda*: “The principle of the sanctity of contracts [...]has always constituted an integral Part of most legal systems. These include those systems that are based an Roman law, the Napoleonic Code (e.g. article 1134) and other European civil codes, as well as Anglo-Saxon Common Law and Islamic Jurisprudence 'Shari'a”⁷⁴

El Código Civil ecuatoriano, por su parte establece que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”⁷⁵ Esto implica que si se pacta Discovery, las partes tienen la obligación de acatar todas las disposiciones dadas por los árbitros y entregar cuanto documento les sea solicitado, aún si esto les llegare a perjudicar.

Las reglas de la IBA en el artículo 9, literal 5, establecen que si una parte no colabora con la solicitud de exhibición de documentos, y no los entrega, el Tribunal podría considerar que la prueba solicitada es contraria a los intereses de la parte que los posee.

Si el Tribunal Arbitral determina que una Parte no se ha conducido de buena fe en la práctica de la prueba, el Tribunal Arbitral podrá, *adicionalmente a cualquiera otra medida que estuviera a su disposición* bajo estas Reglas, tomar en cuenta ese incumplimiento al tiempo de distribuir los costos del arbitraje, incluyendo los costos resultantes o relacionados con la práctica de prueba.⁷⁶

Las partes al haberse sometido al arbitraje se sometieron a todas las reglas que éste método de solución de conflictos contempla, incluyendo el Discovery. Al realizar una solicitud de exhibición de documentos, el tribunal debe notificar a las partes para que en un

⁷³ Hilda Aguilar. La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional. Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2001, p.226.

⁷⁴ Laudo Arbitral del caso Liamco v. Libya, emitido el 12 de Abril de 1997, pp. 89 at 101. Traducción libre: “El principio de santidad de los contratos [...] siempre ha constituido parte integral de la mayoría de sistemas jurídicos. Estos incluyen aquellos sistemas que están basados en el Derecho Romano, el Código Napoleónico (ej. Artículo 1134) y otros códigos civiles europeos, al igual que, el Derecho Anglosajón del Derecho Común y la Jurisprudencia Islámica 'Shari'a”

⁷⁵ Código Civil. Art. 1561. Registro Oficial Suplemento 46, del 24 de junio de 2005.

⁷⁶ IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010), Art. 9.7 http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#takingevidence.

plazo determinado se entreguen los documentos solicitados. Al negarse a entregar la documentación para el Discovery, se desobedece al tribunal, lo cual se ve reflejado como un acto de rebeldía. La ley modelo establece dentro de las *causales de rebeldía* este caso. “Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin invocar causa suficiente, c) una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas que disponga”⁷⁷

Los árbitros al no tener poder de Imperio no pueden obligar a las partes a entregar la información requerida por el Discovery, por lo tanto más allá de que puedan tomar como rebeldía y consideren la no entrega del documento a la parte contraria, como ventaja para la parte que solicitó el documento, no pueden tener la capacidad de obligar a que se presente el mismo, y de la misma manera, tampoco tienen la capacidad de sancionar por esta falta.

Because of the lack of support in some jurisdictions for enforcing an arbitrator’s subpoena powers, gathering evidence from unwilling parties and strangers to the dispute will be a procedural challenge. Most tribunals are hesitant to issue discovery orders, in part because they lack the direct authority to sanction disobedience and the resources to supervise the process.⁷⁸

Por lo tanto, a pesar de que los árbitros no tengan este poder para hacer cumplir sus ordenes directas, las Reglas IBA establecen que los árbitros podrían tomar esta falta de colaboración como ventaja hacia la parte que solicitó el Discovery, y que no podrá acceder a la prueba por el incumplimiento de la parte contraria. Sin embargo, la manera de hacer que las partes tengan que acatar las ordenes del tribunal y tengan que revelar lo solicitado mediante el Discovery es por medio de la cláusula o del convenio arbitral. Si en el contrato se pacta que exista la posibilidad de que los árbitros ante la desobediencia de una de las partes puedan solicitar a un juez de la justicia común, que sí posee poder de Imperio, que ordenen que se cumpla con la orden dada.

The parties may address this issue in their contract so that there is a method to enforce compliance. Indeed, a stipulation in the contract may assist parties in obtaining an order

⁷⁷ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Art. 25.

⁷⁸ King and Spalding, Discovery in International Arbitration, Salzburg Conference, <http://www.kslaw.com/library/pdf/DiscoveryinInternationalArbitration.pdf> (acceso: 18/04/2014) Traducción libre: Debido a la falta de apoyo en algunas jurisdicciones de hacer cumplir las ordenes de los árbitros, la recopilación de pruebas por las partes que no quieren y de terceros, hace que la controversia se convierta en un reto procesal. La mayoría de los tribunales no se atreven a emitir las ordenes de exhibición, en parte porque carecen de la autoridad directa para sancionar la desobediencia y los recursos para supervisar el proceso.

from an arbitral tribunal an order, and assist thereafter possibly in obtaining an order from a national court, for production of documents or other evidence.⁷⁹

2.3.4. Solicitud de exhibición de documentos a terceros.

En este punto, es preciso retomar el principio de autonomía de las partes, ya que son las partes las que de común acuerdo, y voluntariamente se someten al arbitraje. Son estas partes entonces, las únicas que siguen el principio de obligatoriedad durante este proceso. Si se realiza una interpretación *contrario sensu* del artículo 1561 ya citado, se entenderá entonces que los terceros no contratados no están vinculados por el contrato. Por lo tanto, en el caso de que los documentos requeridos por medio de la Solicitud de Exhibición de Documentos, se encuentren en poder o en custodia de terceros, es decir, personas que no son parte del arbitraje, éstos podrán colaborar con el tribunal y entregarlos o podrán negarse, caso en el que el Tribunal requerirá la ayuda de un juez ordinario, pues los árbitros no tienen poder de coercitivo. “[...] Si la negativa fuera injustificada, los árbitros podrán requerir el auxilio judicial para implementar la medida.”⁸⁰

[...] Cuando resulte necesaria la intervención de terceros de cara al proceso arbitral – para declaraciones testificales, para la aportación o exhibición de ciertos documentos, entre otras – *la falta de poder coercitivo* de éstos les llevará al recurso a la jurisdicción para que sean los Juzgados y Tribunales los que, mediante su auxilio o asistencia [...] se proceda a realizar aquella actividad que por sí mismos los árbitros no pueden conseguir [...] ⁸¹

Cuando existe poder coercitivo, es suficiente que el Tribunal emita una orden de comparecencia para entregar los documentos requeridos por una de las partes. En este sentido, por ejemplo, las Reglas Federales de Procedimiento Civil americano prevén que mediante esta orden de comparecencia (subpoena) se puedan obtener las pruebas requeridas. Sin embargo, en el arbitraje, al no existir este poder coercitivo, es necesaria la

⁷⁹ Larry W. Thomas, Obtaining Documents in an Arbitration: What’s Your Strategy? 5to Congreso Internacional de Arbitraje (2005) <http://www.lwthomas.com/wp-content/uploads/2011/03/Obtaining-Documents-in-Arbitration-English.pdf> Traducción libre: Las partes pueden abordar esta cuestión en su contrato de manera que exista un método para hacer cumplir. En efecto, una cláusula en el contrato puede ayudar a las partes en la obtención de una orden de un tribunal arbitral, y ayudar a partir de entonces, posiblemente, en la obtención de una orden de un tribunal nacional, para la producción de documentos u otras pruebas.

⁸⁰ Sergio Villamayor, *La prueba en el Arbitraje*. <http://www.colabogados.org.ar/larevista/pdfs/id14/la-prueba-en-el-arbitraje.pdf> (Acceso: 1/03/2014).

⁸¹ José Luis González-Montes, *La asistencia judicial al arbitraje* (Ley 60/2003, diciembre). Madrid: Editorial Reus. 2009. p.14.

asistencia de los jueces que si la tienen. El mencionado Código establece: “Subpoenas issued pursuant to Rule 45 of the Federal Rules of Civil Procedure may command a non-party to produce “designated books, documents or tangible things in the possession, custody, or control of that person”⁸²

2.4 Discovery Electrónico.

Con el avance tecnológico, el efecto de la globalización, y la rapidez con la que se hacen negocios actualmente, el Discovery se ha visto afectado, en cuanto a que la producción documental con la que se hacen negocios y se envía correspondencia hoy en día, es en gran parte electrónica. Por lo tanto no resulta difícil comprender que los documentos a ser requeridos mediante una solicitud de Discovery sean en gran cantidad archivos electrónicos. De cierta manera resultaría impensable que se puedan entregar miles de documentos físicos, ya que no solo es ineficiente, sino que vuelve el proceso más lento, lo cual contraría el principio de celeridad del proceso.⁸³

Society stores information in a profoundly different way than it did in 1900. The change has affected commerce, everyday life and culture, and therefore the world of law, which constantly must access and test societal information in its discovery processes.⁸⁴

Sin embargo, en países como el Ecuador, en el que la digitalización aún no alcanza niveles eficientes, ya que por distintas causas se tarda en llegar, y la burocracia exige una gran cantidad de papelería, la implementación de un discovery electrónico se demoraría algunos años en funcionar de una manera práctica. La ventaja notoria del Discovery electrónico es que se gana una inmensa cantidad de tiempo, pues los documentos electrónicos son de fácil almacenamiento y rápido envío.

Otra de las ventajas que da el Discovery electrónico, es que permite de cierta manera que se realice una búsqueda más fácil de todo el material recibido, además, de la facilidad de repartir la información. Si se considera que hoy existen negocios y por lo tanto

⁸² Federal Rules of Civil Procedure. Art 45. Traducción libre: Las ordenes de comparecencia, en relación al artículo 45 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil pueden ordenar a un tercero el entregar libros, documentos, o cosas tangibles que se encuentren en su posesión, custodia, o control de esa persona.

⁸³ Adam Cohen. David Lender, *Electronic Discovery. Law and Practice*. United States: Walters Kluwer Law and Business, p. 3.

⁸⁴ George Paul, Bruce Nearon, *The Discovery Revolution: E-discovery Amendments to Federal Rules to Civil Procedure*, ABA, 2006, pp 1-2.

controversias entre personas que se encuentran a grandes distancias, no sería práctico enviar documentos físicos que se demoren varios días en llegar, sino que en cuestión de segundos, los mismos pueden encontrarse en manos del receptor.

Una vez recibida la información solicitada, se requiere realizar un proceso de depuración documental, con el objetivo de obtener los documentos claves para la prueba, de otra manera se presentaría como prueba en el arbitraje una cantidad de documentos que pudiendo estar relacionados con la materia en discusión no prueben específicamente nada. Uno de los boletines publicados por el bufete americano Gybson Dunn, explica como los documentos electrónicos que se reciben deben pasar por un amplio y atareado proceso de selección para finalmente poder obtener un grupo seleccionado de documentos de alta relevancia, que va desde la identificación de la información, su proceso, revisión, análisis, producción y presentación de la información. El cuadro ilustrativo es el siguiente:⁸⁵

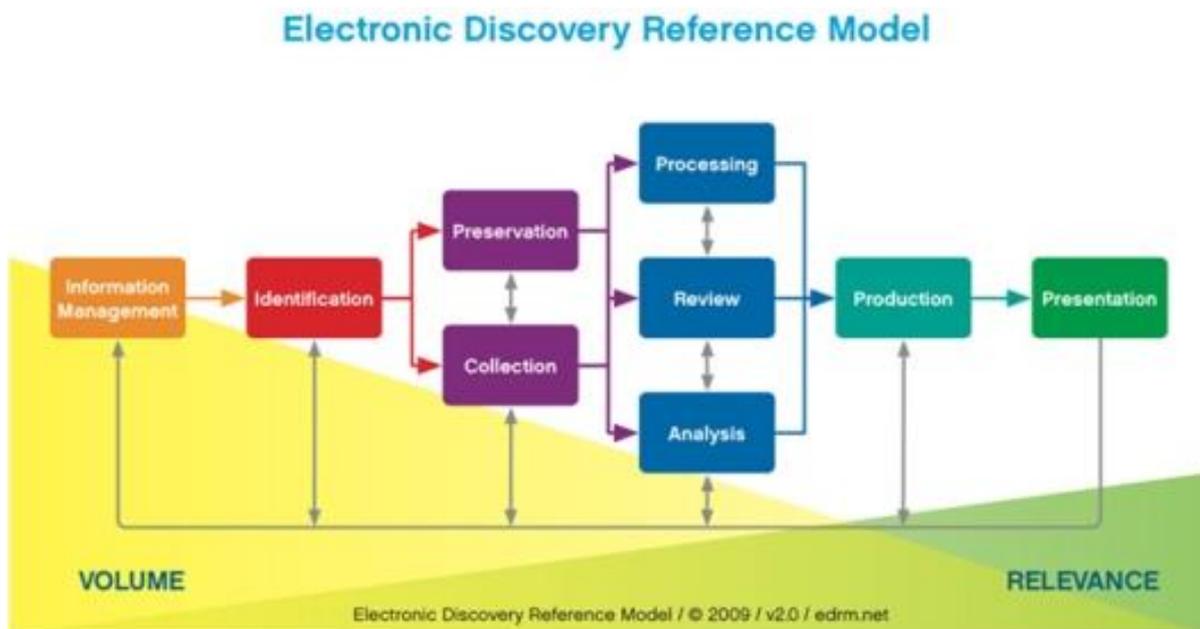


Gráfico 1.

⁸⁵ Dunn Gybson, E-Discovery Basics: The E-Discovery Life Cycle. <http://www.gibsondunn.com/publications/pages/E-DiscoveryBasics-E-DiscoveryLifeCycle.aspx> (acceso: 13/03/2014).

Capítulo 3 **El Discovery en Ecuador.**

3.1 El sistema de prueba bajo la normativa actual en el arbitraje local.

La necesidad de buscar maneras por las cuales demostrar hechos en un litigio ha evolucionado a un sistema probatorio que existe en todos los regímenes jurídicos. Sin pruebas sería imposible fallar a razón de una de las partes, pues se tendría únicamente la palabra de cada uno.

La prueba (demostración de los hechos) debe existir en todo proceso, como regla general, y también en los procedimientos administrativos cuyas resoluciones afecten a particulares [...], y ella debe ser sustento de las sentencias y el fundamento de las providencias [...], el apoyo fáctico de los pronunciamientos procesales que conectan las consecuencias jurídicas a la vida social reflejada en los casos [...]⁸⁶

Para iniciar este capítulo, es importante tomar en cuenta que existen muy pocas disposiciones respecto de la prueba en la legislación arbitral ecuatoriana. Por lo cual, lo normal es remitirse a las normas sobre la prueba del Código de Procedimiento Civil local, a manera de ley supletoria a las normas establecidas para el arbitraje.

Parece evidente que el objeto y la naturaleza del procedimiento probatorio en todo arbitraje *poco se diferencia del seguido ante un tribunal ordinario de justicia*. [...] De lo anterior deriva el hecho de que, todo estudio práctico del procedimiento probatorio arbitral, no deja de ser una *adaptación del proceso probatorio judicial* al contexto específico del arbitraje, lo que nos lleva a la formulación de dos afirmaciones previas:

- a. El principio de la autonomía de la voluntad. (lo que las partes en un proceso arbitral hayan pactado sobre la prueba) *deviene eje vertebrador de todo el proceso*.
- b. La confidencialidad, la flexibilidad, y la agilidad procesal, deberán guiar siempre la práctica de todas las pruebas.

Y a estos dos principios genéricos, procederá también añadir un tercero por expresa disposición de la Ley de Arbitraje: la potestad de los árbitros para decidir de oficio la práctica de medios probatorios en el supuesto de que las partes no hayan prohibido tal posibilidad [...]⁸⁷

De esto es importante recalcar algunos conceptos: En primer lugar, es importante el hecho de que al no existir una legislación específica en cuanto a la prueba para los arbitrajes, el rol que cumple el principio de la voluntad es esencial, ya que es por medio de este principio que se establece la ley a usarse en el arbitraje. Es decir, que ya que no aplica

⁸⁶ Manuel Antonio Borja Miño, *La Prueba en el Derecho Colombiano*, Bogotá: UNAB, 2003, p. 51.

⁸⁷ Miquel Montaña y Jordi Sellares, *Arbitraje: Comentarios Prácticos para la empresa*, Madrid: Consejo Editorial de Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., 2011, pp. 229-230.

el poder coercitivo del Estado ni su dirigencia en la justicia, la voluntad de las partes es la que guía el proceso y permite que se establezcan las reglas bajo el que se va a llevar a cabo el mismo. Por ejemplo, en cuanto a las reglas para determinar la ley aplicable, la autora Shirley Sánquiz establece que en el ejercicio de la facultad de elegir el derecho aplicable al proceso arbitral, las partes pueden elegir el derecho de un determinado ordenamiento jurídico, normas procesales de ordenamientos jurídicos distintos, elegir principios procesales acogidos por varios ordenamientos jurídicos, incorporar reglamentos, e incluso crear su propio proceso arbitral.⁸⁸

La ausencia de foro hace que no existan reglas o códigos procesales (ni siquiera aquellas en vigor en materia judicial en el país sede del arbitraje) que, en ausencia de la voluntad de las partes, se impongan a partes y árbitros. Por ende, en principio, no existen disposiciones probatorias de derecho nacional, ya sea en materia de medios de prueba o valoración de los mismos, que se puedan o deban transponer al arbitraje.⁸⁹

En segundo lugar, es importante resaltar los principios del sistema arbitral, de los cuales se hizo referencia en el primer capítulo, ya que rigen también para cada una de las pruebas que se solicite y se practique dentro del proceso arbitral. Dentro de los principios más importantes que rigen la práctica de las pruebas del arbitraje, se encuentran el de celeridad, buena fe, autonomía de la voluntad, y confidencialidad, entre otros. Sobre éste último, cabe hacer una especial mención puesto que los arbitrajes, a diferencia de los procesos ordinarios que son públicos, excepto cuando la ley prevé confidencialidad, permiten que no sean públicos, con lo cual en general tienen este carácter de confidencial. Todo lo que se practica como pruebas dentro del arbitraje, seguirá la suerte confidencial del proceso.

La ley de Arbitraje y Mediación establece sobre este tema lo siguiente:

Art. 34.- Las partes sin perjuicio de los derechos de terceros, podrán convenir en la *confidencialidad* del procedimiento arbitral, en este caso podrán entregarse copias de lo actuado solamente a las partes, sus abogados o al juez que conozca el recurso de nulidad u otro recurso al que las partes se hayan sometido.⁹⁰

⁸⁸ Shirley Sánquiz, *El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano*, Caracas: Universidad Católica Andrés, 2005, p. 204-205.

⁸⁹ Fernando Mantilla Serrano, *La prueba en el arbitraje: Generalidades*, http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-131113-011a_prueba_en_el_arbitraje_i_generalidades/noti-131113-011a_prueba_en_el_arbitraje_i_generalidades.asp?Miga=&CodSeccion (acceso: 27/02/2014).

⁹⁰ Art. 34 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Publicada en el Registro Oficial 417 del 14 de diciembre de 2006.

Mientras que el Código Orgánico de la Función Judicial establece lo contrario para los procesos de la justicia ordinaria:

Art. 13.- Las actuaciones o diligencias judiciales *serán públicas, salvo los casos en que la ley prescriba que sean reservadas*. De acuerdo a las circunstancias de cada causa, los miembros de los tribunales colegiados podrán decidir que las deliberaciones para la adopción de resoluciones se lleven a cabo privadamente. [...] ⁹¹

En el Ecuador el sistema de pruebas que se usa en el sistema ordinario de justicia está establecido en el Código de Procedimiento Civil, el cual se usa con carácter supletorio para el arbitraje, ya que al no existir norma específica, se debe remitir a ésta. Sobre éste régimen probatorio, existen muchos principios rectores que son importantes, de los cuales rescataremos algunos que resultan claves para la prueba en el arbitraje:

En primer lugar, es importante considerar el *principio de administración de la prueba*, que establece que a la parte que alega, le corresponde la carga de la prueba. ⁹² Como se estableció en el capítulo anterior, el Discovery tiene un efecto especial ante este principio, pues al realizar el requerimiento de las pruebas a la otra parte, podría parecer que es la parte que entrega los documentos la que podría estar demostrando el argumento de la parte contraria, sin embargo, lo correcto es realizar un análisis lógico dirigido a que la parte que solicita los documentos mediante el Discovery es la que está probando, aunque sea la otra parte la que entregue los documentos por orden del Tribunal.

Art. 114.- Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley. ⁹³

Es decir que, cada parte es responsable por asumir la carga de la prueba sobre los hechos que fundamentan su teoría del caso. Para esto, las partes podrán proponer toda prueba cuanto sea necesaria para poder justificar su caso, independientemente de que en la etapa de admisión de la prueba el tribunal acepte o no la misma, según su pertinencia con el caso.

⁹¹ Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 13. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 554 del 9 de marzo de 2009.

⁹² José Luis Roca Aymar. *El arbitraje en la contratación internacional*, Madrid: ESIC Editorial, 1994, p. 114.

⁹³ Código de Procedimiento Civil. Artículo 114. Publicado en el Registro Oficial. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 58 del 12 de Julio de 2005.

Cada parte deberá asumir la carga de la prueba o de los hechos en que se fundamenten sus correspondientes defensas. Podrán proponer, al árbitro o tribunal arbitral, cualquier tipo de prueba que estimaren, valorando su pertinencia o no el propio tribunal o árbitro.⁹⁴

En segundo lugar, es muy importante respecto del Discovery el *principio de pertinencia de la prueba*, pues tanto en las reglas arbitrales como el Reglamento de la ABA, o las reglas sobre la práctica de pruebas en los procedimientos de justicia ordinaria, se establece que las pruebas para ser admitidas deben ser pertinentes. Es decir, que no se podrá sobre cargar al Tribunal con una cantidad extensa de documentación ni pruebas a practicar en general porque ésta práctica generaría una pérdida de tiempo y de costos para los árbitros y las partes.

La pertinencia de la prueba marca la relación entre el hecho que pretende acreditarse mediante un determinado medio probatorio y los hechos objeto de la controversia, así como su aptitud para fundar la convicción del juzgador.⁹⁵

El Código de Procedimiento Civil establece que “las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio” Esto busca que se evite malgastar recursos, sin embargo, en el caso de que las partes presenten documentos que no sean pertinentes y no cumplan con este requisito el tribunal podrá negar la práctica de una determinada prueba.

Y en tercer lugar, es importante recalcar del sistema de prueba ordinario, el *principio de valoración de la prueba*, el cual establece que “la prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.”⁹⁶ Esto quiere decir que para resolver, los árbitros deben considerar las pruebas en conjunto, y no las pruebas individualmente, lo cual conlleva a un cuarto *principio llamado unidad de prueba*:

En el campo probatorio, la experiencia milenaria de los procesos judiciales ha demostrado que en todo el conjunto de medios probatorios y en el acervo de hechos que se narran en esos mismos medios, hay más que en cualquier medio aislado, porque los sucesos no ocurren aislados sino en conjunto de hechos, aunque sólo el medio de prueba presente las características externas que lo hagan digno de credibilidad.⁹⁷

⁹⁴ José Luis Roca Aymar. *El arbitraje en la contratación internacional*, Madrid: ESIC Editorial, 1994, p. 114.

⁹⁵ Verónica López Yagues, *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, Madrid: Editorial La Ley, 2005, p. 124.

⁹⁶ Código de Procedimiento Civil. Artículo 115. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 58 del 12 de Julio de 2005.

⁹⁷ Manuel Antonio Borja Miño, *La Prueba en el Derecho Colombiano*, Bogotá: UNAB, , 2003, p. 61.

3.1.1 Etapas de la prueba

Una vez establecido que existen ciertos principios importantes del sistema de justicia ordinario, que se aplican en la prueba, es indispensable analizar cuales son las etapas o el proceso al que debe someterse cada una de las pruebas a solicitarse en el Discovery para que tenga un efecto en la resolución final.

Para comenzar, se encuentra la *etapa de propuesta o proposición de la prueba*, en la cual las partes anuncian qué es lo que se va a practicar como prueba. En nuestro sistema de justicia ordinaria, esto se conoce como enunciación de la prueba, y se presenta con un escrito una vez que se ha abierto el término de prueba del juicio. Sin embargo, con el discovery esta etapa se divide en dos momentos: El primero, que consta de la etapa del discovery, que se adelanta y pasa a ser parte de un mini proceso previo al arbitraje, en el que las partes solicitan al tribunal que la parte contraria entregue documentación que será utilizada durante el período de prueba por cada uno. Y un segundo momento que es con el escrito de prueba que se solicita al Tribunal que se practiquen las pruebas. Esto se da una vez abierto el término de prueba por parte del tribunal.⁹⁸

El planteamiento de usar discovery para las pruebas cambia radicalmente esta etapa de la prueba, ya que deja de ser simplemente un escrito en el cual se enuncian cuales son las pruebas que se solicita que se practiquen, sino que se convierte en un pedido de auxilio al tribunal para poder obtener pruebas que no se encuentran al alcance de las partes. Por otro lado, esta etapa permite a las partes adelantarse en la preparación de los argumentos y que van a ser usados durante el arbitraje y la manera que van a presentarlos.

Después se encuentra la *etapa de admisión de la prueba*, en la que el Tribunal deberá decidir si admite o no cada una de las pruebas en el proceso. La razón de existencia de esta etapa es poner una especie de filtro a lo que se va a permitir presentar como prueba dentro del proceso.⁹⁹ Además, esta etapa protege a las partes y controla que se de un litigio que no exponga a las mismas a abusos ni vulnere los derechos de las partes, en el sentido

⁹⁸ Fernando Mantilla. *La prueba en el arbitraje: Oportunidad de Prueba*. http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-140129la_prueba_en_el_arbitraje_oportunidad_de_la_prueba/noti-140129-01la_prueba_en_el_arbitraje_oportunidad_de_la_prueba.asp?IDObjetoSE=17546. (acceso 1/02/2014).

⁹⁹ Nuria Mallandrich Miret. *Medidas Cautelares y Arbitraje*, Barcelona: Atelier, 2010, p. 247.

de que el tribunal no admitirá pruebas que para una de las partes tengan carácter confidencial, o pruebas que no sean pertinentes, o pruebas que vulneren derechos de terceros, etc.

An admission is a piece of evidence which can be used against the party making it [...] The weight to admission depends upon the circumstances under which they were made.¹⁰⁰

En esta etapa la parte contraria podría pronunciarse en contra de la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba, sin embargo, este es parte del derecho de contradicción y del debido proceso, por lo que es plenamente válido el incidente. Los árbitros podrán abrir un mini proceso para discutir sobre este punto específico.

Corresponde a la soberanía del árbitro la admisión o inadmisión de todas las pruebas propuestas por las partes. Es una potestad no derogable. Lo que si puede hacer el árbitro es facilitar un trámite de alegaciones a las partes sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de las pruebas que se propongan, ofrecer algún método de posible revisión a su inicial pronunciamiento sobre su pertinencia, o incluso reservarse la futura admisión de una prueba inicialmente denegada, a resultas del resultado probatorio general [...]¹⁰¹

Por otro lado, dentro de ésta etapa se encuentra también la admisión de oficio, pues si llegare a haber alguna prueba que el Tribunal considere necesaria para el entendimiento del caso, el mismo podrá pedirla de oficio, según su sana crítica.

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.¹⁰²

Este artículo conlleva la llamada diligencia para mejor proveer, y establece la posibilidad de que el tribunal en caso de requerir más información para su sustentación del laudo, y para poder obtener un mejor entendimiento sobre algún punto en específico, podrá solicitar de oficio la práctica de pruebas que creyere necesaria.

Esta diligencia del tribunal, si bien constituye una forma de introducir pruebas al proceso, y ordenar que se practiquen, tiene un objetivo distinto al del discovery y tiene

¹⁰⁰ M. Monir Chief Justice, *Textbook on The Law of Evidence*. New Delhi: Universal Law Publishing Co., 8va. Edición, 2011, p. 140 Traducción libre: “La Admisión es una parte de la prueba que puede ser utilizada en contra de la parte que la elabora. [...] El peso de la Admisión depende de la circunstancia en la que la prueba fue preparada”.

¹⁰¹ Jordi Sellarés y Miquel Montaña, *Arbitraje: Comentarios prácticos para la empresa*, Madrid: Difusión Jurídica, 2011, p. 231.

¹⁰² Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 23. Publicada en el Registro Oficial 417 del 14 de diciembre de 2006.

también un origen diferente, puesto que es solicitado por el tribunal, no por las partes, y este se puede ejecutar una vez que se hayan presentado todas las pruebas requeridas, si existiere algún punto que no se encuentre lo suficientemente claro para el tribunal. Esta diligencia no implica una contradicción al Discovery, sino más bien una forma alterna y complementaria de que dentro del proceso se pueda obtener una versión clara de los hechos, lo suficientemente clara para que el tribunal pueda resolver justamente.

Para cada una de las etapas es importante que se respeten los principios de contradicción, pertinencia igualdad e intervención, pues si no se respetan se puede dar un quebrantamiento de los derechos de las partes.

La tercera etapa consta de la *práctica de las pruebas* solicitadas, es decir que una vez admitidas las pruebas de ambas partes, se deberán practicar según ordene el Tribunal. El mismo fijará hora y fecha para que se practiquen las diligencias y aún si una de las partes no presentare sus pruebas dentro del término establecido, se continuará con la sustanciación de la prueba y con la emisión del laudo.

Y finalmente, se encuentra la *etapa de valoración de la prueba*, la cual implica la conclusión de ésta etapa procesal dentro del arbitraje. Es importante considerar que por medio del convenio arbitral se reconoce la competencia de los árbitros, quienes afirman la misma en su posesión por medio del principio Kompetenz-Kompetenz.¹⁰³ Una vez realizado este acto, se les da automáticamente la potestad de poder valorar la prueba a su mejor leal saber y entender, es decir, según las reglas de la sana crítica, y son libres para evaluar las pruebas del modo que convenga el Tribunal.¹⁰⁴

3.1.2 Medios de prueba.

La manera como se lleva a cabo la etapa probatoria en un arbitraje depende mucho de la cultura jurídica de la que vengan las partes, debido a que no todos los sistemas

¹⁰³ Iica, Cci, WTO, et al, *Arbitraje y solución alternativa de controversias. Cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales: el caso de Costa Rica*, IICA Biblioteca Venezuela, Caracas, 2005, p. 73.

¹⁰⁴ Christian Alberto Robleto Arana, *Comentarios a la Prueba en el Proceso Arbitral con énfasis en la prueba pericial y testifical*. <http://www.cmanicaragua.com.ni/index.php/documentacion-y-descarga/articulos-de-interes/comentarios-la-prueba-en-el-proceso-arbitral-con-énfasis-en-la-prueba-testifical-y-pericial/> (Acceso: 10-02-2014).

jurídicos son iguales, ni tampoco la cultura jurídica de cada país. En los países de derecho continental priman los sistemas inquisitoriales, en los que al juez se le han otorgado facultades en diversos aspectos regulatorios de la prueba y tienen una amplia tendencia hacia utilizar prueba documental. Mientras que en los países de derecho anglosajón es más común la primacía de los precedentes jurisprudenciales y es de carácter más acusatorio.¹⁰⁵

En el arbitraje, se podría decir de primera impresión que por práctica se ha escogido aplicar el principio dispositivo de regulación de la prueba, ya que se mira a la necesidad de la demanda para la iniciación del proceso, y de igual forma, existe la obligación del árbitro de limitar su decisión a las peticiones de las partes. Esto causa que los árbitros se limiten al interés privado de las partes y no puedan resolver fuera de lo que se les facultó para que resuelvan. En este sentido Calamandrei establece que se trata de uso de “el poder reconocido a los particulares para disponer de la propia esfera jurídica”¹⁰⁶

Sin embargo, en el proceso arbitral existe influencia del sistema inquisitorio también, pues “si hay un interés público en que el resultado del proceso [...] sea justo y legal, [...] se debe dotar al juez de poderes para investigar la verdad de los hechos [...]”¹⁰⁷

Una vez establecido esto, es importante establecer que en el arbitraje existe un sistema de prueba libre, es decir, que se deja a las partes en libertad absoluta para escoger los medios con los que pretendan obtener la convicción del juez, respecto de los hechos del proceso.”¹⁰⁸

En base a lo expuesto, es claro entonces que no existe una regla general para fijar los medios de prueba a aplicarse en un arbitraje, ya que se debe tomar en cuenta el tipo de arbitraje, el tipo de litigio, los hechos del mismo y los árbitros. El límite a la libertad de los medios probatorios es el orden público, ya que esta facultad de escoger los medios probatorios a aplicarse durante el arbitraje, está guiada por la voluntad de las partes.¹⁰⁹

¹⁰⁵ José Luis Roca, *El arbitraje en la contratación internacional*, Madrid: ESIC Editorial, 1994, pp 114-115.

¹⁰⁶ Piero Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil*, Tomo I, Buenos Aires: Editorial Depalma, 1943, num. 58.

¹⁰⁷ Hernando Devis Echandía *Teoría General de la Prueba Judicial*, Buenos Aires: Editorial Temis, 2002, p. 75.

¹⁰⁸ *Id.*, p. 78.

¹⁰⁹ José Luis Roca, *El arbitraje en la contratación internacional*, Madrid: ESIC Editorial, 1994, p. 116.

En la práctica, esos medios de prueba no varían mucho de los medios probatorios judiciales. Y ello es así por la sencilla razón de que los medios probatorios responden a la lógica y a la experiencia de la vida, las cuales nos demuestran que los hechos se prueban, generalmente, mediante documentos (públicos o privados, incluso certificaciones y exhibición de documentos), declaraciones de testigos, dictámenes periciales, y visitas o inspecciones a lugares u objetos.¹¹⁰

Los medios de prueba admisibles en los arbitrajes son entonces, aquellos a los que hace referencia el Código de Procedimiento Civil, en el artículo 121, con excepción de aquellos medios, que por corresponder a materia no transigible, no aplican:

Art. 121.- Las pruebas consisten en [...] instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, [...] y dictamen de peritos o de intérpretes. Se admitirá también como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. [...] Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos.¹¹¹

3.2 ¿Por qué aplicar una figura procesal complementaria al sistema de prueba existente?

El sistema de prueba que se utiliza en los juicios ordinarios, y que se aplica al arbitraje, es en sí bastante complejo, el capítulo *De la Prueba*, establecido en el Código de Procedimiento Civil consta de más de ciento cincuenta artículos, sin contar todos aquellos que se regulen por leyes especiales o en otras codificaciones. Existen normas para los distintos tipos de pruebas y además normas que rigen las reglas del procedimiento en general.

El Discovery no cambia el fondo del procedimiento probatorio ya establecido, sino que más bien, complementa el mismo, aportándole una herramienta previa a todo el proceso, mediante la cual se puede pedir auxilio al tribunal para solicitar acceso a ciertos documentos que por alguna razón no se encuentran al alcance de las partes. Tan no cambia

¹¹⁰ Fernando Mantilla Serrano, *La prueba en el arbitraje: Generalidades*, http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-131113-011a_prueba_en_el_arbitraje_i_generalidades/noti-131113-011a_prueba_en_el_arbitraje_i_generalidades.asp?Miga=&CodSeccion (Acceso: 27/02/2014).

¹¹¹ Código de Procedimiento Civil, Artículo 121, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 58 del 12 de Julio de 2005.

al procedimiento probatorio existente, que el discovery podrá aplicarse cuando las partes lo hayan convenido.¹¹²

Es importante mencionar que el Discovery ya ha tenido varias críticas, por lo que es necesario realizar un análisis de Costo-Beneficio de su aplicación. En primer lugar, existe una corriente que establece que con la aplicación del Discovery se desincentiva la astucia que conlleva a realizar prácticas desleales dentro de los procesos, y además, evita que se dé un juicio por emboscada, es decir, el uso del Discovery permite a las partes tener un proceso más transparente, en el que no se pueda usar la sorpresa ni las emboscadas como recurso de defensa.¹¹³ Como ventajas dentro de esta corriente que apoya el uso del Discovery, está además el hecho de que al compartir información entre las partes, éstas pueden evaluar sus posiciones dentro del caso, e incluso convenir en llegar a un acuerdo.

Economic models of settlement assume that the sharing of information will bring a convergence of estimates as to the likely outcome of the case thereby facilitating settlement.¹¹⁴

Sin embargo, en contraposición a esta corriente que se encuentra a favor del Discovery, existen dos críticas principales. La primera, es la Teoría del Juego, que establece que el Discovery es una situación en la que un individuo en parte decide en base a como su adversario probablemente actúe.¹¹⁵ Por lo tanto, esta teoría asume que el Discovery es como un juego en el que la parte actúa en base a un presupuesto determinado por una sospecha de como el contrincante va a actuar.

Esta suposición del actuar de la otra parte hace que se mantenga una incertidumbre sobre el límite de Discovery que la parte contrincante va a solicitar, y por lo tanto se crea una duda que genera un aumento de costos de esta etapa procesal, ya que las partes para evitar estar en una posición de desventaja y en base a la duda deciden solicitar por una

¹¹² Kevin Casey, *How arbitration works: Discovery, Motions, Hearings*. <http://www.stradley.com/library/files/krc-howarbitration.pdf> (Acceso 10/03/2014).

¹¹³ Giacomo Rojas Elguetaal, *Understanding Discovery In International Commercial Arbitration Through Behavioral Law And Economics: A Journey Inside The Minds Of Parties And Arbitrators*, Harvard Negotiation Law Review, No. 165, 2011, p.5.

¹¹⁴ Robert Cooter y Daniel Rubinfeld, *An Economic Model of Legal Discovery*, Berkley law, http://works.bepress.com/robert_cooter/113/ (acceso: 13/03/2014) Traducción libre: Los modelos económicos de resolución suponen que el intercambio de información traerá una convergencia de las estimaciones en cuanto al resultado probable del caso facilitando así su resolución.

¹¹⁵ Elguetaal Giacomo Rojas, *Understanding Discovery In International Commercial Arbitration Through Behavioral Law And Economics: A Journey Inside The Minds Of Parties And Arbitrators*, Harvard Negotiation Law Review, No. 165, 2011, p. 5.

cuestión estratégica, una mayor cantidad de revelación de la prueba. Esto podría conducir a que una de las partes emplee una estrategia abusiva, para que su oponente en base a esta misma incertidumbre incurra en gastos adicionales, y como consecuencia haga que la parte quiera llegar a un acuerdo.¹¹⁶

A party might employ an abusive strategy in which it withholds disclosure of documents, in order to force its opponent to bear additional expenses [...] Another strategy might be for a party to threaten to increase its adversary's costs by engaging in additional discovery unrelated to the merits of the case. In such circumstances, the threatened party, fearing excessive costs or the disclosure of highly confidential internal documents, might be more willing to settle on terms largely dictated by the threatening party.¹¹⁷

Por otro lado, otra de las críticas que se hace al sistema del Discovery es que al momento de solicitar el Discovery, las partes desperdician recursos pidiendo revelar documentos que no necesariamente les van a ayudar a obtener una prueba relevante, ya que según la teoría de la elección racional, las personas, seres racionales, son capaces de tomar de tomar la decisión que mejor satisfaga su utilidad/beneficio.¹¹⁸

[...] An action is taken only after its benefits and costs have been weighed. [...] The individual is purposive and intentional; that is, actors have ends or goals toward which their actions are aimed.¹¹⁹

Esta teoría presupone que las partes siempre toman la mejor decisión para lograr un objetivo, y esta decisión es realizada por determinación de un ejercicio de racionalidad del ser humano. Sin embargo, la corriente que apoya la utilización del Discovery propone que esta figura más bien hace que las partes mediante las pruebas reveladas puedan darse cuenta de que es lo que pretendían inicialmente, y en el caso de que su toma de decisiones se haya visto afectada fuera de la teoría de la elección racional, puedan darse cuenta de cuales son sus verdaderas pretensiones. Además, al tener las pruebas reveladas sobre la

¹¹⁶ Robert G., Bone. *Who Decides? A Critical Look at Procedural Discretion*. Boston University School of Law. Working Paper No. 06-29. Boston, 2006, p. 30.

¹¹⁷ *Ibíd.* Traducción libre: Una de las partes podría emplear una estrategia abusiva en la que se retiene la divulgación de los documentos, con el fin de forzar a su oponente a incurrir en más gastos. [...] Otra estrategia podría ser una parte amenace a aumentar los costos de su adversario por la participación en el descubrimiento adicional no relacionada con los méritos del caso. En tales circunstancias, la parte amenazada, por temor a los costos excesivos o la divulgación de los documentos internos de alta confidencialidad, podría estar más dispuesta a llegar a un acuerdo en términos en gran parte dictadas por la parte amenazante.

¹¹⁸ Mary Zey, *Rational Choice Theory and Organizational Theory: A Critique*, California: Sage Publications, , 1998, p.2.

¹¹⁹ *Ibíd.* Traducción libre: [...] Se toma una acción sólo después de que sus beneficios y costos se han pesado. [...] El individuo es intencional, es decir, los actores tienen fines o metas hacia las cuales sus acciones están dirigidas.

mesa, es más fácil que las partes tengan en claro cual es la situación de la controversia y de esa forma puedan realizar una mejor planificación de su defensa.

Para considerar el costo-beneficio del uso del Discovery, es importante también tomar en cuenta el rol del tribunal en consideración al verdadero alcance de esta figura, ya que el alcance del mismo debe ser limitado para que sea efectivo en cuanto a costos. Es importante recordar que los árbitros tienen una facultad discrecional para asegurar un uso correcto del Discovery, y que éste cumpla las necesidades de las partes. El tribunal como autoridad del arbitraje está a cargo del control del Discovery, y se espera que maneje un control proporcional entre la carga de la prueba a revelar y el peso que esta prueba tendrá para la consideración del tribunal.¹²⁰ En éste sentido, el ICDR establece lo siguiente:

The tribunal shall manage the exchange of information among the parties in advance of the hearings with a view to maintaining efficiency and economy. The tribunal and the parties should endeavor to avoid unnecessary delay and expense while at the same time balancing the goals of avoiding surprise, promoting equality of treatment, and safeguarding each party's opportunity to present its claims and defenses fairly.¹²¹

Por lo tanto, es el tribunal el que debe velar por los derechos de las partes, y por controlar el discovery para evitar que las partes incurran en costos demasiado altos, que no reflejarán una prueba suficientemente sólida para tener que incurrir en valores adicionales. Además, cuidarán de que las partes sean tratadas de forma equitativa y que cada una tenga la suficiente oportunidad para presentar su caso.

Considerando todo esto, para evitar que el Discovery se desvirtúe y llegue a convertirse en un juego de amenazas y altos costos, es importante que las partes determinen que tan amplio va a ser el Discovery a aplicarse en el caso. De esta manera, la incertidumbre dentro de esta etapa procesal será más limitada. Además, en este punto es importante tomar en cuenta que los árbitros tienen el poder discrecional de asegurarse un

¹²⁰ Elguetaal Giacomo Rojas, *Understanding Discovery In International Commercial Arbitration Through Behavioral Law And Economics: A Journey Inside The Minds Of Parties And Arbitrators*, Harvard Negotiation Law Review, No. 165, 2011, p. 6.

¹²¹ International Centre for Dispute Resolution, ICDR Guidelines for Arbitrators Concerning Exchanges of Information. https://www.adr.org/aaa/ShowPDF?doc=ADRSTG_002579 (acceso: 1/03/2014) Traducción libre: El tribunal deberá gestionar el intercambio de información entre las partes con antelación de las audiencias con el fin de mantener la eficiencia y la economía. El tribunal y las partes deberían tratar de evitar demoras y gastos innecesarios, mientras que al mismo tiempo un equilibrio entre los objetivos de evitar la sorpresa, la promoción de la igualdad de trato, y salvaguardar la oportunidad de cada parte presente sus alegaciones y defensas justamente.

correcto uso del discovery, con lo cual se entendería que deberían evitar que se revelen pruebas innecesarias y que se produzcan costos innecesarios. Este poder discrecional de los árbitros es esencial, ya que son ellos los encargados de velar el cumplimiento y salvaguardar los derechos de las partes durante el Discovery. Dicho esto, y con lo expuesto, se podría decir que las razones criticadas al Discovery han sido superpuestas por teorías y razonamientos más lógicos, y que si los árbitros cuidan de que este proceso se lleve a cabo de manera correcta, no solo que se evitará incurrir en costos exagerados e innecesarios, sino que se dará a las partes una gran herramienta de preparación de sus pretensiones, y dará una perspectiva mucho más clara de la posición de cada una de las partes dentro de la controversia.

3.3 ¿Es esta aplicación del Discovery posible en nuestro sistema?

3.3.1. Análisis constitucional.

El artículo 424 de la Constitución del Ecuador establece que esta norma tiene un carácter supremo y que por lo tanto, todas las normas inferiores deberán mantener concordancia con esta norma suprema, de otra forma, aquella inferior carecería de toda validez por ser inconstitucional.¹²² La norma establece lo siguiente:

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

El artículo siguiente establece que existe un orden jerárquico de las normas, más conocido como pirámide de Kelsen, por el cual, no se podrá aplicar una norma inferior sobre una superior ni tampoco una general sobre una especial. La pirámide de Kelsen preserva el respeto del orden jerárquico de las normas, pero además crea la base del sistema jurídico.

Kelsen sitúa en la cúspide de su pirámide a la Constitución (norma superior puesta) que a su vez recibe fundamento de otra instancia normativa, la *Grundnorm*. [...] La existencia de la *Grundnorm*, [...] permite explicar el origen y el fundamento de la validez de la Constitución y por lo tanto del sistema jurídico. [...] La presuposición de existencia

¹²² Constitución del Ecuador. Artículo 425. Publicada en el Registro Oficial No. 449 del 28 de octubre de 2008.

de la norma superior permite el desarrollo de una estructura en la que se suceden normas y poderes: las primeras son producto de la acción normativa de los segundos, y al mismo tiempo habilitan a otros poderes para continuar con la cadena de producción normativa[...]¹²³

El artículo 425 de la Constitución por su parte, establece el orden jerárquico de esta producción normativa de la que hace referencia Kelsen:

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.¹²⁴

Una vez establecida la importancia de la jerarquía constitucional y la prevalencia de esta norma superior sobre todas las demás, es importante determinar si la aplicación del Discovery está acorde a lo que prevé la constitución, ya que no podrá contravenir ninguna de sus normas, porque en caso de estarlo, no tendrán eficacia.

En la reforma a la Constitución en el 2008 se modificaron e incluyeron artículos que tratan sobre el arbitraje. En estos artículos se reconoce los métodos alternativos de solución de conflictos, dentro de los cuales se hace mención específica al arbitraje. Este artículo es primordial puesto que es el que expresamente reconoce la validez de los medios alternativos de solución de conflictos. Gracias a esta norma, se puede utilizar en el país el arbitraje con la única condición de que se realicen con sujeción a los requisitos establecidos en la Constitución y las diversas leyes existentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.¹²⁵

Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas

¹²³ Francisco Javier Ansuátegui Roig, *Poder, Ordenamiento Jurídico, derechos*, Madrid: Editorial Dykinson, 2000, pp. 69-70.

¹²⁴ Lo resaltado es mío.

¹²⁵ Xavier Andrade C. *Breves Reflexiones sobre el arbitraje en la nueva Constitución Ecuatoriana*, Revista Arbitragem e Mediação, Sao Paulo, 2009, p 2.

en la ley.¹²⁶

Este artículo tiene además una disposición especial para los arbitrajes derivados de la contratación pública, y es que las cláusulas arbitrales de estos contratos deben contar con pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, y que el arbitraje será en derecho. Esta disposición por tener carácter constitucional está superpuesta sobre cualquier otra disposición que establezca o sugiera lo contrario. Los arbitrajes con el Estado serán siempre en Derecho, y deberán contar con el pronunciamiento de la Procuraduría, a pesar de que la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado establezca que dicho pronunciamiento será necesario únicamente en determinados casos.¹²⁷

Por otro lado, la Constitución, específicamente en cuanto a la prueba en los procesos establece ciertas normas garantistas de derechos, En general, asegura el derecho al debido proceso y establece las garantías básicas necesarias para la persecución de este derecho. Estas garantías, hacen referencia a la forma de obtención de la prueba, el derecho a la defensa y al derecho de contradicción:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

La Constitución garantiza en general el derecho al debido proceso, y en cuanto a la prueba da lineamientos generales para que no se viole este derecho. La Carta Magna con el fin de proteger el derecho que tienen las personas al debido proceso, hace referencia a la prueba en rasgos generales, sin embargo, estas garantías básicas, que tienen un sentido amplio, permiten adaptar nuevas incorporaciones al sistema de prueba, siempre y cuando, éstas incorporaciones no contradigan lo establecido en la Constitución, y el derecho al debido proceso en general, el cual es una garantía elevada a nivel constitucional.

¹²⁶ Constitución del Ecuador. Artículo 190. Publicada en el Registro Oficial No. 449 del 28 de octubre de 2008.

¹²⁷ Ley de la Procuraduría General del Estado. Artículo 11, Publicada en el Registro Oficial 312 de 13 de Abril del 2004.

Las normas inferiores que regulan el sistema de la prueba, ubicadas dentro del Código de Procedimiento Civil principalmente, también deben tener absoluta concordancia con la Constitución. Esta es la razón por la que la Constitución mantiene lineamientos generales, y da paso a que mediante leyes inferiores se pueda complementar cada área que requiere normativa específica.

Como se puede evidenciar, no existe referencia alguna a un método previo de obtención de prueba que conste dentro de la Carta Magna, sino un sistema garantista de derechos, que busca la protección del debido proceso, y sobretodo, específicamente sobre el arbitraje, la Constitución establece una serie de normas que si bien limitan de cierta manera el campo arbitral, se puede aún considerar que el arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos en el país, ya que el artículo 190 que reconoce expresamente la validez del arbitraje en el Ecuador.

3.4 Práctica local de litigio.

3.4.1. Principios bajo los que funciona el litigio localmente.

Actualmente el litigio en el país se da bajo un sinnúmero de principios que se encuentran establecidos por distintas leyes, sin embargo, la Constitución ecuatoriana recoge muchos de estos principios y por lo tanto han sido elevados a nivel constitucional. Dentro de los principios jurídicos referentes a las garantías en la justicia en la Constitución, se encuentran algunos principios fundamentales que son o deberían ser la base del modo de litigio en el Ecuador:

El artículo 75 hace referencia expresa al principio de inmediación y celeridad durante los procesos, obviamente salvaguardando los derechos y los intereses de las partes.

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los *principios de inmediación y celeridad*; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.¹²⁸

Por un lado, la inmediación es el derecho que tienen las partes de tener un alcance

¹²⁸ Constitución del Ecuador. Artículo 75. Publicada en el Registro Oficial No. 449 del 28 de octubre de 2008.

directo con los jueces, sin que esto implique influenciarlos. “[...] Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso.”¹²⁹

La celeridad por otra parte, es el principio por el cual el proceso debe manejarse de manera fluida, sin trabas y procurando una evacuación pronta pero eficaz del proceso. Mediante este principio, las partes no estarían autorizadas a realizar o a solicitar incidentes procesales que alarguen el proceso y no tengan una verdadera justificación en el interés de las partes. “La celeridad no significa precipitación o improvisación[...]¹³⁰ Sino que es, el principio por el cual se protege la prolongación innecesaria de los procesos pendientes.

El artículo 76 además, establece cuales son los derechos y obligaciones para que se asegure el debido proceso. Este principio abarca una innumerable gama de sub-principios que conllevan a que en el día a día los procesos se lleven de una manera correcta, y que se preserve ante todo las garantías de las partes, para que éstas no caigan en indefensión, ni tampoco en una violación a sus derechos. Algunas de las garantías que la Constitución establece como básicas para el debido proceso, y que son aplicables a los arbitrajes son:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, *garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.*

4. Las *pruebas obtenidas o actuadas con violación* de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y *carecerán de eficacia probatoria.*

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía

¹²⁹ Código de la Función Judicial. Artículo 19. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 554, del 9 de marzo de 2009.

¹³⁰ Eleazar Gómez Rodríguez, *Poder Judicial y Proceso Administrativo*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1966, p. 67.

General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; *presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra*.

j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k) Ser juzgado por una jueza o juez *independiente, imparcial y competente*. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.¹³¹

Todos estos principios deberían en teoría ser respetados para que se pueda llevar a cabo un proceso transparente, y eficaz, en el que se respeten todos los derechos de las partes y se lleve a cabo el procedimiento de manera en que los litigantes puedan realizar su trabajo sin tener que acudir a tácticas o estrategias de astucia, que no son siempre la mejor manera de litigar. Los litigios deberían darse en forma de buscar los mejores intereses de las partes, pero en base a todos los hechos y todas las pruebas existentes, y no en base a la trampa ni tampoco el tropiezo de la otra parte. En nuestra cultura jurídica se actúa muchas veces en base al ocultamiento de la prueba, o la sorpresa a última hora de hechos. Esto no solo entorpece la celeridad de los procesos, sino que no permite a las partes una adecuada defensa, pues no poseen la información completa y veraz de los hechos sobre los que se está litigando.

3.4.2 ¿Qué cambios se deben dar para que sea exitosa la aplicación del Discovery? ¿Qué implicaciones puede conllevar este uso en la cultura arbitral local?

Para que el Discovery se pueda llevar a cabo de una forma correcta y sin trabas, es necesario que las partes entiendan cual es la verdadera intención de utilizar el Discovery, pues no implica simplemente un paso procesal más a seguir, sino una intención de buscar la veracidad de los hechos, de forma que se litigue sobre hechos verídicos y claros, y no sobre la percepción de los hechos por cada una de las partes.

Por lo tanto, para que se pueda aplicar el discovery exitosamente, es necesario que las partes estén dispuestas a buscar la mayor claridad posible de los hechos, para de esta forma poder planificar de mejor manera su defensa y armar su teoría del caso en base a

¹³¹ Constitución del Ecuador. Artículo 76. Publicada en el Registro Oficial No. 449 del 28 de octubre de 2008.

algo que corresponda con la realidad, y no con una ficción de la que se busca convencer a la autoridad.

En cuanto a cambios legales, no es necesario realizar un cambio a nivel legislación, puesto que el Discovery es un pacto entre las partes signatarias del contrato, al que está anclada la cláusula arbitral. Esta cláusula es un contrato por si mismo, y por lo tanto goza de autonomía contractual y de libertad negocial.

[...] Predicando la autonomía de la cláusula arbitral se procura mantener su eficacia preceptiva, es decir, se pretende afirmar el principio básico reconocido como norma universal enunciada por los clásicos en tres palabras *pacta sunt servanda*, que implica el respeto a la libertad de la declaración conjunta, válida y vinculante de *voluntad negocial*.¹³²

La cláusula arbitral por lo tanto, es un contrato que mediante el principio de libertad negocial, cuenta con autonomía, y su contenido es de libre pacto entre las partes que celebran el contrato. De esta forma, es fácil para las partes pactar discovery en los arbitrajes locales a pesar de que la legislación ecuatoriana no establezca nada al respecto. Mientras la cláusula arbitral no se invalide por ser ilegal, o patológica, se podrán establecer todas las condiciones requeridas por las partes para el arbitraje.

La libertad contractual significa que las partes pueden con la manifestación de su intención crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Este principio implica que se tiene libertad para elegir con quien se contrata, que clase de contrato celebrar –pudiendo ser un contrato atípico– y *redactar las cláusulas que las partes consideren apropiadas. Siempre y cuando se respete el orden público y no contravengan normas imperativas*.¹³³

Este texto da dos pautas muy importantes a considerar: La primera es que la libertad contractual permite a las partes escoger con quien se va a contratar, la forma del contrato, y su contenido. Es decir, que gracias al principio de Derecho Privado que establece que todo lo que no está prohibido está permitido,¹³⁴ las partes pueden pactar en el contrato cuanta cláusula requieran, siempre que éstas no estén en contra de la ley. La segunda pauta a considerar, es que este principio de libertad contractual tiene un límite, que se encuentra en el orden público y en la ley. Las partes podrán pactar todo lo que

¹³² Fernando Aguilar, La Autonomía del Acuerdo Arbitral, <http://www.foresjusticia.org.ar/documento-detalle.asp?IdDocumento=282> (Acceso: 1/04/2014).

¹³³ Hernany Veytia et al., Universidad Panamericana, *Contratación internacional: Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*, UNAM, Ciudad de México, 1998, p. 39.

¹³⁴ Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo, Bases y Fundamentos*, Tomo II, Santiago: Editorial Jurídica Chile, 1996, p. 27.

quieran, mientras las cláusulas del convenio pactado se encuentren dentro de parámetros legales.

Por último, es muy importante mencionar que la cláusula arbitral al ser un contrato, goza del principio *pacta sunt servada*, el cual refiere al cumplimiento de buena fe del contrato. Este principio involucra la obligación de las partes de cumplir las obligaciones establecidas en el contrato, y todas sus condiciones a cabalidad, con lo que se entiende que si las partes pactan utilizar Discovery, entonces las mismas deben cumplir con lo pactado.

Un contrato obliga a las partes como ellas quisieron obligarse – *pacta sunt servanda* – y su correlativo principio: las partes por su propia voluntad pueden modificar el contrato.¹³⁵

La aplicación del Discovery no solo que implica una nueva aplicación al sistema probatorio dentro del arbitraje, sino que más allá de esto, implica una nueva forma de actuar por parte de los abogados que defienden a sus clientes. El Discovery se convierte no solo en una condición establecida en un contrato sino en una herramienta para el arbitraje local.

El constante uso del Discovery en el arbitraje constituiría un cambio en la cultura arbitral y además en la forma de la práctica del litigio, ya que el Discovery busca una verdad material, y no una verdad jurídica, y a través de su uso las partes buscan llegar a la veracidad de los hechos. Por lo tanto la si se usa discovery la estrategia de litigio debe cambiar pues no se deberá buscar defender la teoría del caso desde una perspectiva sesgada sino desde una perspectiva global de la historia de los hechos. En este sentido se puede decir que la práctica profesional también se ve afectada por el Discovery.

Esta implementación sería sin duda un reto para los abogados que ya están acostumbrados a la práctica actual de litigio. Se podría pensar incluso descabellada la idea de colaborar con la otra parte para poder llevar a cabo un litigio en base a hechos específicos, ya que la práctica de litigio local está dirigida a litigar en base a secretos y a la sorpresa que se le puede llegar a dar a la otra parte para desvirtuar su prueba.

El cambio de mentalidad y de estrategias de litigio para una persona que ha litigado ya muchos años en el sistema civilista, implicaría dificultad, sin embargo, la práctica en todos los campos hace que se llegue a manejar con agilidad los procesos nuevos. Todos los cambios implican adaptación, sin embargo, esto conlleva al desarrollo de las sociedades.

¹³⁵ *Ibíd.* p. 40.

3.4.3 Posibles cambios en el sistema probatorio actual con el Nuevo Código Procesal Unificado.

Actualmente en el país se debate el Código Procesal Unificado para todas las materias no penales. Este código, según el proyecto borrador, incluye en el párrafo segundo, del título primero del libro tercero, disposiciones nuevas sobre el acceso judicial a la prueba, que dentro del Código de Procedimiento Civil actual no contiene.

Dentro de estas disposiciones, son relevantes con relación a la materia de este trabajo son los siguientes artículos:

Artículo 162.- *Ámbito del acceso judicial a la prueba.* *Toda información que no esté en poder de las partes y que para ser obtenida requiera del auxilio del tribunal, no estará sujeta a la obligación de anuncio regulada en este Código y facultará a las partes para solicitar al tribunal que ordene a la contraria o a terceros que la produzcan, entreguen o faciliten de acuerdo a las normas de este Párrafo. [...]*

Este artículo introduce al sistema probatorio ecuatoriano el objetivo del Discovery, y permite que las partes mediante el auxilio de los jueces puedan solicitar a la parte contraria o a terceros que produzcan, entreguen o faciliten prueba que no se encuentre al libre acceso de la parte ordenante. Este es justamente el fin de esta figura jurídica, en lo que tiene que ver al acceso de la documentación para la prueba.

Artículo 164.- *Estándar para la autorización del acceso judicial a la prueba.* *La jueza o el juez accederá a la solicitud de acceso judicial a la prueba cuando considere que, como consecuencia del mismo, se pudiere obtener información pertinente, o que pudiere llevar a obtener noticia sobre la existencia de otra información pertinente.*

Dentro de los límites del alcance del Discovery explicados, se encontraba la necesidad de justificación de que lo requerido para la prueba sea pertinente con el tema del litigio. Es decir, el Discovery requiere que la información a revelar tenga la suficiente relevancia para demostrar algo en el caso, o a su vez, que sea lo suficientemente relevante para conducir a una prueba. Este artículo establece el mismo alcance para la solicitud de Discovery dentro del sistema probatorio que se encuentra en debate.

Sin embargo, este proyecto de ley, si trae una diferencia del Discovery arbitral objeto de estudio de este trabajo, y es que el artículo 166 establece sanciones para aquellas personas que hayan sido requeridas revelar documentación, y que no lo han acatado. En este sentido se establece una multa de hasta mil dólares de los Estados Unidos de América,

y también la posibilidad de apremio.

Artículo 166.- Sanciones. Todo tercero a quien haya sido impuesta la obligación de entregar información deberá cumplirla en la forma establecida por la jueza o el juez, quedando apercibido de multa de cien a mil dólares de los Estados Unidos de América y de aplicar apremio de arresto.

Si la obligación de entregar información hubiese sido impuesta a las partes, además de las sanciones descritas en el inciso anterior, la jueza o el juez presumirá que la información no entregada perjudica a la parte incumplidora.¹³⁶

En el caso de los arbitrajes, esta disposición no se podría utilizar directamente por parte de los árbitros, pues estos carecen de poder de Imperio, sin embargo, si se pactare en el convenio o cláusula arbitral esta posibilidad, entonces los árbitros podrían en caso de desobediencia, pedir a la autoridad judicial que ordene acatar la orden o que sancione al infractor.

En este sentido, es importante tomar en cuenta que si la aplicación del Discovery implica ya un reto para los árbitros por la dificultad de hacer cumplir la orden de revelación de la prueba, ya que no poseen de poder de Imperio, entonces, esta última disposición podría beneficiar la aplicación de esta figura en el país, ya que este código, una vez publicado en el Registro Oficial, se convertirá en la ley supletoria a la ley de arbitraje, en lugar del Código de Procedimiento Civil que se encuentra vigente hoy en día.

¹³⁶ Borrador del Código Procesal Unificado. No publicado en Registro Oficial. Consejo de la Judicatura, Consejo de Estudios de Justicia de las Américas, 16/04/2012.

4. Conclusiones y Recomendaciones:

La aplicación del Discovery acarrea varios puntos fundamentales que son importantes recapitular:

En primer lugar, en cuanto al origen de esta figura procesal, y a su objeto, es importante establecer que el Discovery es una figura procesal que tiene su origen en el Derecho Anglosajón y que gracias a la corriente globalizadora existente actualmente, su utilidad se ha expandido al punto que los arbitrajes internacionales se han visto influenciados por esta figura. El Discovery constituye una herramienta que permite a las partes procesales solicitar auxilio al tribunal arbitral para que puedan obtener información que no se encuentra a su alcance, y de esta forma, poder obtener un mejor control de la teoría del caso y de su defensa. Esta herramienta no cambiaría el sistema probatorio vigente, sino que al contrario, lo complementaría, ya que es una herramienta de apoyo, que puede decidir utilizarse o no.

La aplicación del Discovery y la extrapolación de esta figura al Derecho Civil se da en gran parte gracias a los principios generales del Derecho con los que el Discovery funciona. Los principios generales del Derecho, por tener un carácter universal, se convierten en la base de la aplicación de cualquier figura, cuando no existe una base legal específica que lo permita.

En segundo lugar, en cuanto a la razón de la aplicación del Discovery es importante dejar claro que el interés de este trabajo es que se cree una cultura jurídica en el arbitraje local, encaminada a buscar la mejor calidad y claridad de los hechos posible dentro de un proceso, para que de esta manera se pueda litigar en base a hechos que sean más afines con la realidad, y no únicamente, con interés a la versión de los hechos que cada parte plantea, pues de esta forma se evita litigar en base a hechos tergiversados, y torneados a la voluntad y al interés de cada una de las partes. Con la aplicación del Discovery se busca obtener una verdad material, y no una verdad jurídica, que se interpretable por cada parte.

Por otro lado, el interés del Discovery es que se pueda tener una convicción única de los hechos y de esta manera poder preparar las defensas de cada cliente con una mayor

exactitud y con una mejor estrategia. Para que esta convicción se pueda dar, es necesario obtener un cambio en el estilo de litigio de los abogados locales, puesto que actualmente litigan con el objetivo de desvirtuar la prueba de la parte contraria, en vez de concentrarse en demostrar que su teoría del caso por una u otra razón es la verdadera, de acuerdo a los hechos que mediante el Discovery se han llegado a demostrar.

En este sentido, el Discovery constituye una herramienta muy útil para llegar a una práctica de litigio más honesta, la cual busca no solo dar una ayuda a las partes y agregar una herramienta al sistema de prueba, sino que busca realizar un cambio en la cultura de litigio arbitral local, pues una vez pactado arbitraje con discovery, la estrategia del litigio debe cambiar, y se debe crear una posición de mayor colaboración entre las partes y de esta manera dejar de lado la idea de intentar hacer caer a la parte contraria mediante sorpresa, trampa o en una pérdida de tiempo injustificada.

Para evitar que el verdadero sentido del Discovery se desvirtúe, y se convierta únicamente en una gran fuente de costos procesales, es necesario que exista un control sobre esta figura. Si bien esta figura está atada a un contrato suscrito entre las partes, y por lo tanto, está ligado su voluntad directa, contiene limitaciones, al igual que toda figura procesal, para de esta manera evitar que se den abusos entre las partes, y gastos innecesarios en los que se podría incurrir fácilmente con esta herramienta. La principal limitación existente para la solicitud de revelación de la prueba es la demostración de que lo solicitado tiene una relevancia en el proceso, y de esta forma se evita realizar una expedición de pesca sobre las pruebas.

En tercer lugar, en cuanto a las dificultades de aplicación del Discovery, vale hacer énfasis en que es una figura procesal que está basada en muchos principios, y dentro de esos la buena fe, por lo que para la implementación de este principio se requiere una actitud colaborativa por parte de los litigantes y sobretodo transparente, y esto en honor a un pacto realizado con una cláusula o convenio arbitral que manifieste el deseo de utilizar el Discovery. Por lo que como recomendación en este punto, es esencial establecer la necesidad de una disposición que facilite al tribunal solicitar ayuda judicial para hacer cumplir las ordenes dadas a las partes para ejecutar el Discovery.

La aplicación de esta figura no es solo complicada ya que está ideada para una cultura jurídica distinta a la existente en Ecuador, sin embargo, considero que podría acarrear a un cambio positivo con el uso continuo de esta figura. Para esto se requiere sin embargo, una apertura extrema para utilizar nuevos parámetros en el sistema de prueba, y más allá lo procesal, comenzar un proceso de entendimiento de que el Discovery es una figura que busca un sistema más justo y equitativo de justicia.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que si bien esta implementación va a tener ciertas dificultades, y que puede tomar algún tiempo en aplicarse, durante el proceso de transición y adecuación al sistema, no habrá cambios radicales, pues se deberá seguir aplicando el sistema probatorio previsto en el Código Civil como ley supletoria a la Ley de Arbitraje y Mediación.

En cuarto lugar, respecto de los límites procesales de esta figura, es muy importante resaltar que el Discovery tiene un límite más allá de lo pactado por las partes en la cláusula arbitral, y es el orden público y la ley. Además, los árbitros tienen la potestad de admitir o rechazar pruebas que no sean relevantes para el caso. Con estos límites, se puede precautelar el exceso de requerimientos de información que pudiere darse con el objetivo de dilatar el arbitraje o de incrementar costos.

Los límites del arbitraje ayudarán a que las partes se concentren en solicitar documentos que realmente sean necesarios para probar un determinado punto de su teoría del caso, y se centren en actuar en base a los intereses de sus clientes, y no en hacer fallar los intereses de la otra parte. Si bien el litigio implica lograr resultados positivos sobre la otra parte, esto se puede realizar perfectamente utilizando tácticas litigiosas que estén basadas en hechos veraces y no en versiones de los hechos matizadas por los intereses de cada uno.

Finalmente, en relación al costo beneficio de aplicar el Discovery en mi opinión, si este es realizado con todas las pautas de limitaciones, y se origina en una cláusula arbitral bien realizada, que no sea patológica y que incluya una mecanismo de obligación de cumplimiento para las partes, entonces se pueden ahorrar muchos recursos, tiempo y las partes se pueden beneficiar realmente de la información que va a obtener con la revelación

de la prueba, no solo con un fin de obtener información, sino también con una visión de mejora de la calidad del arbitraje a seguirse.

Para facilitar este proceso, es importante considerar que debido a la tecnología actual el Discovery se manera en gran parte de forma electrónica, sin embargo, esto crea un intercambio excesivo de documentación inútil, por lo que todo el material que se recibe dentro del intercambio de información deberá pasar someterse a un proceso de revisión y selección, para a la final obtener una pequeña cantidad de documentación relevante para el caso. El Discovery electrónico ha permitido que el discovery pueda funcionar en arbitrajes que tienen partes ubicadas en diversas ciudades, y por lo tanto, ha facilitado la rapidez del intercambio de documentación en casos que manejan largas distancias.

En mi opinión el Discovery es una manera de colaborar en la búsqueda de una mejora procesal para los procesos arbitrales. Su aplicación a pesar de generar un costo mayor para las partes, aporta ideas, información, y sobretodo una base de veracidad sobre la cual litigar, una vez obtenida una perspectiva más global de los hechos del caso y de la posición de cada una de las partes respecto de la información obtenida.

Por todo lo expuesto, considero que la aportación de esta figura anglosajona a nuestro sistema civil constituiría un paso de desarrollo jurídico y sobretodo de desarrollo profesional para los litigantes locales, puesto que les daría una visión más amplia del litigio y les cambiaría la manera de planificar sus estrategias para defender a sus clientes. Este aporte no cambia el fondo del sistema probatorio existente, simplemente lo complementa.

5. Bibliografía:

- AGUILAR. Hilda. La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional. Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico. Santiago de Compostela, 2001.
- AGUILAR Fernando, La Autonomía del Acuerdo Arbitral, <http://www.foresjusticia.org.ar/documento-detalle.asp?IdDocumento=282>
- ANDRADE C, Xavier. *Breves Reflexiones sobre el arbitraje en la nueva Constitución Ecuatoriana*, Revista Arbitragem e Mediação, Sao Paulo, 2009.
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio. Apuntes de Derecho Procesal. Tema 3 Las partes procesales, 2008. web: ocw.uca.es/mod/resource/view.php?id=1365
- ANSUÁTEGUI ROIG Francisco Javier, *Poder, Ordenamiento Jurídico, derechos*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.
- ASTIGARRA José, *La aportación de documentos, Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.
- BAYER, Carl. *Discovery Issues in Arbitration Proceedings*. 21st Annual Advanced Evidence and Discovery Course. Texas, 2008, Chapter 18. http://www.karlbayer.com/pdf/publications/2008-04-24_KarlBayer_Discovery-Issues-in-Arbitration.pdf
- BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. DERAIS Yves y MANTILLA SERRANO Fernando. *Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.
- BONE Robert G. *Who Decides? A Critical Look at Procedural Discretion*. Boston University School of Law. Working Paper No. 06-29. Boston, 2006.
- BORJA MIÑO Manuel Antonio, *La Prueba en el Derecho Colombiano*, UNAB, Bogotá, 2003.
- CASEY Kevin, *How arbitration works: Discovery, Motions, Hearings*. <http://www.stradley.com/library/files/krc-howarbitration.pdf>
- CALAMANDREI Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, Tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1943, num. 58.
- CREMADES, Bernardo. *El arbitraje en la Doctrina Arbitral Española*, Revista Lima Arbitration No. 1, 2006, p. 200 Obtenido de Dirección web: http://www.limaarbitration.net/LAR1/bernardo_m_cremades.pdf el 19 de septiembre de 2013.
- Compagnie Financiere et Commerciale du Pacifique v. Peruvian Guano Co. Laudo Arbitral.
- COHEN Adam, LENDER David. *Electronic Discovery. Law and Practice*. Walters Kluwer Law and Business, United States.
- COULON BAUER, Sebastián. *DISCOVERY ARBITRAL, Procedencia y alcance de su aplicación en arbitrajes comerciales internacionales con sede en Chile*,

- http://www.academia.edu/4643021/El_Discovery_Arbitral_Procedencia_y_alcance_de_su_aplicacion_en_Arbitrajes_Comerciales_Internacionales_con_sede_en_Chile#
- COOTER Robert y RUBINFELD Daniel, *An Economic Model of Legal Discovery*, J. Legal Stud., 1994.
- ECHANDÍA Hernando Devis *Teoría General de la Prueba Judicial*, Editorial Temis, Buenos Aires, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Epistemología Jurídica y Garantismo*, Distribuciones Fontamara, México, 2008.
- FISHER, Roger. *Las emociones en la negociación*, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2007.
- FLISFISCH Jorge, et Al., *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Tomo LXXXVIII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991.
- Gil ECHEVERRI, J.H. *Curso práctico de arbitraje*. Editorial Librería del Profesional, Colombia, 1993.
- GÓMEZ RODRIGUEZ, Eleazar. *Poder Judicial y Proceso Administrativo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1966.
- GONZALEZ-MONTES, José Luis. *La asistencia judicial al arbitraje* (Ley 60/2003, diciembre). Editorial Reus. Madrid. 2009.
- GONZALO QUIROGA, Martha. *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial: (arbitrabilidad y derecho aplicable al fondo de la controversia internacional)*, Librería-Editorial Dykinson, 2003.
- GYBSON Dunn, E-Discovery Basics: The E-Discovery Life Cycle. Vol. 1, No. 2, 2009.
- HANOTIAU Bernard. *La aportación de documentos, Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.
- HAYDOCK Roger, et Al., *Fundamentals of Pretrial Litigation*, West Publishing Company, USA, 1985, § 4.1, citado en Sullivan, Peter, *Harmonizing the Civil and Common Law Traditions in Prehearing Document Disclosure in Commercial Arbitration*, <http://www.hugheshubbard.com/ArticleDocuments/Civil%20and%20Common%20Law%20Traditions.pdf>
- International Centre for Dispute Resolution, ICDR Guidelines for Arbitrators Concerning Exchanges of Information.
https://www.adr.org/aaa/ShowPDF?doc=ADRSTG_002579
- IICA, CCI, WTO, et al, *Arbitraje y solución alternativa de controversias. Cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales: el caso de Costa Rica*, IICA Biblioteca Venezuela, Caracas, 2005.
- JACOB, JACK IH. *The Hamlyn Lectures: The Fabric of English Civil Justice*, Sweet & Maxmell Ltd, 1994.
- JIMÉNEZ MURILLO, Roberto. “Los principios de impulso de oficio y verdad material en el procedimiento administrativo”, *Revista Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, No. 67 (2011)
- KRAY DOLLAR David. *Comercio exterior, crecimiento y pobreza*, [www.imf.org/external/pubs/ Redfern ft/fandd/spa/2001/09/pdf/dollar.pdf](http://www.imf.org/external/pubs/Redfern%20ft/fandd/spa/2001/09/pdf/dollar.pdf)

- MACKIE, David. *Discovery in Commercial Litigation, Essays on "Access to Justice"*, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- MANTILLA SERRANO, Fernando, *La Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005.
- MANTILLA SERRANO, Fernando. *La prueba en el arbitraje: Generalidades*, http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-131113-01la_prueba_en_el_arbitraje_i_generalidades/noti-131113-01la_prueba_en_el_arbitraje_i_generalidades.asp?Miga=&CodSeccion
- MANTILLA SERRANO, Fernando. *La prueba en el arbitraje: Oportunidad de Prueba*. http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-140129la_prueba_en_el_arbitraje_oportunidad_de_la_prueba/noti-140129-01la_prueba_en_el_arbitraje_oportunidad_de_la_prueba.asp?IDObjetoSE=17546.
- MALLANDRICH MIRET, Núria. *Medidas Cautelares y Arbitraje*, Atellier Libros, Barcelona, 2010.
- MARTÍNEZ FRAGA, Pedro. *La obtención y revelación de documentos e información en e proceso civil estadounidense("Discovery") y su influencia en la convergencia de culturas jurídicas en el arbitraje internacional*. Universidad de Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2007.
- MARTINEZ-FRAGA, Pedro. *La Obtención y Revelación de documentos e información en el proceso civil estadounidense("Discovery") y su influencia en la convergencia de culturas jurídicas en el arbitraje internacional*. Universidad de Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones. 2007.
- MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, Iván. *El Pre-Trial Discovery of documents en los litigios internacionales*, Legal Today. http://www.legaltoday.com/practica-juridica/supranacional/american_law/el-pre-trial-discovery-of-documents-en-los-litigios-internacionales, el 20 de octubre de 2013.
- MULLERAT, Ramón. Prólogo a la obra de Pedro Martínez Fraga, *La obtención y revelación de documentos e información en e proceso civil estadounidense ("Discovery") y su influencia en la convergencia de culturas jurídicas en el arbitraje internacional*.
- M. MONIR Chief Justice, *Textbook on The Law of Evidence*. Universal Law Publishing Co., 8va. Edición, New Delhi, 2011.
- MORRISEY, Joseph. *International Sales Law and Arbitration: Problems, Cases and Commentary*. Kluwer International Law, Holanda, 2008.
- MONTAÑA Miquel y SELLARES Jordi. *Arbitraje: Comentarios Prácticos para la empresa*, Consejo Editorial de Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., Madrid, 2011.
- NELSON, Brian. *Law and Ethnics in Global Business: How to integrate law and ethnics into corporate government*. Taylor and Francis Books, New York, 2005.
- New Zealand Law Commission, *Reforming the rules of general Discovery*, Discussion paper 45, Wellington, 2001.
- NYGH, Peter Edward. *The Choice of Forum and Laws in International Comercial Arbitration*, 1997.
- Laudo Arbitral del caso Liamco v. Libya, emitido el 12 de Abril de 1997.

- LÓPEZ YAGUES, Verónica. *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, Editorial La Ley, Madrid, 2005.
- O'MALLEY, Nathan. *Rules of Evidence in International Arbitration*. Informa Law from Routledge. New York, 2012.
- ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Buena fe en los contratos*, Editorial Reus, 2011.
- PAUL George, NEARON Bruce. *The Discovery Revolution: E-discovery Amendments to Federal Rules to Civil Procedure*, ABA, 2006.
- PEREIRA PUIGVERT Silvia. *La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos*, Tesis doctoral. Universidad de Girona. 2012.
- PUPPIO J. Vicente, *Teoría General del Proceso*, Universidad Católica Andrés, 1995.
- Real Academia Española, 22da. Edición, CELERIDAD.
- REDFERN Alan y HUNTER Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3ra ed., Sweet and Maxwell, Londres, 1999.
- ROBLETO ARANA, Christian Alberto. *Comentarios a la Prueba en el Proceso Arbitral con énfasis en la prueba pericial y testifical*. <http://www.cmanicaragua.com.ni/index.php/documentacion-y-descarga/articulos-de-interes/comentarios-la-prueba-en-el-proceso-arbitral-con-énfasis-en-la-prueba-testifical-y-pericial/>
- ROCA AYMAR, José Luis. *El arbitraje en la contratación internacional*, ESIC Editorial, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. *Los principios generales del Derecho*, Universidad de Santiago de Compostela, 2008.
- RODRÍGUEZ MEJÍA, Marcela. *Medidas Cautelares en el Procedimiento Arbitral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.
- ROJAS ELGUETAAL, Giacomo. *Understanding Discovery In International Commercial Arbitration Through Behavioral Law And Economics: A Journey Inside The Minds Of Parties And Arbitrators*, Harvard Negotiation Law Review, No. 165, 2011.
- SÁNQUIZ Shirtley, *El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano*, Universidad Católica Andres, Caracas, 2005.
- SALANOVA, Juan. *Diccionario de Dichos y Frases Hechas*, Casa El Molino, España, 2010.
- SAMPFORD, Charles, BLENCOWE, Sophie and CONDLIN, Suzanne. *Educating Lawyers for a Less Adversarial System*. The Federation Press, Sydney, 1999.
- SALVAT, Raimundo citado por TAWIL, Guido. *La Valoración de Pruebas*. Material presentado en: Congreso Internacional de Arbitraje: "Particularidades del Procedimiento Arbitral en jurisdicciones Latinoamericanas", organizado por ICC México (Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio). México D.F. el 25 de agosto del año 2005.
- SELLARÉS Jordi, MONTAÑÁ Miquel, *Arbitraje: Comentarios prácticos para la empresa*, Difusión Jurídica, Madrid, 2011.

- STAMPA, Gonzalo. *Discovery Arbitral*. Colex, Madrid, 2011
- SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo, Bases y Fundamentos*, Tomo II, Editorial Jurídica Chile, 1996.
- SULLIVAN, Peter. *Harmonizing the Civil and Common Law Traditions in Prehearing Document Disclosure in Commercial Arbitration*, <http://www.hugheshubbard.com/ArticleDocuments/Civil%20and%20Common%20Law%20Traditions.pdf>
- TARUFFO Michelle, *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2008.
- VEYTIA, Hernany et al., Universidad Panamericana, *Contratación internacional: Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*, UNAM, Ciudad de México, 1998.
- VILLAMAYOR Sergio, *La prueba en el Arbitraje*. <http://www.colabogados.org.ar/larevista/pdfs/id14/la-prueba-en-el-arbitraje.pdf>
- VINNIUS, Arnoldus, *Comentario académico y forense del célebre jurisconsulto Arnolfo Vinnio á los cuatro libros de las instituciones imperiales de Justiniano*, Tomo II, Establecimiento Tipográfico de D. Juan Oliveres Impresor de S.M., Barcelona, 1847.
- WOOLF Lord H. *Access to Justice*, HMSO, Reino Unido, 1996.
- ZEY Mary, *Rational Choice Theory and Organizational Theory: A Critique*, Sage Publications, California, 1998.

6. Plexo Normativo.

Código Orgánico de la Función Judicial. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 554, del 9 de marzo de 2009.

Constitución del Ecuador. Publicada en el Registro Oficial No. 449 del 28 de octubre de 2008.

Código de Procedimiento Federal. Estados Unidos de América.

Ley de la Procuraduría General del Estado. Publicada en el Registro Oficial 312 de 13 de Abril del 2004.

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

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

Federal Rules of Civil Procedure. Art 45. Traducción libre: Las ordenes de comparecencia, en relación al artículo 45 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil pueden ordenar a un tercero el entregar libros, documentos, o cosas tangibles que se encuentren en su posesión, custodia, o control de esa persona.

Código Civil. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 46, del 24 de junio de 2005.

IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010), Art. 9.7 http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#takingevidence.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Art. 25.

Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre las Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional. Londres, 2006.

IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010)

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

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, 2006.

Ley de Arbitraje, España.