

No hay razón para temer a la exhibición de pruebas (*discovery*) en un arbitraje internacional con sede en Estados Unidos

por Hon. Ariel E. Belen (Ret.)

La posibilidad de que la exhibición de pruebas sea prolongada, excesivamente onerosa y costosa tanto en el arbitraje local, como en el internacional con sede en los Estados Unidos, ha sido una de las principales inquietudes entre las entidades comerciales y sus respectivos abogados por muchos años. Las partes internacionales con frecuencia se hacen las siguientes preguntas: ¿Por qué deberían de aceptar menores estándares probatorios en un arbitraje y renunciar al derecho a apelar si potencialmente gastarán tanto dinero, tiempo y recursos como lo harían en un tribunal? Siendo empresas extranjeras acostumbradas al litigio con poca o nula exhibición de pruebas, ¿por qué se someterían voluntariamente a un tribunal arbitral estadounidense, particularmente a uno que cuente con jueces estadounidenses jubilados, los cuales están acostumbrados a ordenar una exhibición de pruebas aparentemente interminable mediante una entrega voluminosa de documentos, una costosa exhibición electrónica de pruebas y una multitud de declaraciones?

Son preguntas legítimas que exigen la atención de árbitros, de abogados de arbitraje y de proveedores de arbitraje. Sin embargo, las respuestas a estas preguntas son probablemente más matizadas de lo que las preguntas puedan sugerir. La mayoría de los árbitros estadounidenses, incluyendo los jueces estadounidenses jubilados, se adhieren a los principios fundamentales del arbitraje como una criatura contractual, y por lo tanto, las partes son libres de trazar su propio curso, incluyendo lo mucho o poco que se debe permitir en la exhibición de pruebas en su arbitraje. Un árbitro más experimentado, que conozca bien éstos principios, con frecuencia intentará guiar el proceso arbitral tan eficientemente como sea posible, incluso si las partes solicitan y han acordado una amplia exhibición de pruebas.

Los abogados en las jurisdicciones de derecho civil esperan poca a nula exhibición de pruebas en sus controversias. El proceso de exhibición de pruebas en el *common law*, por otra parte, dependiendo del alcance de las pruebas, puede ser largo y costoso. Muchos abogados del derecho civil consideran a la exhibición de pruebas tradicional del *common law* excesivamente onerosa e intrusiva, mientras que los abogados de dicho *common law* consideran a la exhibición de pruebas amplia una absoluta necesidad para lograr transparencia completa y maximizar la posibilidad de éxito en el caso subyacente.

Una medida preventiva que puede tomarse para impedir un proceso de divulgación excesivamente amplio es redactar de manera apropiada una cláusula arbitral, la cual incluya disposiciones que limiten la exhibición de pruebas. [El Artículo 19 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional](#) (Ley Modelo de la CNUDMI), otorga a las partes una amplia discrecionalidad para desarrollar los procedimientos de un proceso arbitral. Por lo tanto, la Ley Modelo de la CNUDMI aclara que si un acuerdo de arbitraje no especifica los procedimientos que deben seguirse el tribunal arbitral los decidirá por las partes. En consecuencia, establecer claramente en el acuerdo de arbitraje lo que se considera una exhibición de pruebas aceptable e inaceptable es primordial.

No solamente el contrato entre las partes tiene un papel fundamental en la manera en que el procedimiento manejará el intercambio de información, sino también el elegir al órgano administrador correcto, o a las reglas de administración en un procedimiento *ad hoc*, y el conocer los reglamentos aplicables que regirán su arbitraje son esenciales para evitar una exhibición de pruebas excesiva y costosa. Por ejemplo, las [Directrices de Eficiencia de JAMS para la Fase previa a la Audiencia de los Arbitrajes Internacionales](#) (JAMS Efficiency Guidelines for the Pre-Hearing Phase of International Arbitrations) (“Directrices de JAMS”) garantizan que JAMS “siempre haya llevado a cabo arbitrajes con sede en Estados Unidos de conformidad con las normas y prácticas internacionalmente aceptadas”. Estas directrices pueden ayudar a los neutrales a tomar el control del procedimiento previo a la audiencia y pueden ayudar a las partes a tener confianza en que el árbitro único, o tribunal, llevarán a cabo un arbitraje de conformidad con las normas internacionalmente aceptadas. Directrices como éstas pueden ser la diferencia entre un procedimiento largo y pesado y uno rápido y eficaz. Estas directrices sugieren que un neutral debe emplear un enfoque adaptativo, tanto como si el caso emanara de una jurisdicción de *common law* o de derecho civil.

Además, las Directrices de JAMS también dejan claro que, aunque las partes pueden trazar su propio camino, se prefiere una exhibición de pruebas limitada y "cuando una parte quiera ampliar la Divulgación previa a la Audiencia y la otra quiera limitar la divulgación previa a la audiencia, el árbitro establecerá limitaciones significativas". Finalmente, las Directrices de JAMS reconocen que las declaraciones de testigos por escrito son perfectamente aceptables en arbitrajes internacionales en lugar del testimonio directo.

A falta de negar la equidad fundamental, es claro que no hay ninguna norma o protocolo legal que obligue a los árbitros estadounidenses a permitir una exhibición de pruebas completa y abierta en un arbitraje internacional. No hay ningún requisito del *common law* o legal que exija este resultado. De hecho, y muy al contrario, los árbitros estadounidenses tienen discreción y el apoyo de por lo menos algunos foros arbitrales y sus reglamentos para guiar, si es que no ordenar, a las partes a un proceso de exhibición de pruebas más eficiente y menos costoso que proporcione el debido proceso y un camino acelerado hacia un laudo que sea justo y expedito.

Aunque las partes y los abogados pueden naturalmente tener miedo a participar en un arbitraje con un tribunal arbitral estadounidense que esté impregnado de la tradición del *common law*, y que potencialmente tiene una visión mucho más amplia de la exhibición de pruebas, no hay nada que temer. Los árbitros estadounidenses, abogados y jueces jubilados por igual, tienen conocimiento de las directrices y reglamentos de los principales foros internacionales de arbitraje, que respetan las expectativas de exhibición de pruebas más limitada de los profesionales del derecho civil y, al mismo tiempo, facultan a los árbitros a estructurar el procedimiento de exhibición de pruebas para adaptarse a las demandas de las partes en particular y sus controversias individuales.

Ariel E. Belen (Ret.) actúa como Árbitro, Mediador y Special Master de JAMS en complejas controversias locales e internacionales que abarcan una amplia gama de áreas de práctica. Puede ser contactado en abelen@jamsadr.com.