

INTRODUCCIÓN A LA PROBÁTICA ARBITRAL  
INTRODUCTION TO THE EVIDENCE IN  
ARBITRATION

*Rev. boliv. derecho, n° 7, enero 2009, ISSN: 2070-8157, pp. 228-240*

Carlos Alberto  
MATHEUS  
LÓPEZ

RESUMEN: El presente trabajo se ocupa del estudio de la prueba en el arbitraje peruano, observando sus principios rectores, así como sus reglas de admisión, pertinencia y valoración.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje, prueba, pericia, valoración de la prueba, auxilio judicial.

ABSTRACT: The present article analyzes the study of the evidence in the Peruvian arbitration. It includes its guiding principles and its rules of admission, pertinence and valuation.

KEYWORDS: Arbitration, evidence, expert witness, valuation of evidence, judicial intervention.

**SUMARIO:** 1. El sistema probatorio de la LGA. 2. La preterición del proceduralismo probatorio. 3. Principios rectores de la práctica de la prueba. 4. Sustantividad de la prueba e intervención del árbitro. 5. Incorporación de medios de prueba. 6. La prueba pericial. 7. Pertinencia y admisibilidad de la prueba. 8. La inmediatez de la prueba. 9. Las denominadas aclaraciones o informaciones. 10. La valoración de la prueba. 11. El auxilio judicial en la probática arbitral.

## 1. EL SISTEMA PROBATORIO DE LA LGA

Cabe afirmarse inicialmente que el sistema probatorio posee en nuestra Ley General de Arbitraje (LGA) una innegable vocación de referencia.

La sola ubicación en la LGA de tan sólo tres preceptos como son los artículos 34, 37 y 40 LGA, no resulta suficiente<sup>1</sup> para resolver los problemas que puedan suscitarse de la regulación del sistema probatorio en la LGA<sup>2</sup>.

En tal forma, resulta preciso determinar el sentido de la cláusula de referencia presente en los artículos antes citados. La solución fácil sería remitir sin más la regulación del sistema probatorio de la LGA a la *vis atractiva* general del Código Procesal Civil (Primera Disposición Complementaria y Final del CPC), si se tiene en cuenta la tradicional vinculación del arbitraje con el proceso civil, que incluso supuso que su ubicación anterior pudiera hallarse en el Código de Procedimientos Civiles de 1912 (Juicio Arbitral).

Sin embargo, para comprender en su exacta dimensión la cláusula de referencia resulta preciso tener presente que, la LGA al no asumir una regulación procedimental de la prueba, no sirven las referencias estrictamente procedimentales y por ello técnicas y atemporales que, a su vez, es posible hallar en nuestras normas procesales, como es el CPC.

La regulación que, por el contrario, se contiene en la LGA sobre la prueba es procesal y, por tanto, sustantiva por lo que se acomoda al sistema probatorio de "aquí y ahora" del debido proceso arbitral en su irreductible esencialidad procesal

<sup>1</sup> De modo similar, la Ley de Arbitraje y Conciliación Boliviana -Ley N° 1770, de 10 de marzo de 1997- cuenta básicamente con los artículos 39, 46, 47 y 48.

<sup>2</sup> Entiéndase en el ámbito del arbitraje nacional, pues en el caso del arbitraje internacional la LGA regula su sistema probatorio en los artículos 113, 115 y 116, del cual sería posible también postular un carácter heteroferente.

• Carlos Alberto Matheus López

Doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco (España). Catedrático de Derecho de Arbitraje y Derecho Procesal de la Universidad de Lima y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, del Colegio de Ingenieros del Perú, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, del Colegio de Abogados de Lima, de la Cámara de Comercio Americana del Perú, del Tribunal Arbitral de Barcelona y de la Corte Vasca de Arbitraje. Consultor en materia de Derecho Arbitraje (cmatheu@pucp.edu.pe).

conectado con las garantías -de audiencia bilateral, contradicción e igualdad<sup>3</sup>- que acoge el artículo 33 LGA<sup>4</sup>.

Pero, conjuntamente con la autonomía operativa de la prueba que se propugna en base al sistema probatorio que demanda y acoge la LGA, no se sustrae la necesidad de acudir, por razones prácticas, a una aplicación procedimental de referencia -mas no procesal- que integre el contenido de las normas procesales de la LGA en materia de prueba (Disposición Tercera del Título Preliminar del CPC)<sup>5</sup>.

Por otra parte, si bien cabe señalar que en el arbitraje convive el principio dispositivo junto con aquel de oficialidad<sup>6</sup> (artículo 37 LGA<sup>7</sup>), el cual atribuye a los árbitros -en materia de prueba- los más amplios poderes, siempre que se respeten las garantías de audiencia bilateral, contradicción e igualdad (artículo 33 LGA), resulta además preciso indicar que en la probática arbitral existe un carácter de prevalencia del criterio del árbitro respecto de aquel de las partes<sup>8</sup>.

## 2. LA PRETERICIÓN DEL PROCEDIMENTALISMO PROBATORIO

La irreductible sustantividad de la prueba en el arbitraje justifica la existencia de un sistema probatorio en la LGA que pugna con el proceduralismo probatorio acrítico y atemporal característico del CPC.

<sup>3</sup> La Ley de Arbitraje y Conciliación Boliviana recoge estas garantías en su artículo 2, de tal forma alude al "PRINCIPIO DE IGUALDAD, que consiste en dar a cada parte las mismas oportunidades de hacer valer sus derechos (...). PRINCIPIO DE AUDIENCIA, que consiste en la oralidad de los procedimientos alternativos (...). PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN, que consiste en la oportunidad de confrontación entre las partes".

<sup>4</sup> El cual nos señala en su último párrafo que "Durante el proceso arbitral deberá tratarse a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos" (las negritas son nuestras).

En tal sentido, cabe recordar que las garantías procesales de audiencia bilateral, contradicción e igualdad, importan un trinomio positiva y negativamente inescindible, pues al existir una de ellas necesariamente abarca -o implica- a las otras, y, por otro lado, de vulnerarse una de las garantías se lesionan necesariamente las demás, razón por la cual al recoger expresamente nuestra LGA la garantía de igualdad, está recogiendo también -necesariamente- a aquellas de audiencia bilateral y contradicción (Ver Matheus López, Carlos Alberto "Compulsiva Crítica entre el Proceso Jurisdiccional y Arbitral en el Sistema Jurídico Peruano" en "Revista de Derecho Internacional y del Mercosur", Número 4, Buenos Aires, 2003, pág. 39).

<sup>5</sup> Para una mejor comprensión del tema ver Lorca Navarrete, Antonio María y Matheus López, Carlos Alberto "Tratado de Derecho de Arbitraje", Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2003, pág. 291 y sgtes.

<sup>6</sup> Con similar parecer Choerón Giráldez, Ana María "Los principios procesales en el arbitraje", José María Bosch editor, Barcelona, 2000, pág. 102. Nos señala que "no es que rija el principio de aportación de parte en el arbitraje, sino que lo hace cobijando, por así decirlo, con las facultades otorgadas a los árbitros".

<sup>7</sup> En la Ley de Arbitraje y Conciliación Boliviana el artículo equivalente es el 47, numeral II, el cual nos señala que "El Tribunal Arbitral podrá requerir de oficio las pruebas que estime pertinentes".

<sup>8</sup> En ese sentido el artículo 37 LGA nos señala que "Los árbitros tienen la facultad para determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas..." (las negritas son nuestras).

Sin embargo, debe recordarse que el tenor de este artículo "no excluye la vigencia de la carga de las partes de proponer los medios de prueba de que intenten valerse, en el sentido de que si no los proponen, y los árbitros no hacen uso de su iniciativa, sufriran las consecuencias de la falta de prueba, sin que puedan posteriormente invocar indefensión" (Cordón Moreno, Faustino "El Arbitraje en el Derecho español: Interno e Internacional", Aranzadi editorial, Pamplona, 1995, pág. 103). O lo que es lo mismo, esta norma "no atenua sin embargo la importancia de la carga de la prueba, sea entendida como regla de la actividad de las partes o como regla de juicio para los árbitros" (La China, Sergio "L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza", Giuffrè editore, Milano, 2004, pág. 127).

En tal sentido, la LGA conceptúa la prueba como una realidad esencialmente dinámica y flexible susceptible de acomodarse al "aquí y ahora" del debido proceso arbitral contenido en las garantías que acoge el artículo 33 LGA.

De tal modo, el objeto de prueba puede instrumentalizarse procedimentalmente en la LGA de manera autónoma, siempre que recaiga sobre hechos<sup>9</sup>, en concordancia, además, con el principio de especialidad procesal que implica la prevalencia de la normativa procesal probática de la LGA sobre aquella general contenida en el CPC.

Por otro lado, cabe afirmarse que en la LGA el principio de especialidad procesal en materia de prueba al parecer se justifica en función de una concreta alternativa procedimental en favor de la oralidad<sup>10</sup>.

Asimismo, según los artículos 37 y 40 LGA, la prueba no estaría sujeta a plazo determinado, con lo que se adoptaría un modelo concentrado característico de la oralidad<sup>11</sup>.

Sin embargo, esa misma opción de la LGA no pugna con una prueba propuesta y practicada según unos plazos que, por tanto, responden más al modelo preclusivo de la escritura, si ello es consecuencia de la disposición distinta -al modelo de oralidad se entiende- de las partes, el órgano arbitral o el reglamento institucional (artículo 34 LGA<sup>12</sup>).

De cualquier forma, se puede alcanzar la confluencia de ambas opciones en medios probatorios de innegable inmediatez como son los testigos o peritos y en los que la actividad concentrada de la práctica probatoria no encajaría bien en un ambiente preclusivo escrito.

<sup>9</sup> Para una mejor comprensión del tema ver Matheus López, Carlos Alberto "Reflexiones en torno a la Función y Objeto de la Prueba" en "Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile", Volumen XIV, Valdivia, 2003, pág. 175 y sgtes.

<sup>10</sup> En tal sentido, el artículo 34 inciso 7 LGA nos señala que "Salvo disposición distinta de las partes o de los árbitros, el procedimiento arbitral se sujetará a las siguientes reglas: (...) Como directores del proceso los árbitros deben velar para que el mismo se desarrolle bajo los principios de celeridad, inmediatez, privacidad, concentración y economía procesal, posibilitando la adecuada defensa de las partes" (las negritas son nuestras). Como puede observarse los "principios procedimentales" recogidos en el artículo citado son, precisamente, principios consecuencia de aquel de oralidad y no del de escritura (el cual posee otros principios derivados como son aquel de mediación y de dispersión, entre otros), razón por la cual puede afirmarse que el principio de oralidad informa al procedimiento arbitral de la LGA, salvo -como prescribe la norma- disposición diferente de las partes y de los árbitros, o, como es obvio, del reglamento institucional, los cuales podrían optar por un modelo procedimental de escritura.

<sup>11</sup> Lo cual resulta aún más claro del tenor del artículo 34 inciso 7 LGA al señalarnos que "Como directores del proceso los árbitros deben velar para que el mismo se desarrolle bajo los principios de (...) concentración" (las negritas son nuestras).

<sup>12</sup> En la Ley de Arbitraje y Conciliación Boliviana el artículo equivalente es el 39, numeral I y II, el cual nos señala que "Las partes tendrán la facultad de convenir el procedimiento al que deberá someterse el Tribunal Arbitral o de adoptar reglas de arbitraje establecidas por la institución administradora del mismo (...) A falta de acuerdo y con sujeción a los principios generales del arbitraje, el Tribunal podrá desarrollar el procedimiento del modo que considere más apropiado".

Consideramos además que, a pesar de los plazos que puedan presidir la práctica de la prueba, esa realidad adjetiva cede ante la sustantiva, en tanto y en cuanto efectivamente en la práctica procesal probatoria se otorgue audiencia, contradicción e igualdad a todas las partes en el procedimiento arbitral.

### 3. PRINCIPIOS RECTORES DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA

De conformidad con la sustantividad procesal de la prueba en la LGA, es posible llevar a cabo, la fijación de una serie de principios rectores de su práctica en el sistema probatorio que adopta nuestra norma.

El principio general estriba en que la práctica procesal y debida de la prueba en el arbitraje se halla presidida por el principio de libertad, formal en el procedimiento probatorio. Este principio significa, en orden a su desarrollo, que la regulación en la LGA del procedimiento probatorio es atípica.

En tal forma, los árbitros no se hallan sujetos en la práctica de la prueba a un principio de legalidad procedimental que obligue -como sucede en el proceso jurisdiccional- a una concreta aplicación legal preceptiva adjetiva y de orden público.

Muy por el contrario, el procedimiento probatorio, al igual que el desarrollo mismo del procedimiento arbitral, tan sólo se halla sujeto a la voluntad de las partes, de los reglamentos institucionales o, en su defecto, al acuerdo de los árbitros. Se contraponen, por tanto, la libertad formal procesal a la legalidad adjetiva propia del CPC.

La atipicidad procedimental debe respetar, en todo caso, las garantías procesales de audiencia bilateral, contradicción e igualdad de las partes.

Sin embargo, como ya señalamos la LGA, aún en su irreductible sustantividad procesal, precisa ser heteroreferente en su adjetividad.

### 4. SUSTANTIVIDAD DE LA PRUEBA E INTERVENCIÓN DEL ÁRBITRO

Cabe primero señalar que en la LGA se justifica el principio de sustantividad de la prueba a través de la intervención de oficio del árbitro. En tal forma, la expresión sustantiva de la probática arbitral es posible que se proyecte en la actividad de oficio del árbitro frente a la actividad dispositiva de las partes.

De otro lado, debemos recordar que la actividad dispositiva de las partes incide en la denominada *proposición y práctica de la prueba*. Siendo la *proposición probática* tradicionalmente una actividad dispositiva de parte, mientras que la *práctica probatoria* importa una actividad presidida por la oficialidad.

Sin embargo, este esquema clásico, se rompe cuando la proposición de la prueba es, a la vez, dispositiva y oficial y la práctica deja de ser también esencialmente oficial y adquiere, asimismo, un eminente carácter dispositivo.

La fórmula de confluencia sustantiva la asume el artículo 37 LGA cuando señala que pueden "también ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios que estimen necesarios..." lo que supone que el órgano arbitral practique *ex officio* o a instancia de parte las pruebas que disponga (de oficio) o le propongan las partes (principio dispositivo).

La conclusión no puede ser más adecuada a la sustantividad de la prueba en la LGA y supone que los árbitros practican las pruebas que se propongan a instancia de parte, como también aquellas que *ex officio* estimen oportunas hacer valer.

Pero, también la sustantividad de la prueba en la LGA supone, que los árbitros no practican las pruebas cuando no se propongan ni a instancia de parte o cuando tampoco el árbitro procede de oficio<sup>13</sup>, siendo por ello claro que la prueba en el arbitraje es una actividad sustantiva rogada y oficial.

## 5. INCORPORACIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA

La LGA no establece *numerus clausus* para los medios de prueba que se estimen admisibles y pertinentes, debiéndose tener en cuenta que el criterio de admisibilidad que emplea no es legal, en el sentido de que sólo sean medios de pruebas admisibles los admitidos por el CPC, sino que la admisibilidad probática ha de vincularse con la propia naturaleza sustantiva de las cosas y objetos -hechos- sometidos al conocimiento y resolución del órgano arbitral, esto es, deben guardar relación con el objeto de la prueba.

## 6. LA PRUEBA PERICIAL

De lo expuesto, y acorde al artículo 37 LGA<sup>14</sup>, resulta obvio que en el proceso

<sup>13</sup> Si bien como prescribe el artículo 37 LGA "La inactividad de las partes no impide la prosecución del proceso ni que se dicte el laudo en base a lo ya actuado".

<sup>14</sup> En este punto, la norma equivalente de la Ley de Arbitraje y Conciliación Boliviana, es el artículo 48, el cual nos señala que "El Tribunal Arbitral podrá nombrar uno o más peritos, para que informen sobre materias que requieran conocimientos especializados. Al mismo tiempo, dispondrá que las partes faciliten a los peritos el acceso a la información,

arbitral tanto las partes como los árbitros están facultados para nombrar peritos, pudiendo asimismo el órgano arbitral "ordenar que se explique o amplíe el dictamen" emitido por éstos. Debiendo también respetarse en la incorporación y práctica de la pericia las garantías de audiencia bilateral, contradicción e igualdad<sup>15</sup> (artículo 33 LGA).

Deviene además necesario observar -junto a la heteroreferencia probática postulada<sup>16</sup>- la presencia de algunas características particulares y distintivas de la pericia arbitral.

En tal sentido, los peritos nombrados -de parte o *ex officio*- no tienen que estar inscritos en el registro de peritos judiciales<sup>17</sup>, puesto que el arbitraje no es un proceso jurisdiccional.

Por otra parte, si bien es obvio que el perito nombrado tendrá que aceptar su cargo a fin de asumir los derechos y obligaciones que aquel importa, creemos que resultaría extraño -en el campo arbitral<sup>18</sup>- exigirle su juramento<sup>19</sup>.

Finalmente, resulta obvia la inadmisibilidad de una pericia cuando el órgano arbitral haya sido designado precisamente en función de su competencia en esa misma área -del perito, se entiende- del conocimiento humano<sup>20</sup>.

## 7. PERTINENCIA Y ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA

La aplicación de la autonomía operativa en materia de probática arbitral, de carácter sustantivo, ayuda a comprender las exigencias del artículo 37 LGA relativas a la admisibilidad y pertinencia de la prueba<sup>21</sup>.

documentación y bienes requeridos para el cumplimiento de la función pericial (...) Presentados los informes periciales, el Tribunal Arbitral, de oficio o a instancia de partes, podrá disponer la realización de audiencias, para que los peritos expliquen o complementen puntos específicos y controvertidos de dichos informes".

<sup>15</sup> Con similar parecer Fouchard, Philippe; Gaillard, Emmanuel; Goldman, Berthold "Traité de l'arbitrage commercial international", Litec, Paris, 1996, pág. 719.

<sup>16</sup> La cual obviamente nos lleva a postular la aplicación por referencia del Capítulo VI, Título VIII, de la Sección Tercera del CPC.

<sup>17</sup> Como sucede en el ámbito del proceso civil, acorde a lo dispuesto en el artículo 268 del CPC, en concordancia con la Resolución Administrativa N° 609-CME-PJ, que crea el Registro de Peritos Judiciales (REPEJ), y la Resolución Administrativa N° 351-98-SE-T-CME-PJ, que aprueba el Reglamento de Peritos Judiciales.

<sup>18</sup> En similar sentido parecer La China, L'arbitrato..., ob. cit., pág. 139.

<sup>19</sup> Aludimos obviamente en este punto a la aplicación por referencia del artículo 269 del CPC, el cual nos señala que "Dentro de tercer día de nombrado, el perito acepta el cargo mediante escrito hecho bajo juramento o promesa de actuar con veracidad. Si no la hace, se tendrá por rehusado el nombramiento y se procederá a nombrar otro perito" (las negritas son nuestras).

<sup>20</sup> Con igual parecer Fazzalari, Elio "L'Arbitrato", UTET, Torino, 1997, pág. 70.

<sup>21</sup> Facultad reconocida en el artículo 39, literal II, de la Ley de Arbitraje y Conciliación Boliviana, el cual nos señala que "Esta facultad conferida al Tribunal Arbitral, incluirá la de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas".

Conjuntamente con la sustantividad que conlleva la aplicación atípica del principio dispositivo y de oficialidad en la proposición y práctica de la prueba, resulta necesario aludir, asimismo, a la sustantividad que asume en el arbitraje la pertinencia de la prueba y su admisibilidad.

En tal forma, cabe indicar que la exigencia de la tutela procesal efectiva en la probática arbitral afecta a la *pertinencia* del medio probatorio propuesto, tanto en su ámbito subjetivo como objetivo.

El ámbito subjetivo de la pertinencia de la prueba afecta, en el contexto del artículo 37 LGA, no sólo a la prueba propuesta a instancia de parte sino también a la que el órgano arbitral proponga por propia iniciativa.

El ámbito objetivo de la pertinencia de la prueba supone, en cambio, tener presente la aplicación de los principios esenciales del debido proceso arbitral.

Por ello, la pertinencia de la prueba ha de responder en cuanto a su práctica a las garantías establecidas como esenciales en la LGA y que no son otras que las de audiencia bilateral, contradicción e igualdad de las partes (artículo 33 LGA).

En tal forma, la pertinencia de la prueba se condiciona a las garantías esenciales del debido proceso arbitral, lo que supone que no toda infracción del procedimiento probatorio vale para impugnar el laudo arbitral o resolución distinta del laudo, sino sólo aquella que resulte esencial.

Pero, la pertinencia de la prueba no sólo obliga a tener en cuenta las garantías esenciales del debido proceso arbitral cuanto también que el árbitro está facultado, al igual que el órgano jurisdiccional, para rechazar las pruebas que estime innecesarias o impertinentes para la resolución de la controversia sometida a su decisión; sin que del rechazo o no de la práctica de determinadas pruebas pueda deducirse que necesariamente se ha producido indefensión para la parte proponente<sup>22</sup>.

Pero, esa pretendida similitud no debe conducir a planteamientos estrictamente adjetivos y procedimentalistas, por cuanto la pertinencia en el arbitraje posee unas características propias.

En principio, es preciso señalar que la relación causa-efecto que implica la pertinencia de la prueba, se conecta con el objeto de la prueba por un lado y, por otro con los medios de prueba aportados por las partes ó de oficio, así como con la capacidad objetiva de influir en la resolución de la controversia.

Por tanto, las consideraciones a tener en cuenta son la actuación *ex officio* del

<sup>22</sup> Con tal parecer el artículo 37 LGA nos señala que "Los árbitros tienen la facultad para determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas..." y que, asimismo, "...pueden prescindir motivadamente de las pruebas no actuadas, si se consideran adecuadamente informados" (las negritas son nuestras).

árbitro en la calificación de una prueba como pertinente aunque luego esta no resulte practicada.

Es necesario además tener en cuenta que la capacidad objetiva de la pertinencia supone no suplantar la actividad creadora de los árbitros mediante el laudo arbitral que pronuncien.

En definitiva, la capacidad objetiva pertinente del medio probatorio es la que justifica el propio medio probatorio para ser propuesto, pero sin que de ella puedan derivarse cometidos que sólo a los árbitros compete delimitar. En caso contrario, la prueba es impertinente.

Sin embargo, si bien la capacidad objetiva relativa a la pertinencia del medio probatorio corresponde al árbitro, no es descartable la revisión de su decisión sea de forma inmediata a través del recurso de reposición o, posteriormente, por medio del recurso de anulación del laudo arbitral<sup>23</sup>.

Concluyendo se podría indicar que el concepto de prueba pertinente en el arbitraje es el que alude a los aspectos sustantivos y no, en cambio, a los estrictamente adjetivos, siendo indudable su contenido sustantivo dada su vinculación con el derecho de defensa, la cual nos obliga a plantear la pertinencia de la prueba como un derecho fundamental de la parte.

Pero, indicado lo anterior, no es menos cierto que no existe un derecho absoluto a la prueba. No toda prueba es pertinente. Y en ese sentido, el derecho de la parte a la prueba pertinente no se vulnera por la inadmisión de una prueba cuando ésta no es pertinente, ya que la pertinencia de las pruebas es la relación que las mismas guardan con lo que es objeto del arbitraje y expresa la capacidad de los medios utilizados para formar la definitiva convicción del árbitro.

Desde esa perspectiva, es lógico que el árbitro pueda rechazar las pruebas que estime que no son pertinentes, algo que puede hacer, como también puede hacerlo el órgano jurisdiccional, por cuanto no existe un derecho absoluto a la prueba.

Por otra parte, el concepto de *admisibilidad* de la prueba no hace referencia a los aspectos estrictamente procedimentales o adjetivos, debiendo conectarlo más bien con el derecho a la tutela procesal efectiva en el arbitraje, lo que no supone vincularla necesariamente con los diversos medios de prueba admisibles en el CPC, ni con el resultado probatorio de un medio de prueba *uti singulis*.

Por ello, y a partir de ahí la admisibilidad no supone asumir una concreta instrumentalización procedimental del medio de prueba, ni tan siquiera la de mayor *vis atractiva* como la contenida en el CPC, lo que posee indudables consecuencias adjetivas acerca de la posibilidad del árbitro de apreciar la prueba libremente.

<sup>23</sup> Con similar parecer Álvarez Sánchez de Movellán, Pedro "La Anulación del Laudo Arbitral. El Proceso Arbitral y su Impugnación", Editorial Comares, Granada, 1996, pág. 242.

Si se observa bien, la admisibilidad de la prueba en el arbitraje supone, en último término, su valoración por el árbitro.

## 8. LA INMEDIATEZ DE LA PRUEBA

Nuestra ley recoge de forma expresa el carácter inmediato de la prueba - principio de inmediación- en su artículo 34 inciso 7 LGA.

Este artículo establece el principio general que "como directores del proceso los árbitros deben velar para que el mismo se desarrolle bajo los principios de (...) inmediación". Por su parte, el artículo 42 LGA particulariza el principio general en los supuestos en que se tenga que designar árbitro sustituto, señalando que "...En este caso, salvo que se trate de la sustitución del árbitro único, o que las partes o el tribunal lo decidan y el plazo para laudar lo permita, no será necesario repetir las actuaciones anteriores".

Cabe señalar además que la inmediación en la práctica de la prueba afecta a todos los miembros del órgano arbitral, bien sea este personal o colegiado.

Igualmente, debemos recordar que la inmediación puede proyectarse en un doble ámbito: físico (inmediación sustantiva) o documental (inmediación adjetiva). En el primer caso, la inmediación supone la cercanía física -o real- del árbitro con la fuente y medio de prueba propuesto y practicado. Mientras que el otro, supone la cercanía documental -o virtual- del árbitro con la fuente y medio de prueba aportado.

El primer tipo de inmediación supone, en todo caso, la existencia de un vínculo de unión entre quien propone y practica la prueba y quien es su destinatario, esto es, órgano arbitral, independientemente del modelo procedimental -oral o escrito- que se adopte.

En cambio, la cercanía documental es tan sólo la que propicia la inmediación adjetiva o formal que no precisa de la inmediación sustantiva que implica la cercanía física, y esta sobretodo vinculada al modelo procedimental escrito.

Sobre la base de esta distinción y del contexto del artículo 34 LGA<sup>24</sup>, al parecer nuestra ley lo que hace es postular, sobre todo, la cercanía física propia de la inmediación sustantiva.

<sup>24</sup> El cual nos señala que "Salvo disposición distinta de las partes o de los árbitros, el procedimiento arbitral se sujetará a las siguientes reglas: (...) 5. Los medios probatorios se actúan en una o más audiencias dentro de un plazo que no podrá exceder de quince (15) días. 6. Actuados los medios probatorios, los árbitros pueden solicitar a las partes un resumen escrito de sus alegaciones..." (las negritas son nuestras).

## 9. LAS DENOMINADAS ACLARACIONES O INFORMACIONES

El artículo 37 LGA recoge, como trámite esencialmente atípico en el ámbito de la práctica de la prueba, a las denominadas *aclaraciones o informaciones*, las cuales poseen un carácter complementario y procedimentalmente úbicuo, dado que el árbitro puede solicitarlas "a las partes en cualquier etapa del proceso" arbitral.

Consideramos que estas *aclaraciones o informaciones* que pueden recabar los árbitros importan una suerte de diligencias de prueba en las que tendrían que aplicarse ineludiblemente las garantías esenciales del procedimiento arbitral (artículo 33 LGA).

Nuestra ley ha introducido así la figura conocida -sobretodo en el arbitraje internacional- como *affidavit*<sup>25</sup>, la cual como hemos visto viene caracterizada por su justificación potestativa y práctica conforme a las garantías esenciales del procedimiento.

## 10. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La valoración probática es el juicio de aceptabilidad de los resultados probatorios, el cual consiste en evaluar la veracidad de las informaciones aportadas al proceso a través de los medios de prueba, atribuyendo a las mismas un determinado valor en la convicción del juzgador sobre los hechos pasados y controvertidos<sup>26</sup>.

Por su parte, los modelos de valoración -prueba libre y tasada- poseen como objetivo común el proveer, al juzgador, esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de las hipótesis factuales. En tal sentido, el artículo 37 LGA al señalar que "los árbitros tienen la facultad para determinar, de manera exclusiva (...) [el] valor de las pruebas", establece expresamente un amplio margen de actuación al órgano arbitral en materia probática, por lo cual si existe un proceso en el que necesariamente deba regir el modelo de libre valoración ese es el proceso arbitral<sup>27</sup>.

Por todo ello, podemos concluir que la libre valoración de la prueba es el modelo que informa a nuestra probática arbitral<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Con tal parecer Fouchard, Gaillard, Goldman, "Traité de...", ob. cit., pág. 716.

<sup>26</sup> Con similar parecer Gascón Abellán, Marina "Los Hechos en el Derecho. Bases Argumentales de la Prueba", Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 157.

<sup>27</sup> En ese sentido Chocrón, Los principios..., ob. cit., págs. 154-156.

<sup>28</sup> Con similar parecer La China, "L'arbitrato...", ob. cit., pág. 143.

## II. EL AUXILIO JUDICIAL EN LA PROBÁTICA ARBITRAL

Las garantías esenciales acerca de la práctica de la prueba como son la audiencia bilateral, contradicción e igualdad de las partes (artículo 33 LGA) se complementan con el de auxilio de la jurisdicción estática en el caso en el que los árbitros no pueden por sí mismos practicar las pruebas propuestas por las partes o *ex officio*.

De conformidad al artículo 40 LGA el auxilio judicial en orden a la práctica de las pruebas se circunscribe tanto al solicitado por el órgano arbitral, como por aquel requerido por las partes, con la previa aprobación del primero<sup>29</sup>.

Por otra parte, resulta obvio que el órgano jurisdiccional que preste el auxilio, se acomodará funcionalmente al formalismo probático, pues debe actuar de conformidad al CPC<sup>30</sup>, con toda la carga formal que éste conlleva.

Del contexto de los artículos 37 y 40 de la LGA, parece derivarse que el Juez de Paz Letrado o el Juez Especializado en lo Civil ha de limitarse a la práctica de las pruebas que haya acordado o admitido el árbitro, sin que pueda entrar a examinar la pertinencia y admisibilidad de la prueba, e incluso cabría preguntarse si es que podría rechazar la práctica de medios de prueba ilícitos<sup>31</sup>.

Por otra parte, del contexto del artículo 40 LGA no queda claro si la resolución judicial que admite la solicitud -entendemos un auto- posee carácter de inimpugnabilidad, que sería lo deseable, o, mas bien, resulta recurrible.

Finalmente, consideramos que importa además un auxilio jurisdiccional en la probática arbitral -si bien *ante causam arbitratum*- el recurso a la "prueba anticipada" a efectos de adquirir, con el apoyo de la jurisdicción estática, un medio de prueba que podría perjudicarse o desaparecer si se espera el inicio del proceso arbitral. Además, el empleo de esta figura permite que la garantía de pertinencia del medio de prueba en el arbitraje no sea discriminada en su dimensión temporal, puesto que ello produciría indefensión.

<sup>29</sup> En ese sentido, el artículo 40 LGA nos señala que "El tribunal arbitral, o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral, podrá pedir Auxilio Judicial para la actuación de pruebas..." (las negritas son nuestras).

<sup>30</sup> Con tal parecer, el artículo 40 LGA prescribe que "...el Juez de Paz Letrado o el Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario ejecutar la resolución, a elección del interesado (...) dará cumplimiento a la solicitud en un plazo que no excederá de cinco (5) días, bajo responsabilidad, de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba" (las negritas son nuestras).

<sup>31</sup> Sobre este particular, un sector de la doctrina opina que "los jueces sólo podrán rechazar la práctica de las pruebas que sean contrarias a las leyes (...), lo que implica que no podrán entrar a valorar su pertinencia o utilidad que queda reservada a los árbitros" (Hinojosa Segovia, Rafael "El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, pág. 315).



Comprometidos con la Ética y la Eficiencia

Tel/Fax.(591-3) 3433560  
(591-3) 3433561

Dirección: Av. Beni, C. Mururé pasillo N° 150  
Casilla: 2940 e-mail: herrera@herrerabogados.com  
www.herrerabogados.com  
Santa Cruz Bolivia