

**LA TESTIMONIAL EN LAS REGLAS DE LA IBA:
ARBITRAJE Y PROCESO CIVIL**

Volumen 55 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

La Testimonial en las Reglas de la IBA: Arbitraje y proceso civil

Juan Luis Avendaño Valdez

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**



Universidad Católica
San Pablo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

LA TESTIMONIAL EN LAS REGLAS DE LA IBA: ARBITRAJE Y PROCESO CIVIL

- © Juan Luis Avendaño Valdez
jlavendanov@mafirma.com.pe
- © ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com
- © CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe
- © UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600 anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

Primera edición, julio 2018

Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Henry Revett n.º 220, Santiago de Surco, Lima

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2018-11078

ISBN: 978-612-4400-03-2

Impreso en el Perú - Printed in Peru

La vida te da sorpresas, sorpresas te da la vida.
Rubén Blades

RESUMEN

En este trabajo abordamos el problema del limitado uso de la prueba testimonial en los procesos judiciales civiles que se tramitan en el Perú. Esta situación es completamente diferente de lo que ocurre en los procesos judiciales penales y laborales, e incluso en los arbitrajes. La investigación pretende descubrir la razón de esta notoria diferencia, para lo cual nos hemos concentrado en hacer una comparación entre el proceso judicial civil y el proceso arbitral que suele emplear las Reglas de la International Bar Association (IBA) durante la actuación de las pruebas en los arbitrajes internacionales.

La comparación efectuada es útil porque permite explicar las razones de la mencionada falta de uso de la prueba de testigos. Éstas consisten, por un lado, en el incumplimiento del principio de veracidad que aqueja a las declaraciones y, por otro, en el desconocimiento de una técnica apropiada para el correcto desarrollo de este medio de prueba. Al mismo tiempo, destacamos las ventajas de ciertos mecanismos contenidos en las reglas de la IBA sobre actuación de pruebas que podrían ser incorporados en el proceso civil, con el apoyo adicional de los estudios sobre la probática.

Algunos de los mecanismos útiles que proponen las Reglas de la IBA, son la declaración escrita del testigo y el interrogatorio cruzado (o cross-examination), en cuyo alrededor giran otros interrogatorios estrechamente vinculados. Todos ellos conforman un conjunto de medidas que atacan los problemas que impiden el uso más frecuente de la prueba testimonial. Éstos están fundamentalmente referidos a la falsedad y los errores en las declaraciones de los testigos, quienes terminan afectados

por una presunta falta de credibilidad cuando los jueces deben valorar los medios probatorios.

Palabras clave: Arbitraje, proceso civil, IBA, probática, testimonial escrita y oral, interrogatorio cruzado, audiencia de pruebas y “leading questions”.

ABSTRACT

This work addresses the problem of why witness testimony is not valued as evidence on civil procedures. This situation is different from what occurs in court procedures on criminal and labour law matters, or even in arbitration procedures. Research aims to discover the reasons for this difference, by comparing the rules of evidence of the Peruvian civil procedure with those of the International Bar Association - IBA.

The comparison proved to be useful as it finds the causes on the breach of the principle of truth and on the lack of technical knowledge for the use of testimony as a valuable means of evidence.

The author highlights the advantages of certain features contained in the rules of evidence of the IBA, which he proposes to incorporate into the Peruvian civil procedure.

Accordingly, the author suggests that the Peruvian civil procedure could incorporate features such as witness written statement and cross-examination, as well as other types of interrogatories which all together could help overcoming the problems found in Peru which limit the use of witness testimonials.

Key words: Arbitration, civil procedure, IBA rules, probationary, witness written and oral statement, cross examination, hearing, leading questions.

AGRADECIMIENTOS

A mi esposa y a mi familia que han hecho posible que a estas alturas de mi vida haga este sencillo trabajo con entusiasmo juvenil.

A Alfredo Bullard, asesor de la tesis que diera origen a este libro, por su permanente apoyo, ideas innovadoras y lúcido apoyo intelectual.

A Armando Guevara, director de la Maestría de Investigación Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú, quien habiendo sido mi alumno en derecho, terminó siendo mi maestro para la obtención del título.

[...] entre la verdad absoluta de los dogmáticos y la renuncia a la verdad de los escépticos, hay lugar para las verdades susceptibles de ser sometidas a permanente revisión merced a la técnica consistente en aportar razones a favor y en contra [...] en cuanto los hombres dejan de creer en las buenas razones, empieza la violencia.

Norberto Bobbio

ÍNDICE

	Página
Nota del editor	19
Prólogo	21
Introducción	31
Capítulo I	
La prueba testimonial	35
1. La importancia de la prueba	35
2. La clasificación de los medios probatorios	36
3. La declaración testimonial	37
3.1. Algunas consideraciones históricas sobre la prueba de testigos	38
3.2. El interrogatorio y la prueba testimonial	39
3.3. Importancia y necesidad de la prueba testimonial	44
4. Quién formula las preguntas: el interrogador	45
5. El testigo	48
5.1. Concepto	48
5.2. Características del testigo	49
5.3. Clases de testigos	50
5.4. Deberes de los testigos	51
6. Condiciones del interrogatorio	52
6.1. Autonomía	52
6.2. Espontaneidad	53
6.3. Oralidad	55
6.4. Igualdad procesal	55
6.5. Contradicción	55
6.6. Principio de aportación	57
6.7. Claridad comunicativa	57

7. La preparación del interrogador y del testigo	59
8. La inhabilidad para declarar	61
9. Actuación de la prueba testifical.- El interrogador	65
10. Obstáculos para la testimonial: falsedad y error	67
10.1. Los errores	68
10.2. La falsedad	70
10.3. Garantías frente al error y la falsedad: el fracaso de la prueba testimonial	70

Capítulo II

Soluciones a la testimonial: la ciencia, la probática y las reglas IBA	75
1. El polígrafo, la neurociencia y la psicología del testimonio	77
2. La probática	78
3. Las Reglas IBA sobre la actuación de pruebas	80
4. El origen de las Reglas IBA	82
5. El uso de las Reglas IBA	86
6. El soft law	88
7. Regla de la buena fe	88
8. Análisis de las Reglas IBA sobre la actuación de pruebas	90

Capítulo III

Comparación entre las reglas del derecho procesal civil y las Reglas IBA	93
1. El tribunal y las partes fijan las reglas de la audiencia de pruebas	96
2. Los principios procesales se cumplen en los arbitrajes, a diferencia de los procesos judiciales	98
2.1. La concentración	99
2.2. La intermediación	100
2.3. La oralidad y la economía procesal	101
3. Todos pueden ser testigos: la eliminación de inhabilidades y prohibiciones a priori	102
4. Declaración testimonial escrita	104

	17
4.1. Preparación de la declaración escrita	107
4.2. Cómo debe ser la declaración testimonial escrita	110
4.3. Las ventajas de la declaración escrita	113
4.4. Lenguaje de la declaración escrita	116
5. El interrogatorio oral en el arbitraje	117
5.1. El uso de la testimonial en los procesos judiciales	119
5.2. La oralidad como principio	123
5.3. El interrogatorio oral	123
5.4. Formas de interrogatorio oral	126
5.5. Interrogatorio directo	127
i) Concepto	
ii) Objetivos del directo	
5.6. El examen cruzado	131
i) Concepto	
ii) Finalidad del examen cruzado	
iii) ¿Cómo desacreditar al testigo?	
iv) Habilidad para preguntar: preparación	
v) Decisiones importantes del interrogador	
vi) Las preguntas en el cruzado	
vii) Ejemplos de interrogatorio cruzado	
viii) Crítica al sistema del cross-examination	
ix) Reflexiones sobre el cross-examination o cruzado	
5.7. Interrogatorio redirecto	151
5.8. Interrogatorio recruzado	153
6. Leading questions	154
7. Principales diferencias entre el interrogatorio civil y el interrogatorio según las Reglas IBA y la práctica arbitral	159
8. El reloj de ajedrez en el arbitraje	162
En conclusión	167
Anexo las reglas de la IBA para actuación de pruebas	169

NOTA DEL EDITOR

Es para la *Biblioteca de Arbitraje* un gratísimo honor el publicar esta obra escrita por el profesor Juan Luis Avendaño Valdez.

«La Testimonial en las Reglas de la IBA: Arbitraje y proceso civil», constituye un libro verdaderamente innovador y refresca la materia probatoria desde una perspectiva muy actual y en extremo informada con las más recientes prácticas y doctrinas que se llevan adelante en el mundo del arbitraje.

No me corresponde hacer un análisis introductorio de la obra, pues ésta constituye la nota del editor. El prólogo del profesor Alfredo Bullard González detalla con pulcritud estos menesteres e ingresa al estudio profundo de las virtudes de este libro.

Con estas breves palabras sólo quiero rendir homenaje a Juan Luis Avendaño, nuestro querido profesor, con quien siempre hemos estado en contacto y quien ha dedicado buena parte de su vida a la enseñanza del Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú —donde tuve el privilegio de ser su alumno— y al ejercicio brillante e ininterrumpido de la profesión de abogado.

Estoy seguro de que esta obra, que constituye el volumen 55 de la *Biblioteca de Arbitraje*, será un deleite para todos nuestros lectores.

Lima, julio del 2018.

Mario Castillo Freyre *

* Abogado, Magíster y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre; Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las Colecciones *Biblioteca de Arbitraje y Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.estudio@castillofreyre.com

PRÓLOGO

Es parte de la letra de una canción de Rubén Blades (a la que conocemos más por su apodo, “Pedro Navaja”, pues su nombre original es “La vida te da sorpresas”).

Esa parte de la canción se ha vuelto un lema, una frase que repetimos cada vez que nos encontramos con una situación inesperada. Por alguna extraña coincidencia, las sorpresas vienen “en paquete”.

Pero, la verdad no creo en las coincidencias. Lo que llamamos coincidencia suele ser consecuencia de acciones humanas. Ello hace que determinadas acciones de determinadas personas tiendan a sorprendernos. De la misma manera que las personas torpes suelen cometer varias torpezas a la vez, las personas graciosas suelen hacernos reír o las personas inteligentes suelen traer buenas ideas, las personas sorprendentes suelen traernos sorpresas.

Por eso no creo en las coincidencias. Las cosas pasan empujadas por la energía personal de una o algunas personas. Y esa energía se canaliza por las características de ésta o esas personas. Por eso a esas personas les pasan o hacen que pasen con frecuencia ciertas cosas.

El libro que presentamos es consecuencia de una sorprendente sucesión de sorpresas (y vale la pena la redundancia). Y ello lo convierte en un libro sorprendente.

Conocí a Juan Luis Avendaño hace aproximadamente treinticuatro años. Era ya un profesor y un abogado reconocido de derecho procesal. Yo era su alumno. Sus clases traslucían una curiosa mezcla de frescura

y experiencia. Gracioso al enseñar, pero serio al fundamentar, era capaz de explicar el proceso civil en sencillo, alejando a la clase de la natural aridez a la que te pueden conducir los vericuetos formales del proceso. A pesar de su solidez académica, no le gusta atraparse a sí mismo, ni atrapar a sus alumnos, en meras teorías. Siempre deslizaba la necesidad de practicidad y de desapego a lo establecido si lo establecido no sirve. Recuerdo, por ejemplo, su propuesta (que, a muchos procesalistas, o “prosesaloides”, no les gusta) para que, en lugar de presentar un alegato los abogados, deberían presentarle al juez un proyecto de sentencia.

Ser su alumno fue la primera sorpresa. La sola idea de estudiar algo aparentemente tan árido como el derecho procesal me hizo esperar una clase aburrida y difícil de aprender. La primera impresión es que me encontraría con un área tediosa y farragosa. No por nada Franz Kafka decía que *“un abogado es una persona que escribe un documento de 10000 palabras y lo llama resumen”*. Y no por nada su novela más desesperante y agobiante se llamó “El proceso.”

Pero, pasó exactamente lo contrario. Fue de las clases más entretenidas de toda la carrera y aprendí mucho. Sobre todo, aprendí a pensar “out of the box”. Todo ello generó un profundo respeto intelectual y profesional por Juan Luis. Ese respeto se confirmó una y otra vez en todas las ocasiones en que nos encontramos académica y profesionalmente, y donde nunca dejó de mostrar esa curiosa fusión entre profundidad y practicidad. Esos elementos me serían luego muy útiles cuando dediqué buena parte de mi actividad profesional al arbitraje.

Otra sorpresa ocurrió varios años después. Como parte de las actividades de la Comisión Arte y Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, se organizan obras de teatro a fin de apoyar la participación de los equipos de estudiantes para los Moots de arbitraje.¹ Con ello se fue forjando un vínculo muy especial

¹ Se trata de competencia entre estudiantes en las que se simulan audiencias para que los equipos defiendan un caso ficticio como si fuera un caso verdadero.

entre el teatro y los abogados. Ello apareció inicialmente con la participación de directores de teatro reconocidos (en particular, Roberto Ángeles o Malcolm Malca) en el dictado de los cursos de destrezas legales en la facultad y el entrenamiento de los equipos de Moot.

En esas obras de teatro compartí distintos roles con Juan Luis fuera y dentro del escenario. Sus papeles como uno de los jurados en “Doce Hombres en Pugna”; uno de los acusados en “Juicio en Nuremberg” o el juez en “Ciriaco de Urtecho, litigante por amor”, fueron particularmente impactantes. Juan Luis era, sorprendentemente, un extraordinario actor.

Y, curiosamente (y por ello incluyo al teatro como las sorpresas relevantes para este libro), en la dinámica teatral los abogados nos representábamos a nosotros mismos y nos vemos reflejados en la actuación misma. Con ello descubrimos cómo nos ven y cómo nos vemos. Parafraseando al gran director de cine italiano Ettore Scola (quien lo decía para el cine), el teatro es un espejo pintado. Y es que al usar el arte para vernos reflejados (el arte pinta nuestro reflejo) el artista deforma (o da forma) a la realidad. Y al hacerlo refleja lo que pensamos de alguien o de algo.

No dudo que actuar obras en las que se interrogan testigos y se hacen alegatos dentro de una historia cargada de emociones, inspiran a entender cuán importante puede ser una testimonial para alcanzar la verdad y la justicia. Y ello es muy relevante en este libro.

La siguiente sorpresa (quizás, con permiso de la redundancia, la más sorprendente) se dio hace, aproximadamente, dos años. En un acto de humildad y apertura, Juan Luis me llamó por teléfono y me pidió que fuera su asesor de tesis de maestría. Para mí era mi profesor desde hacía más de treinta años. Sólo se explica por el generoso aprecio que me tiene. Era de quien había aprendido muchas cosas. No entendía cómo y por qué podía asesorarlo. Yo era alguien a quien su hermano

Jorge Avendaño hubiera calificado (de hecho, lo hizo más de una vez) como un “mojonete”.

El cariño de Juan Luis de pedirme fuera su asesor me dio la oportunidad de una sucesión de muchas otras sorpresas. Juan Luis quería hacer una tesis que vinculara al arbitraje con el proceso civil. Fue descartando algunas materias, pues no se encontraba cómodo con las que se le cruzaban la cabeza. Llegó incluso a decidirse por estudiar la jurisprudencia de anulación de laudos. Pero, lo descartó al advertir que ya existía una publicación con materia similar. Por más que le dije que siempre podía abordar el asunto desde otra perspectiva, era claro que quería hacer algo novedoso.

Un buen día, conversando sobre qué materia abordar, me dijo que quería hacer la tesis sobre la prueba testimonial. Pero, no era cualquier aproximación. Alguien con la trayectoria de Juan Luis casi podría elegir cualquier asunto para escribir. Había estudiado en su vida muchos asuntos. Pero, lo que quería era resolver dudas e inquietudes que le habían surgido al haber visto, como árbitro, en ciertos arbitrajes, cómo se manejaba y cuál era la función de la prueba testimonial.

Más o menos me dijo lo siguiente: “Siempre había creído que la prueba testimonial no servía para nada. Todos los testigos mienten. Por eso nunca se usan en un juicio. Pero, en estos arbitrajes vi que sí servía. Vi que mentir no era tan fácil. Vi que ayudaban a entender el caso. Y vi que las reglas eran muy distintas”.

Le habían llamado la atención varios aspectos. El primero era que el testigo en la práctica arbitral internacional presenta primero una declaración escrita con bastante anticipación a la audiencia junto con el escrito de ofrecimiento de la prueba. Sobre la base de dicha declaración el testigo sería interrogado en una audiencia. El segundo aspecto que llamó su atención fue la dinámica entre el “direct examination”, el “cross examination”, el “redirect” y el “recross”. El tercero, las reglas

para objetar preguntas y su poco uso por los abogados (por ejemplo, el cuestionamiento a las “leading questions” o preguntas inductivas en los interrogatorios directos o redirectos. También le llamó la atención la flexibilidad en el manejo de los interrogatorios.

En las conversaciones le comenté que esa forma de interrogar testigos provenía de la práctica de arbitraje internacional y, muy particularmente, de las Reglas de la IBA. (International Bar Association) sobre práctica de prueba en el arbitraje (reglas de la IBA).

Juan Luis estaba sorprendido que esas reglas, tan difundidas y aplicadas, hayan sido redactadas por una institución privada. Le sorprendió además, su naturaleza de “soft law”; y que, por tanto, no eran obligatorias, salvo que las partes las pactaran. Y le sorprendió aún más que fueran aplicadas, incluso, sin acuerdo de las partes, por los árbitros, como referencia que refleja los usos arbitrales. Y es que a Juan Luis le llamaba mucho su atención, que el debido proceso en el arbitraje funcionara con reglas privadas.

Elegida la materia, Juan Luis me reiteró claramente que quería hacer algo con perspectiva práctica, aprovechando su experiencia y analizando estas novedades que había descubierto actuando como árbitro.

Más allá de la base académica que iba a investigar y leer, su intención era entender por qué en una atmósfera (la arbitral) la testimonial servía, y en otra (la judicial) no.

Otra sorpresa fue el entusiasmo (mejor quizás deba decir pasión) que Juan Luis le puso a su investigación. Me asombró las ganas con que alguien como Juan Luis se adaptaba a lo nuevo: no sólo investigar, sino entender el funcionamiento de una institución, para él novedosa, y realizar la compleja labor de tejer vasos comunicantes entre la lógica de la testimonial arbitral y la lógica de la testimonial judicial.

El resultado de esta sucesión de sorpresas es este libro. Recoge, con algunos ajustes, lo que fue esa tesis, que mezcla la solvencia de la experiencia con el entusiasmo siempre juvenil de Juan Luis. La tesis fue sustentada ante un jurado de tres miembros, todos cronológicamente más jóvenes que el graduando. Quedamos admirados del trabajo, pero, sobre todo, de encontrar una tesis tan renovadora en alguien con tanta experiencia.

Coincido con Juan Luis en lo importante que puede ser la prueba testimonial. Y coincido con lo que sugiere la tesis: el no usar la prueba testimonial en la vía civil judicial es un desperdicio. El juez está perdiendo una importante oportunidad de entender el caso.

Podemos discutir si el objetivo de todo mecanismo de solución de controversias es encontrar la verdad o alcanzar la justicia. Lo más probable es que sean ambos. Pero, al margen de ello, probar es, en realidad, el centro del proceso. Y un caso es una entelequia viva, casi un ser vivo. Y durante el procedimiento el caso debe vivir.

Creo que lo que le sorprendió a Juan Luis fue cómo la prueba testimonial vive en el arbitraje, mientras estaba agonizante (si no muerta) en el proceso civil. Y Juan Luis quiere, y lo demuestra en el trabajo, un proceso vivo. Y quizás los testigos son lo más vivo que se puede tener en un proceso. El caso es realidad. Un proceso sin realidad es un proceso muerto. Los testigos son seres vivos vinculados al caso. A diferencia de los documentos, que reposaron en archivadores, los testigos vivieron lo que pasó.

Platón decía que “La peor forma de injusticia es la justicia simulada”. Y es cierto. La frase se puede aplicar a un proceso fraudulento en el que se generara una apariencia de justicia. Pero ello también ocurre cuando las formas del proceso terminan volviéndolo una verdad impostada, que no es otra cosa que una falsedad. La verdad formal no

es verdadera verdad. Un adecuado uso de la prueba testimonial puede contribuir sustancialmente a combatir la justicia simulada.

¿Los testigos mienten? Por supuesto. Pero, hasta la actuación de una mentira contribuye a la verdad si el abogado, con adecuado entrenamiento y técnica, muestra la verdad tras la mentira en el interrogatorio. Al igual que el error es importante para aumentar la cantidad de aciertos, la mentira en un proceso puede ayudar a encontrar la verdad.

La testimonial puede “rascar” el fondo de la verdad. Colocar a los protagonistas delante del juez permite acercarnos más a lo que pasó. Los testigos declaran no sólo con el texto de las palabras que escriben o pronuncian, sino con gestos, con volumen, con entonación, con silencios. Muchos de estos elementos son portadores de verdad (o mentira). Como dice el filósofo español, Javier Sádaba “La verdad, si no es entera, se convierte en aliada de lo falso”. Un proceso sin testigos no puede nunca acercarse a la verdad completa. Quien dice la verdad, ni peca ni miente. Y quien miente y es correctamente interrogado, quizás pecó, pero el interrogatorio que devela la mentira hace que la verdadera verdad salga fortalecida. Y es que no hay testigo mentiroso, sino mal interrogado. Y como dijo Lope de Vega, “Nadie puede apartarse de la verdad sin dañarse a sí mismo”.

El proceso arbitral, a través de un mecanismo de formación espontánea, ha generado reglas (como las de la IBA o la práctica arbitral misma) que contribuyen a identificar la verdad en el proceso por medio de los testigos y su interrogatorio, algo que en nuestro país (y en muchos países del mundo) las leyes estatales construidas desde arriba por juristas, aparentemente, sofisticados, no han conseguido.

Este libro no sólo ayuda a entender cómo funcionan las posibles reglas sobre testimoniales. Tiene consejos prácticos y valiosos que pueden mejorar la performance profesional de quien lo lea cuando le toque enfrentar una testimonial.

He sido testigo de la apertura de Juan Luis para adoptar aproximaciones nuevas y distintas a las que tenía ya preconcebidas. En ese sentido, ha sabido aprovechar su experiencia para aproximarse a una temática que es a la vez muy antigua y a la vez muy nueva, lo que ha quedado reflejado en el texto del trabajo que me honra prologar. El autor ha tenido la apertura para liberarse de las ataduras de lo que ya sabía. Y es que siendo la testimonial casi el origen histórico de la prueba en el proceso, este libro nos trae la novedad de retar la forma tradicional con la que suele entenderse la institución.

El libro se plantea una pregunta medular: ¿por qué en el proceso civil la testimonial se usa poco y está desprestigiada, y bajo el arbitraje sofisticado es la prueba medular? Y de allí plantea una nueva pregunta de la que deriva sus conclusiones: ¿es conveniente seguir el camino trazado por las reglas de la IBA o es preferible dejar la prueba de testigos como una prueba acotada y poco utilizada en el proceso civil judicial?

Juan Luis concluye que el proceso civil y el arbitraje tradicional doméstico tienen mucho que aprender de las Reglas de la IBA y del tipo de arbitraje en el que las mismas se utilizan, proponiendo con ello no sólo el uso de reglas diferentes, sino un cambio sustancial en cómo considerar y valorar la importancia de la prueba testimonial en el proceso civil. Juan Luis anota algunas discrepancias con dichas reglas y con la práctica arbitral basada en ella. Pero reconoce que, en el balance, las Reglas de la IBA son bastante positivas.

Pero, quizás el mayor valor de este trabajo está en el uso de la propia experiencia profesional del autor (como procesalista, litigante arbitral y árbitro) para entender las implicancias de la relación entre las distintas reglas que pueden utilizarse. En lugar de simplemente hacer deducciones dogmáticas, el autor parte de su experiencia para derivar de ella cuáles deben ser los principios aplicables.

Descubrirá, además, el lector que el libro tiene una redacción entretenida y que genera empatía, demostrando que lo académico no está en contradicción con la simplicidad, claridad y la explicación fácil.

El libro está dividido en una muy pertinente Introducción que adelanta la perspectiva que se utilizará, en tres capítulos y en conclusiones que reflejan adecuadamente el contenido de la investigación.

El Capítulo I, titulado “*La prueba testimonial*”, constituye una descripción de los elementos y posiciones sobre lo que constituye este tipo de pruebas, adelantando algunos de los elementos que distinguen la testimonial en los distintos sistemas de reglas que se analizan.

El Capítulo II, titulado “*Dos soluciones a la testimonial: la probática y las reglas de la IBA*” describe en términos generales cómo estos dos elementos pueden contribuir de manera sustancial a la mejora de la prueba testimonial, al tener aproximaciones más prácticas y funcionales a los problemas que este tipo de pruebas enfrentan y los asuntos que deben solucionar dentro del proceso.

El Capítulo III, titulado “*Comparación entre las reglas del derecho procesal civil y las reglas de la IBA*” es, sin duda, el más importante y el mejor logrado de los tres capítulos. En él, el autor destaca las diferencias que estima más relevantes (y quizás las más polémicas) para analizar los pros y contras de cada uno de los sistemas de reglas. Preguntas sobre quiénes pueden ser testigos, el uso de declaraciones escritas, el uso del “cross examination”, la preparación de testigos por los abogados, entre otras, son analizadas con sentido crítico y tomando posición sobre qué conviene adoptar y ajustar.

Este trabajo es un esfuerzo por traer la teoría a la realidad, usando un análisis interesante y muy marcado por la propia experiencia del autor, contrastada por autores tanto del derecho civil como del “Common Law”, y que provienen del proceso civil o del proceso arbitral.

A pocos días de elaborar este prólogo llegó una nueva sorpresa (cerca otra vez a una persona sorprendente). Juan Luis es miembro de la Comisión Revisora del Código Procesal Civil. Me llamó por teléfono. Hablaba con un tono travieso y orgulloso a la vez: “Alfredo, te quiero contar una primicia. En el proyecto de reforma del Código han acogido mi propuesta de incorporar parte de las reglas de la IBA en lo relativo a la prueba testimonial”. Efectivamente. Su trabajo académico está rindiendo frutos prácticos. Días después llegó a mis manos el proyecto de Código. Allí estaban, entre otras innovaciones, las declaraciones por escrito de los testigos. También estaba el “direct examination”, el “cross examination” y el “redirect” como secuencia y forma de interrogar.

La siguiente sorpresa que quizás Juan Luis nos dé, es que su trabajo se convierta en ley. Ésa es otra muy buena razón para leer este libro. Y, le aseguro, no se arrepentirá en hacerlo.

Alfredo Bullard G.

Lima, junio 2018

INTRODUCCIÓN

Generalmente, toda obra humana tiene una finalidad. Es usual que cuando se inicia un trabajo, una investigación o una obra, el autor persiga un fin; pero a éste le precede la motivación, es decir, la pregunta ¿por qué hacer tal o cual investigación? Respondo a ella a propósito del tema de investigación: las reglas de la IBA sobre la prueba testimonial en el arbitraje: una comparación con la testimonial en el proceso civil.

La motivación principal es haber constatado, desde hace mucho tiempo, que la prueba testimonial no es usada en los procesos civiles. Hoy en día la declaración de testigos se ofrece con muy poca frecuencia. Como señalo en el desarrollo del presente trabajo, desafortunadamente, la palabra está devaluada. En el proceso civil peruano no se cree lo que un testigo dice. Sin embargo, en los arbitrajes sucede lo contrario. He participado en diversas audiencias donde los testigos han declarado conforme a las Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre práctica de prueba en el arbitraje internacional del 2010. En ellas he constatado que, tanto las partes como los terceros absuelven los interrogatorios con solvencia, sobre todo si están debidamente preparados; y, por lo general, diciendo la verdad.

La comparación entre los sistemas mencionados es lamentable, porque el proceso civil —al que he dedicado años de mi vida— profesional, ha perdido un medio de prueba trascendental, probablemente el más antiguo desde que existe el género humano. A ello se suma que la falsedad, riesgo permanente en la prueba testimonial, es un problema cultural de orden moral de muy difícil sanción y solución.

Hasta hace algunos años, en los procesos civiles ambas partes ofrecían la prueba de testigos. El resultado era que los testigos de cada parte respondían en favor de la que había ofrecido su declaración. Esto ocurría porque, antes de la vigencia del Código Procesal Civil de 1993, era obligatorio que las preguntas se formularan en sentido afirmativo y para los testigos de cada parte era muy sencillo responder con un “sí” a todas las preguntas que se les formulaba, pues así se les había preparado. No había espontaneidad ni sinceridad; únicamente existía el afán de servir a un amigo, cuando no a un corrupto. Lamentablemente, con el cambio de Código Procesal no se resolvió el problema. Se eliminaron las preguntas en sentido afirmativo, pero la mayoría de testigos siguieron mintiendo.

Lo descrito explica por qué actualmente nadie pierde el tiempo en ofrecer una declaración testimonial como medio de prueba para acreditar los hechos expuestos en la demanda o la contestación. A esto se suma el desconocimiento de las técnicas para evitar que el testigo mienta fácilmente y favorecer a que diga la verdad. Para ello, resultan imprescindibles una gran preparación e inversión de tiempo del interrogador y del declarante, así como la observancia de la simple regla ética de decir siempre la verdad. Sin ésta, no hay declaración, prueba, ni proceso; peor aún, no hay un verdadero estado de derecho.

Felizmente, la comparación del uso de la prueba testimonial en los procesos civiles y arbitrales tiene un aspecto positivo: comprobar que el primero puede “aprender” del segundo y valerse de las Reglas IBA, en lo que sean aplicables, para obtener declaraciones veraces. La batalla no está perdida; más bien hay que darla y ganarla.

En el presente trabajo, plasmo la motivación descrita a lo largo de tres capítulos. En el capítulo I describo cómo es la prueba de testigos según la legislación procesal civil. El lector comprobará que en el sistema romano-germánico no hay grandes diferencias entre sus seguidores,

pues los códigos latinoamericanos son muy parecidos entre sí con pequeñas diferencias.

Luego, en el capítulo II explico qué es la probática y lo importante que sería usar para bien los medios probatorios, concretamente la apropiada actuación de la declaración testimonial. A la probática le preocupa que el derecho probatorio no se enseñe en las universidades y que los abogados sólo aprendan a usarlo cuando ya se encuentran en el ejercicio profesional. Por ello, en el mismo capítulo explicamos qué son las Reglas IBA, las cuales, sin hacer referencia explícita a la probática, contienen reglas y formas que regulan la actuación de los medios de prueba. Además, ellas explican cómo sacar ventaja de la prueba testimonial mediante una actuación adecuada, fruto de una intensiva preparación y el empleo de técnicas adecuadas.

Finalmente, en el capítulo III hago una comparación de las normas del derecho procesal civil peruano con las Reglas IBA y la práctica del arbitraje. Asimismo, describo lo que vendrían a ser las innovaciones en el derecho probatorio, que están constituidas por las mencionadas Reglas IBA y su aplicación práctica en los arbitrajes donde he tenido la oportunidad de participar como árbitro o como abogado defensor.

El objetivo final del presente trabajo es que las futuras generaciones de abogados procesalistas interioricen las reglas del arbitraje internacional y local. Al mismo tiempo, espero que comprendan por qué es mucho más útil lograr acuerdos entre las partes para el buen desarrollo del proceso civil o arbitral, en lugar de promover enfrentamientos sin sentido.

CAPÍTULO I

LA PRUEBA TESTIMONIAL

1. LA IMPORTANCIA DE LA PRUEBA

Es indiscutible que un alto porcentaje de abogados sabemos cuál es la etapa más importante del proceso judicial que hemos de iniciar. Es como si alguien preguntara a varios fabricantes de automóviles cuál es la pieza más importante del vehículo; si bien todas son trascendentes para que pueda desplazarse, nadie negará que el motor es la pieza fundamental. Por ello, considero útil iniciar esta investigación preguntándome cuál es la etapa más relevante en el proceso civil o en el arbitraje: ¿lo será la demanda, la contestación, la prueba, la etapa postulatoria, los alegatos escritos o los informes orales?

En mi ejercicio profesional he llegado a la conclusión de que la parte decisiva para ganar el debate que se produce entre una tesis (demanda) y una antítesis (contestación) es la etapa probatoria. No existen muchos argumentos a favor de mi afirmación, sino que llego a ella por descarte. Así, la demanda tiene una gran importancia, pero en el transcurso del proceso el demandante, si bien no puede variarla, sí puede enriquecerla. Lo mismo sucede en la contestación de la demanda. Igualmente, los alegatos y los informes orales, tienen gran importancia, pero son prescindibles para ganar.

En cambio, la prueba sí es trascendental porque el demandante puede haber sustentado muy bien su demanda y haber desarrollado grandes teorías desde el punto de vista jurídico, pero en toda ley subyace un supuesto de hecho. En consecuencia, cuando el demandante

quiere que se aplique una determinada norma jurídica, es indispensable que se refiera al supuesto de hecho en que se sustenta esa consecuencia jurídica y su demostración resulta clave para obtener éxito en el proceso. De allí que el demandante y el demandado tendrán que probar los hechos alegados que subyacen en la norma jurídica que es fundamento de sus pretensiones.

Entonces, no cabe duda de que la parte más importante de un proceso es la prueba. Aun cuando la demanda sea perfecta no puede prescindirse de la prueba de los supuestos de hecho subyacentes en la norma jurídica que el juez deberá aplicar al sentenciar. Esto lo podemos apreciar quienes nos hemos desempeñado como abogados, árbitros o vocales en tribunales administrativos. En el primer caso, lo que más me preocupa cuando asumo una defensa, es obtener del cliente las pruebas que acrediten los hechos invocados como fundamento de la pretensión. Esto es tan importante que incluso puedo llegar al extremo de no aceptar la defensa de un caso si el cliente no cuenta con los elementos probatorios suficientes para probar los hechos que sustentan la demanda.

2. LA CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

Los artículos 192 y 193 del Código Procesal Civil peruano clasifican los medios probatorios en típicos y atípicos. Los primeros son la declaración de parte, la declaración de terceros, la inspección judicial o arbitral, los informes de peritos y los documentos. Mientras que los segundos son aquellos medios que no entran en la clasificación anterior y se trata, básicamente, de las pruebas de carácter científico.

Entre las pruebas científicas, la prueba del ADN (ácido desoxirribonucleico) tiene un uso cada vez más frecuente. Ésta viene siendo empleada en los procesos civiles hace menos de treinta años y es crucial para ganar un proceso de paternidad. Así, antiguamente un proceso judicial sobre paternidad era largo y complejo; sin embargo, a partir del descubrimiento y uso del ADN, se ha tornado muy sencillo porque,

por regla general, el juez se regirá por lo que indique el informe del laboratorio.

3. LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL

Dentro de las pruebas típicas está la declaración de parte y la declaración de testigos. Tradicionalmente se conocía a la primera como confesión para distinguirla de la segunda, pero desde la entrada en vigencia del Código Procesal Civil de 1993 se asimilaron ambos medios, aunque se abordaron en capítulos distintos. Así, el artículo 230 del Código contiene una norma de remisión por la cual “Son aplicables a la declaración de testigos, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones relativas a la declaración de parte”.

Coincido con el Código Procesal Civil (1993) en que las dos son pruebas típicas, pero discrepo en que se regulen separadamente. En el arbitraje, que es donde se centra mi interés, es común ofrecer la declaración de parte, así como de testigos sin distinción. De la misma manera, las Reglas de la IBA sobre prácticas de pruebas en el arbitraje internacional (2010) (reglas IBA, en adelante) contienen una definición única de la declaración sin distinguir entre la de parte y la de un tercero. Además, su artículo 4.2 que trata sobre el título de testigos señala que cualquier persona, incluyendo una parte, podrá testificar. Por ello, en el presente trabajo me refiero a la declaración, en general.

Quizás la única diferencia que puede hacerse entre la declaración de parte y la de testigos esté en la valoración. La declaración de parte, es decir, del demandado que reconoce, por ejemplo, la existencia de la deuda y el no pago de la misma, tendrá un peso mayor para el juez que lo declarado por un testigo en sentido contrario.

Finalmente, existe una distinción entre medios de prueba, fuentes de prueba y la prueba misma, que es prácticamente unánime en la doctrina (Bustamante 2001; Devis Echandía 1976; Taruffo 2012). Los

primeros son los instrumentos que se utilizan para llevar la fuente de prueba al proceso. Para el tema que nos ocupa, los medios de prueba son las declaraciones testimoniales y las fuentes de prueba son los testigos. Éstos tienen el conocimiento de los hechos por haberlos visto u oído y serán llevados al proceso a través de sus declaraciones testimoniales. Finalmente, la prueba es la conclusión favorable que el juez extrae al valorar las declaraciones acerca de la realidad del hecho.

Es necesario tener presente las distintas acepciones de la prueba porque se abordarán a lo largo de la tesis, principalmente, en el interrogatorio, el cual comprende la actuación de las declaraciones testimoniales y los testigos. De este modo, se distingue la prueba testimonial y la prueba de testigos. Si me refiero a la prueba como medio probatorio, usaré el término prueba testimonial, mientras que, si aludo a la fuente de prueba, hablaremos del testigo o de la prueba de testigos.

3.1. Algunas consideraciones históricas sobre la prueba de testigos

Según Devis Echandía (1976, tomo I) la prueba testimonial es tan antigua como la humanidad y puede decirse que existía antes del documento, la peritación, la inspección judicial y los indicios. Mientras éstos demuestran cierto grado de cultura para su aplicación y entendimiento, la prueba testimonial se deduce lógica y espontáneamente del uso del lenguaje como medio de comunicación entre los seres humanos.

Efectivamente, es muy probable que la prueba utilizada en el primer juicio realizado en la antigüedad haya sido la testimonial, pues la percepción por los sentidos y la comunicación oral son más antiguas que la escritura, creada siglos después. Incluso cuando esto sucedió, las personas que sabían escribir eran pocas y dicha práctica no estaba muy generalizada, por lo que existían pocos documentos. Con el transcurso de los años, la documentación se ha generalizado y ha adquirido mayor valor probatorio en comparación con la prueba testimonial. Sin embargo, en ciertos procesos, básicamente penales, la testimonial sigue siendo

la prueba por excelencia y paralelamente su uso se está intensificando en los arbitrales y laborales.

Además, Chocano (1997) señala que en la Edad Media existían los famosos duelos judiciales y los juicios de Dios. Si el acusado de un robo no lograba atravesar una distancia caminando sobre los maderos encendidos con fuego elevado, esto era prueba de su culpabilidad. Si lo hacía, aunque llegara con los pies destruidos, era considerado inocente. Lo mismo ocurriría con los juicios de Dios, puesto que los hechos naturales eran interpretados como una manifestación de la voluntad divina respecto de la culpabilidad del acusado. Por ejemplo, si salía el sol al día siguiente del inicio de un juicio, las partes entendían que la voluntad de Dios era la declaración de inocencia del acusado; en cambio, si llovía, éste debía ser condenado por la comisión del delito imputado. El concepto de la prueba en la antigüedad era, pues, muy pobre o incipiente.

A diferencia de lo descrito, actualmente el testimonio se obtiene mediante el interrogatorio oral o escrito al que debe someterse todo testigo con todas las garantías del caso. Este interrogatorio ha sustituido formalmente al suplicio que se aplicaba desde el derecho romano y antes en la clandestinidad o semiclandestinidad (Chocano, 1997).

3.2. El interrogatorio y la prueba testimonial

La expresión “*interrogatorio de preguntas*” puede ser estudiada desde varios aspectos. En una primera acepción, se entiende como el acto procesal en el que se formula diversas preguntas a la contraparte o a los testigos. Esto comprende el estudio de todo lo relativo al procedimiento de la prueba testimonial y a los hechos que se pretenden acreditar. Sin embargo, existe una acepción más acotada, correspondiente al proceso civil, particularmente al peruano. En éste, el interrogatorio se entiende como un pliego de preguntas enumeradas correlativamente, leídas directamente por el juez al testigo y registradas en un acta junto con las respuestas del convocado a la audiencia.

Como señala Serra (2009), actualmente la segunda acepción sólo es aplicable al proceso civil porque es el único que conserva el pliego interrogatorio, el cual se acompaña a la demanda o contestación; mientras que es repudiada por la doctrina procesal. Efectivamente, hoy en día ya no se usa en el Perú el pliego interrogatorio de preguntas. Nuestro Código Procesal Civil (1993) señala en el inciso 2 del artículo 208 que “*Los testigos con arreglo al pliego interrogatorio presentado*” [El subrayado es nuestro] ocupaban el segundo lugar en el orden de actuación de las pruebas en la audiencia.

Sin embargo, la disposición mencionada sufrió un cambio radical. La Ley n.º 29057 (2007) modificó diversos artículos del Código Procesal Civil, pero mantuvo el texto original del artículo 208 citado. En cambio la Ley n.º 30293 (2015) precisó que el segundo lugar de actuación sería ocupado por “*Los testigos con arreglo al interrogatorio que los abogados le realicen directamente [...]*” [El subrayado es agregado]. Este cambio es correcto porque el anterior sistema generaba una serie de problemas en el proceso. Así, había que preparar el pliego interrogatorio y acompañarlo a la demanda antes de conocer el contenido de la contestación. Como consecuencia, se tenía que adivinar qué hechos reconocería el demandado al contestar la demanda y qué hechos no. Por otro lado, durante el interrogatorio existía una total falta de flexibilidad que permitiera formular las preguntas de acuerdo a las respuestas dadas, que es como debe ser. Por tanto, se obligaba al demandante y al demandado a intuir o presumir lo que podrían ser las respuestas y, como es lógico, muchas veces se equivocaban al hacer el pliego que debía acompañarse a la demanda y contestación, según el caso.

La modificación legislativa impone una mayor preparación del interrogador, quien no sólo debe conocer debidamente los hechos, sino estar muy atento a las respuestas para sacar ventaja de la declaración del testigo. Como se explicará más adelante, esta tarea no es fácil, pues se debe escuchar la respuesta y preparar la siguiente pregunta al mismo

tiempo, sin valerse de un pliego preparado con anticipación e ignorando qué responderá el testigo hasta el momento en que lo hace.

Interesante la precisión de Bielsa, citado por Angulo (2007), sobre la diferencia entre preguntar e interrogar. Indica que lo primero es algo común y lo hace cualquiera, en cambio interrogar es requerir con autoridad una declaración concreta. La distinción es acertada porque la expresión “*interrogatorio*” alude a una actividad jurisdiccional en pro de la impartición de justicia, la cual demanda preparación, técnica y habilidad. De hecho, es conocida la lista breve de requisitos esenciales formulada por Devis Echandía (1976, tomo II), para la existencia de una verdadera declaración de testigos. En primer lugar, es indispensable la percepción, ya sea visual o auditiva. En segundo término, es necesaria la memoria o retención de la percepción. Finalmente, resulta fundamental la narración que se haga de lo retenido gracias a la memoria.

El nivel de exigencia planteado me lleva a buscar definiciones idóneas sobre el testimonio que se produce en el interrogatorio, aunque son tantas como los autores que tratan el tema. En Latinoamérica, la conceptualización más utilizada es la de Devis Echandía, quien señala:

El juez debe encontrar en la declaración la representación de un hecho, entendido en el más amplio sentido, así resulte únicamente de juicios, suposiciones o deducciones del testigo o de la calificación jurídica creada para definirlo. El testimonio como hecho o acto jurídico, da indescritiblemente a quien lo escuche o lea, la idea de otro hecho: el que constituye el objeto. Es siempre una declaración representativa personal y, por tanto, subjetiva (1976: 31, tomo II).

De este modo, el autor vincula el testimonio o declaración a la representación. En respaldo a su posición, cita al maestro Carnelutti: “*El testimonio es un acto humano dirigido a representar un hecho no presente, es decir, acaecido antes del acto mismo [...] esa reproducción o reconstrucción se obtiene gracias a la memoria del testigo que guarda o conserva la*

percepción y permite recordarla posteriormente en el momento de la declaración”. (Citado en Devis Echandía 1976: 32, tomo 2).

Por su parte, Liebman elimina la noción de representación y genera una definición breve, concisa, pero muy clara: *“El testimonio es la narración que hace una persona de hechos de los cuales tiene noticia, para darlos a conocer a otro”* (1980: 250). Resalta que el testigo sea definido como una persona distinta no sólo de los sujetos del proceso, sino, incluso, de la misma parte que lo convocó, pero omite señalar que la declaración se presenta ante las autoridades. De lo contrario, podría considerarse como una simple conversación.

Como se aprecia en las definiciones anteriores, gran parte de la doctrina llama testimonio a la declaración que hace la parte o el tercero de hechos sobre los cuales tiene conocimiento, aun cuando no le consten personalmente (por ejemplo, el testigo de oídas). La declaración efectuada ante la autoridad competente es considerada una declaración testimonial, independientemente de su grado de conocimiento y de su influencia en la decisión del juez.

Cabe mencionar la calificación, realizada por Devis Echandía, de la testimonial como un medio de prueba: *“[...] en sentido estricto el testimonio es un medio de prueba que consiste en la declaración representativa que una persona que no es parte en un proceso en que se aduce, hace a un juez con fines procesales sobre lo que sabe respecto a un hecho de cualquier naturaleza”* (1976: 33). Para el autor, la testimonial no debe confundirse con la fuente de prueba, que es el testigo citado a declarar ante el juez, como ya se ha explicado.

En general, la generalidad de autores consultados coincide con Devis Echandía en que el testigo es la fuente de prueba por su conocimiento de los hechos, mientras que su declaración es el medio de prueba porque permite traer ese conocimiento al proceso.

Respecto del contenido de la testimonial, existen dos debates interesantes en la doctrina. En primer lugar, hay quienes exigen que el testigo no solamente declare sobre los hechos que se le pregunta sino sobre la razón de su conocimiento o ciencia y que explique cuándo y dónde ocurrieron. Aunque ésta no es una exigencia del Código Procesal Civil (1993),² si el testigo señala cuál es su fuente, enriquecerá su declaración. Según nuestro ordenamiento procesal, basta con que el testigo responda claramente las preguntas que se le formule y cuyas respuestas conoce. Naturalmente, una respuesta concreta, aunque sea hecha con claridad, puede perder valor si no se describen ciertos detalles sobre el hecho preguntado. Esto puede ser producto de la iniciativa del testigo o de una repregunta orientada a que explique por qué afirmó o contestó en la forma mencionada.

La segunda discusión se refiere a si caben los juicios de valor por el testigo, es decir, las apreciaciones que haga sobre los hechos que se le ha preguntado. Por un lado, autores como Devis Echandía (1976), afirman que el testigo debe hacer juicios de valor, pues entiende que los hechos implican un concepto subjetivo de aprobación o desaprobación, ajenos a su simple narración. Por otro lado, Serra (2009) considera que el testigo debe limitarse a responder sobre los hechos preguntados sin emitir juicios de valor y, menos aún, dar opiniones jurídicas.

Coincido con la posición de Serra porque la emisión de los juicios de valor corresponde al juez. No debe olvidarse que la prueba versa sobre hechos o afirmaciones referidas a los hechos y no sobre juicios u opiniones. Por tanto, la declaración de testigos debe tratar únicamente sobre los hechos que conoce y que, eventualmente, serán fundamento de la sentencia. Si en medio del interrogatorio, el preguntante inquiriere al testigo para que explique si le parece correcto el hecho recientemente narrado, el abogado de la contraparte deberá objetar esta pregunta —que sería más

² El artículo 225 del Código Procesal Civil (1993) establece los límites de la declaración testimonial, señalando que “El testigo será interrogado sólo sobre los hechos controvertidos especificados por el proponente”. [El subrayado es nuestro].

apropiada si se formula a un perito—, ya que el juez no va a fallar considerando la opinión del testigo, sino sobre la realidad los hechos narrados.

3.3. Importancia y necesidad de la prueba testimonial

La aparición y cada vez mayor divulgación del documento escrito lo convirtieron en la prueba por excelencia, restándole importancia probatoria al testimonio oral.

Sin embargo, el estudio y mejoramiento de la prueba testimonial son fundamentales por dos razones. En primer lugar, la prueba testimonial se suele practicar en los procesos civiles de forma equivocada y sin conocimientos técnicos, lo cual le resta eficacia y, prácticamente, se desperdicia. En segundo término, existen ciertos casos donde los únicos medios para probar los hechos son las declaraciones testimoniales, y un juez o árbitro jamás podrá sustraerse de su obligación de fallar, incluso sin pruebas (*sentencia non liquet*). Tal es su importancia, que en el sistema anglosajón sigue siendo la prueba por excelencia. Si bien la prueba documental ofrece una mayor confianza o credibilidad; y, por lo general, emana de ambas partes, el testimonio puede dar un conocimiento más vivo y real, e inclusive más exacto, que los hechos descritos en un documento.

A diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, la prueba testimonial ha retomado su auge en los procesos arbitrales, donde suele ofrecerse con mayor frecuencia de la que se cree. Actualmente, existe una innovación respecto de la tradicional testimonial que es de carácter oral para incluir la que se presta por escrito. Así, las reglas IBA (2010) en el capítulo de definiciones, señala que la declaración testimonial “*significa una declaración testimonial por escrito realizada por un testigo*”. Aun cuando el demandante tiene un documento a su favor, se suele preguntar al testigo (firmante del documento) si reconoce su existencia y la veracidad de su contenido. Una posible explicación de este proceder —que no se debe confundir con el reconocimiento en los procesos judiciales— es que

muchas veces se presenta una gran cantidad de documentos y, dada su diversidad y la escasez de tiempo del colegiado a cargo de la controversia, algunos de ellos pueden pasar desapercibidos. Una forma de evitar esto es, justamente, llevando al testigo que emitió el documento para formularle las preguntas que permitirán destacar su contenido. De esta forma, el colegiado o árbitro muy probablemente recordará este medio probatorio al momento de fallar.

4. QUIÉN FORMULA LAS PREGUNTAS: EL INTERROGADOR

Hasta hace muy poco, en los procesos civiles las preguntas del pliego interrogatorio eran leídas por el juez. Es más, actualmente, aun cuando no existe pliego, algunos abogados se presentan con él a la audiencia de pruebas y piden al magistrado que lo lea en voz alta por ser el director del proceso. Recién a partir de la modificación del artículo 213 del Código Procesal Civil, los abogados de las partes pueden hacer las preguntas directamente. Además, durante o al concluir este acto, el juez puede hacer las preguntas que estime convenientes. En el arbitraje ocurre lo mismo, pues las preguntas son formuladas de manera directa por las partes o sus abogados y en ciertas ocasiones por el colegiado o árbitro.

Al existir dos posibilidades, es interesante preguntarse ¿cuál es mejor? Por un lado, la ventaja del interrogatorio realizado por el juez es que éste lo hará, probablemente, de manera más objetiva y luego de un concienzudo estudio del expediente. Además, como él debe fallar, se cumple con el requisito de la intermediación que es fundamental para dictar una sentencia correcta. Sin embargo, muchas veces el juez no pone énfasis en determinadas preguntas o no ha hecho un estudio profundo del caso. Como resultado, se pierde la oportunidad de ejercer cierta presión moral sobre el interrogado para refrescar su memoria y lograr que conteste con la verdad. Por ello, en el arbitraje, como ya se ha dicho, también se prefiere que las preguntas sean formuladas por los abogados sin que se pierda la intermediación, dado que el colegiado o árbitro estará presente en el acto. Incluso, él está facultado por el artículo 43, inciso 1 y 2 de la

ley de arbitraje (2008) para declarar que una pregunta es impertinente o incluso prescindir de la prueba con una motivación.³

Al margen de la razón utilitaria señalada, corresponde preguntarse si es correcto que la ley faculte al juez a preguntar en un proceso eminentemente privatista: ¿el Estado puede intervenir en un proceso civil a través del juez? Existen argumentos sólidos en contra que han sido recopilados por Picó I Junoy (1998), de los cuales hemos seleccionado los dos que resultan más consistentes. El primer argumento es la destrucción de la carga de la prueba. Cuando un juez no puede fallar por falta de pruebas, la ley le permite aplicar las reglas de la carga de la prueba —y el demandante debe probar los hechos que afirma— pero si el juez, además de preguntar puede actuar pruebas de oficio, esas reglas resultan inútiles. El otro argumento es que se atenta contra la imparcialidad del juez. Si éste dispone que se actúe un determinado medio de prueba, podría querer favorecer a una de las partes.

No compartimos las objeciones mencionadas. En cuanto a la primera, porque la prueba de oficio suele proceder cuando el juez va a dictar sentencia y no antes. Por ejemplo, en la fijación de los puntos controvertidos y en la admisión de los medios probatorios rara vez el juez ordena de oficio la actuación de otro medio de prueba que no sea los ofrecidos por las partes. La segunda objeción referida a la supuesta parcialización del juez, cuando éste ordena la actuación de un medio probatorio, por ejemplo, decide preguntar a un testigo, desconoce cómo contestará y a quién beneficiará.

³ **Artículo 43.- Pruebas.** 1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios. 2. El tribunal arbitral está facultado, asimismo, para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.

Además, para que el juez actúe una prueba de oficio, es indispensable que la fuente de prueba se conozca al interior del proceso y no que provenga del conocimiento personal del juzgador. Así, en el desarrollo de la prueba testimonial, el juez o el árbitro pueden darse cuenta de que el interrogador, por ignorancia, error o falta de perspicacia, está omitiendo la formulación de preguntas que podrían ser claves para la solución del caso. En esta hipótesis, ellos, que dirigen la audiencia y conocen bien el proceso, podrán formular preguntas cuyas respuestas serán útiles al momento de fallar.

A pesar de lo señalado, en los procesos civiles peruanos el interrogador se limita a leer la demanda e identificar los hechos que se van a probar para, sobre esa base, elaborar el pliego de preguntas que formulará durante la audiencia. En general, no es costumbre prepararse para lograr el éxito del, interrogatorio, dada su poca transcendencia. Los interrogatorios suelen ser inocuos, pues no sirven de mucho para el que formula las preguntas ni causan perjuicios a la otra parte. Sin embargo, en los procesos del *common law*, y en los arbitrajes internacionales y domésticos, la prueba testimonial tiene mucha importancia y exige una intensa preparación del interrogador a fin de que formule correctamente las preguntas y obtenga un beneficio para su posición. Por ello, Devis Echandía señala que “[l]a prueba de testigos es frecuentemente una labor dispendiosa, larga, difícil, que significa mucho tiempo y trabajo al juez y a las partes e inclusive una inversión de dinero, que en ocasiones puede ser considerable” (1976: 247).

Quienes estudian el interrogatorio, sobre todo en los procesos penales y laborales, lo consideran de una manera muy singular. Angulo se refiere al “*arte de interrogar*” y, citando a Dignstein, expresa que “[...] el interrogar se puede considerar un arte pues no hay reglas fijas que debe seguir el interrogador para obtener éxito completo en cada caso, ya que el interrogatorio depende de muchísimos factores, los cuales no están en control del interrogador” (2007: 25). Por ello, Angulo sostiene que “*habrá arte en el interrogador en tanto aquél explote sus cualidades innatas y desarrolle*

al máximo su creatividad permitiendo que su habilidad de preguntante crezca, en función de las observaciones puntuales que le permitan desenvolverse del modo idóneo, efectuando el interrogatorio” (2007: 26).

De la misma forma, en los arbitrajes, el acto de interrogar es una labor que supone alcanzar un perfil elevado al cual se suman la competencia personal, habilidad y destreza para hacerlo bien. Ello implica, como he señalado, prepararse debidamente, así como conocer al testigo e investigarlo hasta en sus más mínimos detalles: su formación profesional, en qué universidad estudió, qué profesión ejerce, cuál es su estado civil, si tiene hijos o no, cómo se desenvuelve en el mundo social, si es un hombre extrovertido o introvertido, si adolece de cierta timidez o es expresivo y locuaz, entre otros aspectos.

Según Mixán, en materia penal la teoría “[...] *aporta rigor y paralelamente descarta los elementos intuitivos, emocionales o ideológicos proviniendo de un nivel de conocimiento abstracto, adecuado para que la acción práctica alcance un desempeño eficiente*” (citado por Angulo 2007: 27). Lo cierto es que, según Angulo (2007), el arte y la técnica se han de fundir en uno. Esto significa que desde el momento en que hablamos del interrogatorio con un cierto rigor científico y nos referimos a él con una serie de leyes psicológicas y jurídicas, el arte se convierte también en una técnica, la cual se puede aprender y mejorar permanentemente con la práctica.

5. EL TESTIGO

5.1. *Concepto*

Así como he analizado quién formula las preguntas también debo establecer quién debe responderlas. El artículo 214 del Código Procesal Civil (1993) señala que las preguntas deben ser respondidas por el testigo y que “[...] *excepcionalmente, tratándose de persona natural, el Juez admitirá la declaración del apoderado si considera que no se pierde su finalidad*”.

Esto quiere decir que la regla general es la declaración del testigo como persona natural y sólo en casos excepcionales, lo hará un tercero, pero con el poder respectivo (por ejemplo, en el caso de un testigo enfermo o que se encuentra en el extranjero).

Además, la exigencia de que “no se pierda la finalidad de la declaración”, es una expresión bastante abierta; y, por lo general, la realidad es más rica que la imaginación del legislador. Un caso podría ser el de un apoderado que desconoce totalmente los hechos que debería afirmar o negar su poderdante. En este supuesto, no tiene sentido que el apoderado concurra a la citación si al ser interrogado responderá las preguntas con un “no sé” porque la finalidad de la declaración se habría perdido.

Por cierto, si el testigo está en el extranjero, nada impide que se solicite su declaración vía consular. Más difícil sería solucionar el caso de un testigo gravemente enfermo que esté por ello impedido de escuchar y responder. Si la enfermedad no le impide realizar estos actos, el juez podrá tomar la declaración en su casa o en el nosocomio donde esté internado, siempre en presencia de las partes. De lo contrario, puede declarar el apoderado, si lo tiene.

5.2. Características del testigo

El testigo es la persona que ha visto, escuchado o, en general, percibido por los sentidos, determinados hechos relacionados con un proceso judicial en el cual es llamado a declarar. De esta definición, se pueden extraer las siguientes características del testigo:

- i) Es una persona física y capaz, como lo determina el artículo 222 del Código Procesal Civil. Si bien éste no exige que se trate de una persona humana, la conclusión es obvia. La persona jurídica puede tener atributos o facultades, pero de ninguna manera se le puede atribuir el concepto de capacidad establecido en el Código Civil, que es propio de la persona humana.

- ii) Se trata de un tercero. En el proceso civil, las partes pueden ser llamadas a declarar, pero no tienen la condición de testigos, la cual es privativa de los terceros ajenos al proceso. Esta regla no aplica en el arbitraje porque, de acuerdo al artículo 4.2. de las reglas IBA, cualquier persona, incluyendo los terceros y las partes pueden ser testigos.
- iii) Declara sobre hechos que ha percibido y retenido en su memoria. No se requiere la demostración de los hechos, sino que basta con recordarlos. El que se olvida o se equivoca no será un buen testigo. Por ello, la alusión a la memoria es evidente, pues no basta haber percibido el hecho, sino que es necesario haberlo grabado. Nadie puede declarar sobre un hecho o un suceso que no recuerda.
- iv) Debe narrar o contestar claramente. Así como la pregunta debe ser clara, la respuesta no puede ser oscura o confusa.

5.3. Clases de testigos

Existe un sinnúmero de clasificaciones, pero la más conocida se refiere a los testigos directos e indirectos. Ésta tiene correspondencia con la clasificación de testigos presenciales y testigos de oídas o de referencia. Si bien el Código Procesal Civil (1993) no recoge esta clasificación, sí se admite al testigo de oídas en la práctica, aunque éste tiene pocas posibilidades de generar convicción en el juzgador. Esto se debe a que no ha presenciado el hecho a probar, sino que lo ha conocido a través de la información proporcionada por un tercero.

Otra clasificación es la que divide a los testigos plurales en concordados y discordados. Los primeros son varios y entre ellos deberá existir coincidencia sobre los hechos materia de su declaración. En cambio, los segundos, como es evidente, comprenden a aquéllos que discrepan entre sí o tienen posiciones contrarias respecto de un mismo hecho. Esto

nos plantea la siguiente pregunta: ¿qué testigo ha de merecer mayor credibilidad? El sentido común nos dice que el juez ha de seguir lo que digan los testigos concordes y no los discordes. Ello, porque los primeros, al coincidir en la existencia de un determinado hecho, optimizan la credibilidad de sus declaraciones, mientras que en los segundos se requiere determinar a cuál de los testigos creer. También existe la posibilidad de que no se crea a ningún testigo, porque no existe una razón para preferir a uno en lugar del otro, salvo que se pueda establecer con claridad quién dice la verdad. Otra posibilidad es otorgar más credibilidad al testigo disorde, cuya declaración coincida con un documento o cuyo prestigio personal es mayor.

Por cierto, hay un elemento que puede influir en la valoración testimonial y es la calidad personal del testigo. Por ejemplo, sería más fácil creer a un sacerdote que a un condenado por estafa, o a un profesor de ética frente a una persona sin educación, pero no existe ni puede haber una regla escrita. Otro elemento fundamental para la valoración de la prueba es que el juez o el árbitro estén presentes en la declaración testimonial, donde pueden advertir ciertos rasgos, como nerviosismo, aplomo, seguridad, uso de muletillas, mirada a los ojos o sudor en las manos.

5.4. Deberes de los testigos

El testigo tiene, en general, tres deberes: el primero es comparecer ante el juez porque, según el artículo 371 del Código Penal, el testigo que se abstiene de comparecer sin una causa justificada, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios.

El segundo deber es declarar, contemplado de manera expresa en el artículo 222 del Código Procesal Civil. Éste dispone que toda persona capaz deba declarar como testigo si no tiene excusa o no está prohibida de hacerlo.

El tercer deber del testigo es declarar con la verdad, es decir, cumplir con el deber de veracidad, cuyo incumplimiento está sancionado por el artículo 409 del Código Penal. Esto depende en gran parte del abogado que ofrece su declaración, pues es frecuente que el testigo haga lo que éste le recomiende. Por ello, el primer consejo que debe dar el abogado es que diga la verdad cuando preste su declaración. Esto considerando, además, que el artículo 216 del Código Procesal Civil (1993) admite la corrección o rectificación, pero no la revocación del testimonio.

Cabe señalar que el ordenamiento penal peruano establece sanciones muy leves para los testigos que incumplen sus deberes, lo cual no favorece la concurrencia a prestar la declaración ni a declarar la verdad. Como consecuencia, es muy probable que en los establecimientos penales del Perú no exista un solo interno que esté allí por aplicación de las sanciones previstas en los artículos 371 y el 409 del Código Penal.

6. CONDICIONES DEL INTERROGATORIO

Como resulta evidente, es indispensable que el testimonio sea confiable para el juez y que le produzca credibilidad. Por lo tanto, la actuación del testimonio debe cumplir ciertos principios o condiciones esenciales para lograr que su recepción sea la mejor. A continuación, las condiciones que son consideradas las más importantes por la doctrina:⁴

6.1. *Autonomía*

De alguna manera ya he tratado este tema, pues en el acápite anterior he señalado que la declaración debe ser prestada por el testigo y que sólo excepcionalmente se permitirá que lo haga su apoderado. Desde el punto de vista de la prueba, un testimonio prestado a través de un apoderado no tendría mucho valor probatorio. Tampoco tendría autonomía si el sujeto no es libre al testificar, lo cual tendría que ser descubierto

⁴ Para una información más detallada sobre los principios para la existencia, validez y eficacia del testimonio, véase Parra (1996, tomo I).

por el abogado contrario o por el juez. Es fundamental, pues, respetar el principio de autonomía o de individualidad, lo cual supone que la declaración sea prestada por el testigo de manera personal.

6.2. *La espontaneidad*

Sería ideal, que todo testigo tenga una personalidad fuerte y muy buena memoria. De este modo sólo sería necesario llevarlo ante el juzgador y dejar que se expone en lo que requieran los jueces o árbitros para tomar conocimiento de un hecho, bastando la formulación de una pregunta que opere como estímulo para el declarante. No obstante, eso ocurre rara vez; por lo general, hay que “enseñar” al testigo cómo contestar o evadir preguntas comprometedoras si fuera posible. En cualquier caso, una respuesta memorizada, como señala Devis Echandía, “[...] llevará un signo de artificialidad y como tal, generará desconfianza e inseguridad que es precisamente aquello que se considera indeseable en el testimonio” (1976: 134).

En general, no se requiere una definición de la espontaneidad, pues lo que se pretende es que el testigo responda como le parezca o “como le nazca”. Así, su declaración será mejor para bien o para mal de la parte que ofreció este medio probatorio. Sin embargo, en los procesos judiciales, la espontaneidad se tropieza con una práctica vedada: decir al testigo cuáles serán las preguntas que se le van a formular y cómo debe responderlas, al extremo de que si puede responder de memoria, es mejor.

En el arbitraje, concretamente en las reglas IBA, también se autoriza la preparación del testigo pero con consecuencias diferentes. Esta libertad del abogado tiene origen en el sistema anglosajón, donde la cultura de decir la verdad es mayor que en nuestro país. Por ello, el artículo 4.3. de las reglas no considera impropio que una parte entreviste a sus testigos y discuta con ellos sus posibles testimonios. Ello no debe restar la necesaria espontaneidad que debe tener la declaración. El testigo po-

drá saber qué se le va a preguntar y tener una cierta idea de cómo podría responder, pero sin olvidar que luego la parte contraria le formulará el interrogatorio cruzado y que el árbitro le podrá realizar preguntas para descubrir si está diciendo la verdad.

Lo señalado hace que, por lo general, el testigo se cuide mucho al momento de declarar y trate de no perder su credibilidad. Si miente o incurre en contradicciones y no puede dar explicaciones certeras, podría ser condenado, en particular, si el proceso es seguido en países del *common law*. Lamentablemente, en los procesos judiciales peruanos no se usa el examen cruzado y la sanción por mentir es mínima.

Otro problema con la espontaneidad es la eventual comunicación entre los testigos. De acuerdo al artículo 224 del Código Procesal Civil (1993), los testigos no deben escucharse entre sí, de tal forma que uno no influya en el otro. Sin embargo, en el arbitraje, las reglas IBA no prohíben que un testigo esté presente mientras otro esté declarando, ya que un tribunal arbitral puede interrogar a un testigo en cualquier momento conforme al artículo 8.3 (g).

Entonces, corresponde preguntarse, ¿por qué en los arbitrajes se permite que los testigos escuchen a quien los precede en la declaración? Probablemente, por la misma razón que hemos señalado, pues si bien un testigo puede ser influenciado por lo que diga otro, debe saber que también será sometido a un interrogatorio cruzado y que el árbitro podrá hacerle preguntas para descubrir si dice la verdad o si está repitiendo lo dicho por otro testigo bajo la amenaza de una sanción severa.

Considero que la espontaneidad no se pierde con la preparación del testigo. No obstante, esta cualidad podría perderse si es que los testigos se escuchan mutuamente; de allí el acierto de la regla contenida en el artículo 224 del Código Procesal Civil (1993).

6.3. *La oralidad*

Este principio corresponde a la prueba en general. La Ley n.º 29497, Ley Procesal del Trabajo (2010) y el Código Procesal Penal (2004) establecieron la oralidad. Anteriormente, el legislador del Código Procesal Civil (1993) quiso instrumentalizar la oralidad, pero todas las modificaciones que ha sufrido durante su vigencia han causado lo contrario. Por ejemplo, se ha suprimido las audiencias en que se resolvían las excepciones y se fijaban los puntos controvertidos. Ambas han sido sustituidas por resoluciones del juez, dictadas en un escritorio y sin presencia de las partes, de tal modo que la única audiencia vigente es la de pruebas. Esto es lamentable porque, al no existir la oralidad, se pierde la intermediación, y se reduce la posibilidad de que el juez dicte una sentencia celeré y más ajustada a los hechos.

Cabe señalar que en los arbitrajes y en contra de la doctrina procesal civil imperante, las Reglas IBA definen a la testimonial como una declaración escrita, como veremos más adelante.

6.4. *La igualdad procesal*

Este principio es equivalente al de bilateralidad, que también rige en todos los procesos e implica que una parte no puede tener ventaja sobre la otra. De allí la regla común que de cada escrito presentado por una parte, se corra traslado a la otra para que opine o diga lo que conviene a su derecho. Igual ocurre con las pruebas y el interrogatorio en particular, pues todo lo que haga el demandante en el ofrecimiento y actuación de la prueba de testigos, podrá ser controlado por la parte demandada con las mismas posibilidades de contradecir dicha prueba y viceversa.

6.5. *La contradicción*

Este principio forma parte del principio de igualdad antes comentado. Angulo señala que “El principio de contradicción se encuentra plena-

mente expresado en el interrogatorio, puesto que la estructura teórica y el desarrollo práctico de esta técnica de declaración se amalgaman para generar una actividad de control y debate profundo con miras de obtener confiabilidad y veracidad, con respecto a la información que pueda ofrecer cada testigo” (2007: 33).

Asimismo, el autor precisa que la aplicación del contradictorio se puede apreciar con claridad en el examen cruzado, porque ahí se conoce cuáles son las dos posiciones confrontadas entre sí. Por ello, cita a Sferlazza, quien señala que la contradicción es la técnica más idónea para evaluar la solidez de los argumentos de las tesis de los interlocutores y, de este modo, acercarse lo más posible a la verdad (2007: 34). En tal sentido, en el interrogatorio, dice Angulo que “[...] operan el análisis, la reflexión y la crítica respecto del testimonio y las hipótesis que se pretenden validar, siendo real que el juzgamiento se aplica a las categorías del conocimiento” (2007: 34). Esto, como señala Rodríguez, implica “[un] tránsito dialéctico desde la ignorancia y la duda hacia la verdad y la certeza” (citado en Angulo 2007: 34).

En conclusión, el principio de contradicción radica en que carecerá de todo valor probatorio el interrogatorio que no sea practicado con conocimiento de la otra parte, porque se reduce o elimina la posibilidad de actuar una contraprueba que podría ser un testigo con una opinión contraria.

Lamentablemente en la práctica este principio no suele ser respetado por los jueces. Es frecuente que las partes ofrezcan en parte de prueba pericias e incluso declaraciones actuadas con Notario y que son admitidas en los procesos judiciales. Recuerdo que en un proceso formulé oposición a la admisión de una prueba practicada por la parte contraria con el apoyo de dos notarios. Tuve que apelar de la decisión del juez para lograr de la Sala la revocatoria y consiguiente exclusión de la aludida prueba.

6.6. *Principio de aportación*

El principio de aportación pertenece a la prueba en general y consiste en que ésta no puede ser ofrecida ni presentada por el juez, sino por las partes. Ello guarda relación con otros principios como el de iniciativa de parte, ya que la demanda sólo puede ser presentada por una parte y jamás por el juez. También tiene relación con la carga de la prueba, porque si el demandante no prueba los hechos que alega, su demanda será infundada. Se trata de un principio de aplicación general, cuyas excepciones son las pruebas de oficio o preguntas por el juez, las que proceden de manera excepcional según el artículo 194 del Código Procesal Civil.

6.7. *Claridad comunicativa*

El Código Procesal Civil, en su artículo 217, establece que las preguntas del interrogatorio deben estar formuladas de manera concreta, clara y precisa. Las preguntas oscuras o ambiguas, impertinentes o inútiles serán rechazadas de oficio o a solicitud de parte por resolución debidamente motivada e inimpugnable. Asimismo, el artículo dispone que quien responda, lo haga de forma categórica, sin perjuicio de las precisiones que luego realice. Por ejemplo, el testigo no puede empezar su respuesta a una pregunta concreta con la frase “déjeme que le explique” ni con el apoyo de muletillas. Antes de cualquier explicación debe responder sobre la realidad del hecho cuestionado, si le consta o no, y sólo después dará las explicaciones que juzgue necesarias.

La claridad que exige el Código es sinónimo de la precisión con que debe contar todo interrogatorio. A ello debe sumarse la exigencia de no emplear palabras complicadas ni terminología legal o técnica, salvo que el proceso trate de temas de esa índole, como sería una demanda de responsabilidad por mala práctica contra un médico o una demanda de incumplimiento de contrato de una obra civil compleja o la exigencia del pago de un tributo que grava las comunicaciones satelitales.

Salvo excepciones como las señaladas en que el testigo también será un especialista, la sencillez y consiguiente claridad es esencial para que el interrogado pueda comprender las preguntas y responderlas del mismo modo.

Según Chocano “[...] es clara una pregunta cuando el pensamiento del interrogador se verbaliza de tal modo que llega a la mente del interrogado tal y como se quería transmitir” (1997: 236-237). Se requiere usar términos sencillos y precisos acordes con el nivel de cultura del interrogado. Para garantizar esto, el Código Procesal Civil, como ya lo he señalado, en su artículo 217 también impone al juez la obligación de rechazar de oficio o a solicitud de parte las preguntas oscuras, ambiguas, impertinentes o inútiles.

Es indispensable tener en cuenta que la declaración testimonial tiene un límite legal objetivo que es muy claro: “El testigo será interrogado sólo sobre los hechos controvertidos especificados por el proponente”, conforme lo dispone el artículo 225 del Código Procesal Civil. Además, en el artículo 223 del Código se establece que “[...] se debe especificar el hecho controvertido respecto del cual debe declarar el propuesto”. Por tanto, es indispensable que, al ofrecerse la prueba, se señale con claridad cuáles son los hechos que se pretenden acreditar mediante la declaración del testigo. El incumplimiento de esta regla genera la inadmisibilidad del escrito de ofrecimiento de prueba o la tacha de las preguntas que se desvíen del hecho a probar mediante un testigo durante el desarrollo de la audiencia de prueba.

La condición de la claridad comunicativa no está prevista en las reglas de la IBA. Sin embargo, en la práctica suele estipularse en las reglas del proceso arbitral a pedido de una parte o por decisión del tribunal. Aun en el caso de no haberse pactado o regulado, si se incumple al formularse una pregunta, el testigo tiene derecho a que se la repitan cuantas veces sea necesario e incluso a que la reformulen claramente.

7. LA PREPARACIÓN DEL INTERROGADOR Y DEL TESTIGO

Como señalamos anteriormente, una de las razones que explican la poca importancia de la prueba testimonial en el proceso civil peruano es que luego de ofrecerse la prueba, ni el interrogador ni el testigo concurren debidamente preparados a su actuación. La consecuencia es la disminución de la credibilidad del testigo; y, por tanto, de la prueba misma. En cambio, en los países regidos por el *common law*, la prueba testimonial tiene una gran importancia, lo cual ha favorecido el desarrollo de muchas técnicas y la indispensable preparación tanto del interrogador como del testigo.

Según Francisco Gonzáles de Cossío (en revista ICC México Pauta n.º 84, 2017) su comentario busca provocar una preocupación sobre la práctica arbitral latinoamericana que adolece de un problema transversal: la falta de conocimiento, preparación y entrenamiento sobre el interrogatorio.

Una forma de recuperar el uso e importancia de la prueba de testigos en el proceso civil peruano, es que el testigo y el interrogador se preparen de manera adecuada, como ocurre en los arbitrajes internacionales. En primer lugar, el interrogador debe conocer todos los aspectos de la vida del testigo; no sólo para preguntarle sobre los hechos materia del proceso sino para establecer si es fiable y si dirá la verdad. Si se trata del abogado contrario, se requerirá una mayor preparación para establecer si conviene hacer el interrogatorio cruzado y lograr que tenga resultados o, eventualmente, abstenerse de hacerlo.

En algunas legislaciones la comunicación entre la parte que ofrece la declaración y el testigo, está prohibida. Se considera como una ilegalidad que atenta contra la espontaneidad, requisito fundamental en la declaración del testigo. Esta prohibición no resulta adecuada porque un abogado que ejerce de forma ética, jamás pondrá sus propias palabras en la boca del testigo. Lo que hará, será prepararlo para que diga la verdad

y no resulte confundido en el examen. Sin embargo, reconozco que en la práctica no siempre se actúa en forma ética.

Tal situación nos lleva a preguntarnos si se ganaría algo prohibiendo la comunicación previa del abogado con el testigo. En teoría, se lograría la espontaneidad absoluta del testigo. ¿Pero, acaso no es posible alcanzarla —sin afectarla— con una debida preparación?

Según el Fiscal General de Puerto Rico, Goyco Amador, “[...] *es necesario que el testigo esté preparado para prestar un testimonio completo y esto requiere que el abogado se reúna con éste antes de que declare en el proceso*” (citado en Angulo 2007: 136) y darle una preparación suficiente para el acto oral. Asimismo, parafraseando a Amador, Angulo afirma que “[*la*] *utilidad de examinar la declaración que va a ofrecer el testigo radica en que así se asegurará uno y que el testimonio comprenda todos los aspectos pertinentes al caso que el declarante conozca personalmente, lo que a su vez será útil para sus alegaciones; además verá la forma y manera en que el testigo declara para cerciorarse de que sus expresiones son sencillas y creíbles*” (2007: 136).

En este mismo sentido, Ezcurra también pone un énfasis especial en la preparación:

[...] Prepárate a profundidad [...] debemos invertir muchísimo tiempo, primero, en conocer el problema [...] y en las mejores alternativas de defensa para nuestro cliente. Demanda muchísimo tiempo elegir bien al testigo, prepararlo para el interrogatorio y prepararse Uds. mismos, deben hacerlo si buscan que el esfuerzo dé resultados. Cualquier trabajo a medias será una pérdida de tiempo, sin descartar, por supuesto, que un trabajo a medias podría significar que pierdan la competencia (2016: 292).

Desde el punto de vista práctico, es muy útil preparar al testigo. Así se desprende de la doctrina consultada. La preparación no afecta la

espontaneidad si el testigo responde lo que sabe y dice la verdad, con sus propias palabras y no las del abogado.

El dilema es más bien ético. ¿Es correcta esa comunicación previa? ¿Aunque se le diga al testigo que responda la verdad, acaso el abogado no influirá en el testigo? La respuesta es difícil. Evidentemente, va a influir en el testigo, para bien si lo prepara para decir la verdad y, para mal, si lo prepara para mentir, a riesgo, por supuesto, de ser descubierto y sufrir las consecuencias de su conducta.

Pero, la preparación al testigo comprende mucho más que hacerle conocer las preguntas que le hará y analizar las que eventualmente le formularán en el cruzado. Supone también explicarle el desarrollo de la prueba, el contexto, el tipo de preguntas, la forma y extensión de las respuestas, la necesidad de expresarse claramente, evitar dudas y muletillas, no ponerse nervioso, saber que puede pedir que le repitan la pregunta que no entiende, etc. Nada de esto es incorrecto, sino todo lo contrario.

8. LA INHABILIDAD PARA DECLARAR

El Código Procesal Civil peruano, así como los códigos procesales del continente contienen supuestos que impiden llamar a declarar a un testigo. Pueden ser causales de carácter personal, es decir, relacionadas con el individuo o impedimentos y prohibiciones para declarar debido a la materia que se discute en el proceso.

Entre las primeras, se encuentran la eventual incapacidad, el parentesco, la condición de acreedor o deudor con alguna de las partes, la relación de dependencia, la condena por algún delito que afecte su idoneidad o la minoría de edad.

En el segundo grupo pueden encontrarse diversos supuestos establecidos en el Código Civil por la particular naturaleza del acto jurídico

a probar. Algunos de ellos son la inconducencia de la prueba testimonial para acreditar la anticresis (artículo 1092), la hipoteca (artículo 1098), la transacción (artículo 1304) o la forma escrita acordada de manera expresa y anticipada por las partes luego de la formación del contrato (artículos 1411 y 1412); el contrato de suministro (artículo 1605); ciertas donaciones de muebles de un determinado valor (artículo 1624) y la de inmuebles en todos los casos (artículo 1625); la existencia y contenido del mutuo (artículos 1649 y 1605); o el mutuo entre cónyuges (artículo 1650).

Como puede apreciarse, en materia de admisibilidad de la prueba de testigos, el ordenamiento peruano sigue la tradición que considera la prueba de testigos de segundo orden, lo cual supone desconfianza. Debido a esta concepción, únicamente se suele acudir a ella en defecto de la prueba escrita, lo cual reduce su utilidad a contratos de poca trascendencia económica. Sin embargo, antiguamente se admitía la prueba de testigos sin restricciones, porque se consideraba idónea para alcanzar la justicia. Haciendo referencia a la posición tradicional, Serra resalta la importancia de la prueba testimonial así:

[...] por constituir la prueba más genuina, ante la dificultad de obtener el reconocimiento de las partes y la que presenta una mayor inmediatez ante el juez. No debe extrañar que haya podido afirmarse que “los testigos son los ojos y oídos de la justicia”, que la prueba testifical esté reconocida en los pueblos más antiguos, siendo tan vieja como la humanidad [...], que en el derecho romano llegara a preferirse la prueba testifical a la escrita [...] y que incluso en la actualidad tanto el derecho anglosajón, como el derecho musulmán, se funden básicamente en la prueba testifical” (2009: 430-431).

Cabe precisar que las causales de prohibición por razón de la persona del testigo, están previstas en los artículos 229,⁵ 305⁶ y 307⁷ del Código Procesal Civil (1993). Éstas se encuentran referidas a la recusación y abstención del juez, pero son aplicables a la admisibilidad de la prueba de testigos por remisión expresa del artículo 303. Ciertamente, estas inhabilidades resultan injustificadas porque el Código reconoce la valoración razonada de la prueba y elimina la prueba tasada, con lo cual

⁵ Artículo 229.- Prohibiciones.- Se prohíbe que declare como testigo: 1. El absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 222; 2. El que ha sido condenado por algún delito que a criterio del juez afecte su idoneidad; 3. El pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o tercero de afinidad, el cónyuge o concubino, salvo en asuntos de derecho de familia o que lo proponga la parte contraria; 4. El que tenga interés, directo o indirecto, en el resultado del proceso; y, 5. El juez y el auxiliar de justicia, en el proceso que conocen.

⁶ Artículo 305.- Causales de impedimento.- El juez se encuentra impedido de dirigir un proceso cuando: 1. Ha sido parte anteriormente en éste; 2. Él o su cónyuge o concubino, tiene parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o de adopción con alguna de las partes o con su representante o apoderado o con un abogado que interviene en el proceso; 3. Él o su cónyuge o concubino, tiene el cargo de tutor o curador de cualquiera de las partes; 4. Ha recibido él o su cónyuge o concubino, beneficios, dádivas de alguna de las partes, antes o después de empezado el proceso, aunque ellos sean de escaso valor; o 5. Ha conocido el proceso en otra instancia. El impedimento previsto en la segunda causal sólo se verifica cuando el abogado ya estaba ejerciendo el patrocinio de la causa. Está prohibido al abogado asumir una defensa que provoque el impedimento del juez.

⁷ Artículo 307.- Causales de recusación.- Las partes pueden solicitar que el juez se aparte del proceso cuando: 1. Es amigo íntimo o enemigo manifiesto de cualquiera de las partes, demostrado por hechos inequívocos; 2. Él o su cónyuge o concubino o su pariente en la línea directa o en la línea colateral hasta el segundo grado, primero de afinidad o adoptado, tienen relaciones de crédito con alguna de las partes; salvo que se trate de persona de derecho o de servicio público; 3. Él o su cónyuge o concubino, son donatarios, empleadores o presuntos herederos de alguna de las partes; 4. Haya intervenido en el proceso como apoderado, miembro del Ministerio Público, perito, testigo o defensor; 5. Tiene interés directo o indirecto en el resultado del proceso; y, 6. Exista proceso vigente entre él o su cónyuge o concubino con cualquiera de las partes, siempre que no sea promovido con posterioridad al inicio del proceso.

descarta la imposición del legislador, que desconoce la realidad de cada proceso en particular, y opta por el criterio valorativo del juez.

Sin embargo, Raffo señala que “*las prohibiciones no son tales sino, más bien, son supuestos referidos a la eficacia probatoria del testimonio [...] y, por tanto, lo único que ocasionan es poner en duda la declaración del testigo, es decir, lo convierte en un ‘testigo sospechoso’, pero de ninguna manera son causales suficientes para impedir que dicho testigo declare como tal en el proceso*” (1999: 220). El mismo autor afirma “*las personas absolutamente incapaces también deberían declarar como testigos salvo aquéllas que no puedan desarrollar un proceso cognoscitivo*” (1999: 220).

En otras palabras, una cosa es una persona impedida de declarar y otra muy distinta es un testigo que pueda ser considerado como sospechoso, caso en el cual el juez deberá prestar una especial atención y comprobar que la persona actúa con conocimiento y libertad. Por ejemplo, un joven de trece años, aún en su adolescencia, puede ser testigo porque tiene uso de razón y esto debe ser evaluado por el juzgador. De la misma forma, una persona podría ser testigo si, a pesar de tener interés en el resultado del proceso, posee un gran sentido de la ética y respeto por la verdad y la eficacia de los procesos judiciales. En este caso, el juez deberá evaluar si su declaración es creíble y establecer si su interés la ha afectado o no. Por tanto, sería recomendable la derogatoria del artículo 229 del Código Procesal Civil, ya que —repito— será el juez quien determine la eficacia probatoria del testimonio prestado en cada caso.

Salvo en muy pocos casos, como el de incapacidad absoluta, cuando la persona no tiene la posibilidad de manifestar su voluntad, el juez o el árbitro pueden inclinarse sin más por la no admisión de la declaración del testigo. En los otros casos tienen que determinar si el testigo, que podría ser calificado de sospechoso, ha dicho o no la verdad. El sentido común del juez o árbitro debe primar sobre las rígidas disposiciones legales. Según Raffo, “[en] materia de declaración testimonial, nuestro Có-

digo Procesal Civil ha retrocedido al sistema de las pruebas tasadas o tarifa legal, preestableciendo qué declaraciones testimoniales pueden acreditar los hechos expuestos por las partes y qué declaraciones no pueden, por cuanto se presume, sin admitir prueba en contrario, que determinadas personas nunca van a declarar la verdad. Esto, repetimos, es una contradicción con el sistema de la libre valoración de la prueba” (1999: 222).

Un caso interesante en la jurisprudencia peruana, es la prueba del adulterio como causal de divorcio. Sólo se acepta la partida de nacimiento del hijo extramatrimonial, así como el reconocimiento por parte del adúltero. Por ejemplo, la casación n.º 1643-99 señala “el nacimiento del menor y el posterior reconocimiento de paternidad son sólo consecuencias del acto de la concepción, que es el acto que constituye el adulterio por excelencia; y, por tanto, considerados como medios de prueba que en su conjunto prueban la causal mencionada”. Otro caso es la casación n.º 421-96, según la cual “El nacimiento del hijo extramatrimonial en lugar distinto al del domicilio conyugal constituye el indicativo de un ocultamiento intencional de la conducta adulterina del demandado”.

En ambos casos, no es suficiente la prueba testifical para sustentar una demanda, sino que, única y exclusivamente, se debe presentar la partida de nacimiento del hijo fruto de la relación extramatrimonial. Esto quiere decir que no sólo la declaración de testigos es inconducente para probar la infidelidad, sino también algunos documentos como las fotografías, películas o grabaciones. Ello, a pesar de que el Código Civil no exige el requisito de la partida de nacimiento.

9. ACTUACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL.- EL INTERROGADOR

El Código Procesal Civil ha sufrido positivas modificaciones en sus artículos 208 y 425. El primero dispone que los testigos declaren de acuerdo al interrogatorio que los abogados realicen de manera directa. Éste comienza por el abogado de la parte que lo ha ofrecido; siguen las

preguntas de los demás abogados; y, finalmente, el juez formula las que considere convenientes.

El segundo artículo mencionado suprime la obligación de acompañar los pliegos interrogatorios para la declaración de parte y de los testigos, en concordancia con el artículo 208. Actualmente, los abogados de las partes formulan las preguntas de manera oral; evitan la forma escrita; y no están obligados a hacer las preguntas con la tradicional fórmula “diga cómo es verdad”, pues ésta fue eliminada en el nuevo Código Procesal Civil.

Por tanto, para una adecuada actuación de la prueba testifical no sólo es importante que el testigo se prepare, también es necesario que lo haga el interrogador. De lo contrario, se genera un círculo vicioso que contribuye al desprestigio de la prueba testimonial. El abogado, al saber que la testimonial no produce convicción en los jueces, deja de prepararse y se limita a formular algunas preguntas elementales o no ofrece la declaración de testigo como prueba. Sin embargo, ahora que el abogado puede intervenir directamente y formular las preguntas, lo recomendable es que tome como referencia el modelo de los arbitrajes y del derecho anglosajón, que han sido recogidos en las reglas sobre actuación de pruebas de la IBA.

En ese sentido, si el interrogatorio depende de la capacidad de comunicación y de la claridad y precisión de las preguntas, es evidente que el interrogador debe llegar a la audiencia de pruebas debidamente preparado. Como señala Escobar, éste “*debe haber adaptado a su personalidad los principios y las técnicas generales, conocer los métodos que mejor resultado producen y saber apreciar sus propias limitaciones y habilidades especiales*” (citado por Angulo 2007: 97-98).

Asimismo, con relación a las cualidades del interrogador, Rodríguez indica que: “*El interrogatorio debe obedecer a una necesaria y adecuada preparación del interrogador, que supere la rutina, los estereotipos y las frases*

de cajón o las muletillas sin sentido; debe ser, por el contrario, sistemático, ágil, dinámico, impactante y que evite la confusión tanto en la pregunta como en la respuesta; debe tener el conocimiento del tema específico, de lo que necesita demostrar y evitar las preguntas impertinentes o inútiles.” (citado por Angulo 2007: 98)

No obstante que el Código Procesal Civil nacional ha mejorado en varios aspectos, la actuación de la prueba testimonial, la realidad es que esta prueba se encuentra desacreditada y no es empleada por los abogados. Ello, a diferencia de lo que ocurre con la nueva ley procesal en materia laboral y el nuevo Código Procesal Penal, donde ya se viene aplicando, con éxito, la oralidad y donde también se aplican los principios de inmediación, concentración y economía procesal.

10. OBSTÁCULOS PARA LA TESTIMONIAL: FALSEDAD Y ERROR

El problema que tenemos en la mayoría de países latinoamericanos es que no solemos decir la verdad. Aunque ése es un problema sociológico, tiene un impacto jurídico. Si, a partir de la experiencia profesional observamos cómo se ofrece y actúa la prueba de testigos, apreciaremos que lo usual, en ciertos casos como en un choque, es que el piloto consiga uno o dos testigos. Éstos afirmarán que han estado en el vehículo y responderán a las preguntas previamente acordadas, diciendo que el chofer conducía a poca velocidad y con mucho cuidado. El afectado, por su lado, también conseguirá testigos que digan exactamente lo contrario, es decir, que el conductor que causó el accidente manejaba a velocidad excesiva.

Desde un punto de vista legal, en el Perú es fácil mentir porque en la práctica no hay sanción. En algunos casos se llega al absurdo de elogiar a una persona que ha sido capaz de engañar a la autoridad. Por tanto, la consecución de testigos que declaren en favor del demandante o del demandado es muy sencilla. En general, existe muy poco respeto por los demás y menos por la justicia. Por ello, existe uniformidad en

la doctrina para señalar que los principales peligros de la prueba testimonial son los testimonios falsos y equivocados. Como afirma Devis Echandía:

(...) la necesidad teórica y práctica del testimonio como medio de prueba judicial y su enorme importancia, no corren parejas con su seguridad y exactitud. Por el contrario, no obstante los grandes progresos alcanzados en el presente siglo (se refiere al siglo XX) sigue siendo difícil la crítica y valoración del testimonio. (...) La posibilidad de que el testigo declare de mala fe sustituyendo o alterando la verdad con invenciones personales y la probabilidad, aún mayor, de que incurra en equivocaciones de buena fe, estaremos todos de acuerdo en que éstos son los principales peligros del testimonio (1976: 90).

10.1. Los errores

Una definición sencilla, pero clara sobre los errores, es la que señala que se producen cuando hay falta de adecuación entre la declaración del testigo y la realidad. Los casos de errores son más frecuentes y difíciles de controlar que los casos de declaraciones falsas. No es común que el testigo mienta, pues existen —como veremos más adelante— algunos remedios para atenuar dicho peligro, como el interrogatorio cruzado; pero sí es muy frecuente que se equivoque. Por ello, Serra precisa que *“los errores involuntarios son más frecuentes, más difíciles de descubrir; y, por tanto más peligrosos”* (2009: 223).

Los elementos de una adecuada declaración testimonial son la percepción, la memoria y la narración. Los errores suelen producirse cuando dichos elementos sufren una afectación.

Se deben a un defecto en la percepción, por ejemplo, el sordo. Probablemente será un mal testigo, ya que no habrá escuchado a plenitud la conversación respecto de cuya existencia está declarando. El sordo no

tiene intención de mentir, sino que cree que ha escuchado todo, pero sólo habrá oído una parte y probablemente mal. De ahí se deriva una lamentable consecuencia que es la invención. Lo mismo pasaría con un testigo que tiene un defecto en la visión. El estrábico, probablemente, verá más personas de las que en realidad existían.

Los errores causados por la memoria, o más bien por la falta de memoria, comprenden una variada gama de manifestaciones. La más común es originada por el olvido. El testigo no recuerda absolutamente nada y la solución, nuevamente, será el invento. Sin embargo, hay otras formas que son más difíciles de identificar, como cuando el testigo cree recordar algo cabalmente; y, sin embargo, sólo tiene un vago recuerdo del suceso. Tampoco existe en este caso dolo o mala intención, ya que el testigo cree que los hechos ocurrieron en la forma en que los narra, pero es el largo transcurso del tiempo lo que afecta su declaración. Otra causa de error vinculada a la memoria, es la edad del declarante; en el caso del niño su febril imaginación lo hará confundir la realidad con la fantasía y en el caso del anciano el problema se debe simplemente al envejecimiento. En los ancianos la psicología del testimonio demuestra que recuerdan muy bien hechos antiguos mientras que olvidan con frecuencia hechos recientes.

Finalmente, el tercer tipo de error se deriva de la narración de los hechos percibidos y memorizados. Al respecto, Chocano señala que *“es posible que una persona haya percibido correctamente un hecho y que lo haya memorizarlo adecuadamente, pero podría no tener capacidad para transmitirlo, sea por limitaciones educacionales, como dificultades con el lenguaje, ignorancia o analfabetismo (...) El lapsus linguae constituye un caso particular de problemas en la reproducción del hecho”* (1997: 323-324). Otro problema que suele suceder en la narración, es cuando el declarante se pone nervioso; un ejemplo es el del estudiante que durante el examen oral repentinamente enmudece y que como explicación dice *“que la mente se le puso en blanco”*.

10.2. La falsedad

La falsedad se produce cuando lo declarado voluntariamente no corresponde a la realidad. Algunos autores, como Chocano (1997) pretenden hacer una distinción entre testimonios falsos, dolosos o culposos, pero esto no es cierto. Lo que sí puede suceder es que uno se equivoque sin ser consciente de su error, pero esto no califica como una mentira o falsedad. La falsedad sólo puede ser dolosa porque nadie miente sin querer. Por ello, únicamente nos referiremos a la declaración falsa, la cual supone hacer una declaración contraria a la verdad de manera voluntaria y consciente.

Cabe señalar que la ley penal peruana, anteriormente citada, sanciona el falso testimonio, pero con benignidad, lo cual es un incentivo para los testigos falsos.

10.3. Garantías frente al error y la falsedad: el fracaso de la prueba testimonial

Efectivamente, la prueba testimonial en el Perú ha fracasado, por lo menos, en los procesos civiles. A la par podemos afirmar que en los procesos arbitrales no sucede lo mismo y que la prueba testimonial viene usándose cada vez más. Es posible que una de las razones, no la única, es que en éstos se aplican algunas reglas del *commom law*, aprendidas por algunos especialistas en casos tramitados en el extranjero; o porque en éstos se aplican cada vez con más frecuencia las Reglas de la IBA sobre la actuación de pruebas.

Ante el fracaso de la prueba de testigos en procesos judiciales, algunos autores sugieren ciertas medidas que podrían constituir garantías de la prueba testimonial. La primera, es la inmediatez. Al respecto, Serra (2009) señala que la presencia del juez es indispensable. Esta exigencia es entendible porque cuando escribió su obra, en España no existía la obligación de asistencia personal del magistrado o del árbitro. Sin em-

bargo, éste no es un problema en el Perú porque el Código Procesal Civil (1993) y la Ley del Arbitraje (2008) exigen la presencia del juez o árbitro en la audiencia. No se conocen casos en que se haya realizado una audiencia de pruebas judicial o arbitral sin la presencia del órgano jurisdiccional.

Asimismo, Serra sugiere que, como complemento de la inmediatez, “[...] *la oralidad en la formulación de las preguntas y repreguntas permitiría una declaración más espontánea del testigo y un mayor aprovechamiento del trámite de las repreguntas*” (2009: 437). No obstante, se trata de una verdad a medias, puesto que —como veremos más adelante— las reglas IBA contemplan la declaración escrita, que eventualmente puede ser complementada con un interrogatorio oral en la audiencia de pruebas.

Otra propuesta es que el testigo declare la razón de su ciencia o conocimiento. Muchas veces la omisión de narrar las circunstancias de lugar, tiempo y forma que permitieron al testigo conocer los hechos, hace que su declaración sea poco creíble. Por ello, aunque nuestra legislación no incorpora la medida mencionada, las Reglas IBA sí lo hacen. Así, el artículo 225 del Código Procesal Civil (1993) señala que el límite de la declaración son los hechos controvertidos que han sido especificados por el proponente. Sin embargo, las Reglas IBA en su artículo 4.5. (b) van más allá, pues establecen que la declaración deberá contener una descripción de los hechos, “así como la fuente de información del testigo”. Esto constituye una posición más amplia; y, por tanto, más completa que la mencionada por el Código Procesal peruano.

La propuesta por Serra es la transcripción literal de la declaración testimonial y no un simple resumen. Nuestro Código Procesal, precisamente, dispone lo contrario. En cuanto al acta de la audiencia, el juez no está obligado a ser textual, sino que deberá hacer un resumen de lo actuado según el artículo 204 del Código. Mientras que en los procesos civiles se emplea el acta, en los arbitrajes suele usarse la filmación para

el registro de lo actuado. Esto es un acierto y permite que el magistrado o árbitro recuerde y valore las declaraciones del testigo a partir de la revisión del video, evitándose recortes importantes de lo declarado por la obligación de hacer un resumen.

La quinta medida, sugerida por Chocano (1997), es la objetividad. Dicho autor señala que, cuando el testimonio refleja la realidad tal y como es, sin prejuicios o juicios subjetivos, es admitido como tal. La objetividad es una garantía sustancial porque sin ella no habría testimonio en ningún sentido. Un relato fantástico, señala el autor, no es un testimonio.

Finalmente, existe un grupo de medidas para reducir peligros más específicos. Así, Devis Echandía (1976) señala que el dolo de los testigos puede controlarse mediante tres disposiciones: el establecimiento de inhabilidades y prohibiciones, la exigencia del juramento previo y la aplicación de sanciones penales y sociales en caso de perjurio. Además, el autor indica que los errores involuntarios se limitan con la exigencia de un mínimo de capacidad y la restricción de la conducencia de la prueba en razón de la calidad del testigo y de la naturaleza del hecho. Esto último ya viene ocurriendo a partir de reglas muy precisas del Código Procesal Civil.

Con el fin de disminuir los errores en la narración, David Echandía (1976) señala la necesidad de que el juez esté presente en las audiencias y en las declaraciones, las cuales deben crear un ambiente favorable para la concentración y tranquilidad de los testigos. Esto conducirá a que las declaraciones se formulen en las propias palabras del testigo y que se eviten las preguntas sugestivas gracias a la oportuna intervención del juez. Esta recomendación es muy útil, pero demanda que el juez asista a la audiencia debidamente preparado, lo que no suele ocurrir. En el ámbito de la legislación nacional, las normas procesales también contemplan dos medidas para atenuar los riesgos de error y falsedad. Una es la valoración de todos los medios probatorios en conjunto utilizan-

do la apreciación razonada, establecida en el artículo 197 del Código Procesal Civil. De esta forma, se analiza la declaración de un testigo en concordancia con los otros medios probatorios y se puede establecer si hay coincidencias o no. En un caso concreto, existen pruebas que apuntan en un sentido y aparece sólo una declaración testimonial en sentido opuesto, es probable que el mérito probatorio de esta última quede descartado.

Otra medida se encuentra prevista en el artículo 209 del Código Procesal Civil (1993), cuando señala que el juez puede disponer la confrontación entre testigos, entre peritos; entre éstos, aquéllos y las partes; y entre estas mismas, para lograr la finalidad de los medios probatorios. Esto, en materia penal, se conoce como careo. Una confrontación bien ejecutada podría dar luces al juez o árbitro si el testigo está diciendo la verdad o está mintiendo. Pero, nunca he visto en mi larga experiencia profesional una confrontación en materia civil. La idea del legislador es buena, pero no conozco casos que demuestren su utilidad.

Podemos concluir que, a pesar de las medidas propuestas en la doctrina e incluso en la legislación, no existe un mecanismo perfecto para descubrir la mentira o el error. Más adelante volveremos sobre este tema, particularmente, cuando analicemos el examen cruzado que también es un arma muy importante para luchar contra estos dos flagelos.

CAPÍTULO II

SOLUCIONES A LA TESTIMONIAL: LA CIENCIA, LA PROBÁTICA Y LAS REGLAS IBA

Bustamante (1997) señala que el contenido esencial de la prueba está constituido por la admisión por el juez o árbitro, la actuación y la valoración de los medios probatorios. Existe, además, un elemento previo que es la aportación u ofrecimiento de éstos. Todos son fundamentales y el juez no puede prescindir de controlar o ejecutar alguno de ellos.

En virtud del principio de aportación el ofrecimiento de las pruebas le corresponde a las partes y no al juez o árbitro. De allí la existencia de las reglas de la carga de la prueba, con la única excepción de las pruebas de oficio.

En la etapa de admisión el juez o árbitro deberá revisar los medios ofrecidos para establecer cuáles admite porque tienen relación con la materia controvertida y no están expresamente excluidos por ley. La siguiente etapa es la actuación, ya que la mayoría de los medios ofrecidos y admitidos deben ser actuados, salvo algunos documentos que sólo requieren ser presentados. Por último, está la valoración de la prueba. Ésta es muy importante, porque la valoración de los medios probatorios tiene estrecha relación con la motivación, elemento sustancial de la sentencia por mandato constitucional.

En el presente trabajo, analizaré la tercera etapa o sea la actuación de los medios probatorios y, en particular, de la declaración testimonial. Cuando tengo a mi cargo la defensa de un caso, sé que puedo ganar si cuento con los elementos probatorios para convencer al juez. Se puede

hacer una gran demanda o una estupenda contestación, pero ello no es suficiente. Es indispensable llevar a cabo el proceso de subsunción, es decir, el descubrimiento del hecho que subyace a una norma legal sustantiva porque de su probanza dependerá que se gane o no el caso.

Hay mucho que decir sobre la actuación de los medios probatorios típicos establecidos en el artículo 192 del Código Procesal Civil, pero me concentraré en la declaración de parte y del tercero, porque la prueba testimonial tiene poco uso en el proceso civil peruano. Si ensayo algunas explicaciones a este curioso hecho, la primera sería que, como ya se ha dicho, en nuestro país la mentira es un problema cultural, ocurre en la vida diaria y en todos los ámbitos. Por ejemplo, el contador prepara balances falsos, el vendedor y el comprador declaran un precio reducido para no pagar impuestos, el abogado defiende sin ética o el congresista se gradúa de abogado copiando una tesis, por citar algunos ejemplos. ¿A qué se debe esta situación? Un aspecto central es la impunidad. Todos los sujetos mencionados hacen mal su trabajo por la misma razón que un testigo miente: ausencia de sanción.

Otra explicación se refiere a la mecánica del interrogatorio y la declaración. Se trata de la falta de conocimiento de las reglas para la actuación de los medios probatorios, la ignorancia de las técnicas del interrogatorio; y, por tanto, de las ventajas de la prueba de testigos. Sin embargo, existen algunos mecanismos que pueden remediar su desuso: el polígrafo, la neurociencia, la psicología del testimonio, la probática y las reglas de actuación de la International *Bar Association* (IBA).

A continuación, desarrollaremos cada uno y haremos alusión a los cambios legislativos que se requieren en materia penal, aunque la solución trasciende el mero incremento de las penas.

1. EL POLÍGRAFO, LA NEUROCIENCIA Y LA PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO

La ciencia ha aportado el polígrafo para intentar descubrir si el testigo dice la verdad o no. Es usado frecuentemente por la policía. En realidad, el polígrafo no cumple esa finalidad, sino que revela determinadas manifestaciones fisiológicas que permiten deducir si alguien podría estar mintiendo. Por ejemplo, con la ayuda del polígrafo se puede detectar la aceleración del pulso cuando el testigo responde, de lo cual se podría inferir que el testigo no ha dicho la verdad.

La doctrina le asigna un 80% de acierto, aproximadamente. Y es que hay que tener en cuenta que el polígrafo no sirve —por ejemplo— para personas que tienen experiencia declarando o que tienen un gran autocontrol. Por ello, no es usado en los procesos judiciales civiles ni en arbitrajes dada su poca fiabilidad.

La neurociencia, por su parte, también ha hecho grandes aportes. Se viene usando la resonancia magnética aplicada al cerebro y tiene un grado de acierto, pero insuficiente para ser usado como contra prueba. Los estudios del cerebro avanzan e incluso existen peritos forenses expertos en la llamada psicología del testimonio, que son usados por ciertos jueces —en España, por ejemplo— para ayudar al juez a descubrir si el declarante está diciendo la verdad.

Estos peritos advierten e interpretan si la sudoración, los tics, el movimiento de alguna extremidad, el sonrojo, etc. revelan que el testigo miente. Hay quienes afirman lo contrario, o sea que la excesiva rigidez corporal es propia de un testigo a quien se ha aleccionado para no ser descubierto que está mintiendo. Todos tienen algo de razón, pero ninguno ha descubierto la fórmula perfecta para saber cuándo un testigo está diciendo la verdad y cuándo no.

En síntesis, ni el polígrafo ni la neurociencia ni la psicología del testimonio han avanzado lo suficiente para descubrir al mentiroso.

2. LA PROBÁTICA

La probática, según el profesor español Muñoz Sabaté (2007), su principal estudioso, es definida como la ciencia aplicada a los hechos en el proceso. Ésta postula que el objeto de la prueba no son realmente los hechos, sino las afirmaciones que las partes hacen sobre ellos en el proceso. Lo que deberá probar el demandante y, a su turno, el demandado, es el conjunto de afirmaciones contenidas en su primer escrito al juez, es decir, en la demanda y en la contestación, respectivamente.

En la misma línea, Sentís Melendo afirma que “la prueba es la verificación de las afirmaciones formuladas por las partes relativas en general a hechos y excepcionalmente a normas jurídicas, que se realizan utilizando fuentes, las cuales se llevan al proceso por determinados medios” (1978:16). En conclusión, la probática tiene por objeto valerse de la ciencia para la demostración de las afirmaciones de las partes sobre los hechos que sustentan su pretensión.

Adicionalmente, la probática nos enseña cómo probar la verdad de los hechos; así se diferencia del derecho probatorio, que se sustenta en la teoría de la prueba y se materializa en normas procedimentales. Según Muñoz Sabaté (2007), mientras los conceptos relacionados o que forman parte del derecho probatorio se adquieren en los estudios universitarios, el cómo probar se aprende en la práctica profesional.⁸ Por ello, dicho autor afirma que la probática pertenece a las ciencias praxiológicas, las cuales estudian los procesos de decisión y selección, y evalúan la pertinencia de los medios disponibles para la solución de un determinado problema. Entonces, la probática lo que hace es descubrir y advertir que existen determinadas reglas de estrategia y de táctica probatoria. Sin embargo, el citado profesor expresa su pesar por la falta

⁸ Resulta interesante apreciar —y esto se desarrollará más adelante— que las Reglas IBA coinciden con la probática en cuanto a la necesidad de profundizar en la actuación de los medios probatorios, aunque no se ha probado una relación directa entre ambas.

de estudios sobre ésta y afirma “[...] todavía no conozco en España un libro editado por el método de enseñanza programada acerca de cómo enseñar a probar” (2007: 13).

El derrotero que señala la probática es similar a la teoría de la prueba, pero difiere en que su quehacer está más bien orientado a la “praxis” de la prueba. Debido a ello, su abordaje es complejo e interdisciplinario “[...] sobre el que pudiera gravitar en cierto sentido un fenómeno de aculturación, en la medida que una probática aplicada no se comprende si no es a la vez una propedéutica de otras disciplinas” (Muñoz Sabaté 2007: 14). Por ello, Muñoz Sabaté afirma, de manera concluyente: “¡Cuántos errores y disparates de interrogación a los peritos por parte de jueces y abogados y cuántas divagaciones y esoterismos en las respuestas de aquéllos podrían ahorrarse en aras a la resolución de un problema de prueba, si se diera un mínimo implante cognitivo entre ambas especialidades, o sea entre la lógica y la psicología!” (2007: 14).

En términos de la práctica procesal, la probática exige el conocimiento sobre cómo piensa un juez, qué impacto tiene la ubicación del juzgado en un demandado que no conoce el Palacio de Justicia, qué rol cumple un secretario o especialista dentro de un juzgado civil, cómo se delibera y cuando se vote en el caso de un colegiado, quién redacta las sentencias, qué pruebas convencen a un juez, cómo comportarse frente a un acto de corrupción casi imperceptible, cómo elaborar una apelación para tener éxito (por ejemplo, debe escribirse de manera extensa o breve, se requieren citas doctrinarias o es preferible que sean jurisprudenciales), cómo toma un juez civil una sentencia del Tribunal Constitucional, cómo saber si pido la declaración de un tercero o de una parte, qué y cómo preguntar o cuándo interrumpir el interrogatorio. Se trata de un sinfín de cuestiones que no se aprenden en los cursos de teoría de la prueba, derecho probatorio o derecho judicial que se enseñan en la universidad.

En síntesis, la probática es aquel saber que, con apoyo de la ciencia, aborda diversos temas relacionados con la experiencia, la praxis y el ejercicio profesional en los estudios de abogados y en los locales del juzgado, sea en las audiencias de prueba o en los informes orales. Ello evidencia la necesidad de acercar la ciencia y la práctica a la prueba de las afirmaciones sobre los hechos. Para ello, se debe saber cómo probar, poniendo el énfasis en los estudios de la lógica y la psicología.

3. LAS REGLAS IBA SOBRE LA ACTUACIÓN DE PRUEBAS

La *International Bar Association* (IBA) es una organización privada sin fines de lucro que agrupa a abogados de distintos países y que cada vez alcanza mayor prestigio. Esto se comprueba con el permanente incremento de sus miembros y en sus reuniones anuales y asambleas, a las que asisten centenares de abogados de diferentes partes del mundo, tanto de la tradición del *common law* como del *civil law*.

Una tarea importante de la IBA ha sido preparar propuestas de *soft law*⁹ para que sean usadas en los arbitrajes, a fin de facilitar la labor de los árbitros y abogados. Ello debido a que, por lo general, las leyes de arbitraje no contienen disposiciones sobre cómo actuar las pruebas dentro de un proceso arbitral, sobre todo, si éste es internacional. Dicha tarea está a cargo del Comité de Arbitraje, establecido dentro de la División de Práctica Legal de la IBA, que se dedica a trabajar sobre la legislación, las prácticas y los procedimientos de arbitrajes y controversias transnacionales. Su importancia es tal que, en el año 2010, cuando se emitió la última versión de las reglas sobre la actuación de pruebas, el Comité contaba con más de 2,300 miembros en más de noventa países.

El Comité de Arbitraje está conformado por subcomités permanentes y también tiene grupos de trabajo para tratar cuestiones específicas. Uno de éstos fue el encargado de actualizar las Reglas sobre actuación de pruebas de la IBA. Las primeras reglas se habían emitido en 1983

⁹ Más adelante se explica qué se entiende por "Softlaw".

y la segunda versión apareció en 1999. Luego, a partir del 2008, se inició la revisión que concluyó en el año 2010. Esta última versión estuvo a cargo de dieciséis abogados pertenecientes tanto al *common law* como al *civil law*, provenientes de Estados Unidos, Alemania, Italia, Suecia, Francia, China (Hong Kong), España, Bélgica, Suiza, Inglaterra y Holanda. No obstante, como bien señalan López de Argumedo y de Ureña (2013) las reglas IBA han logrado un equilibrio razonable entre las diferentes tradiciones jurídicas. Las reglas supusieron un avance significativo para la comunidad arbitral y sirvieron de guía eficiente para un proceso complejo y poco regulado como es el arbitraje internacional.

En el prólogo de las reglas IBA se señala que su objeto es proporcionar a las partes y árbitros un proceso eficiente, económico y equitativo para la práctica de la prueba en el arbitraje. Para ello, éstas reflejan procedimientos empleados en diferentes sistemas legales, lo que da cuenta del impacto de la globalización en el mundo jurídico. Así, cada vez se celebran más contratos con partes de distintas nacionalidades, o entre empresas y corporaciones de diferentes países. Ello determina un alto grado de dificultad para la aplicación de las reglas del derecho internacional privado, en particular, las reglas en materia procesal. De allí el interés de la IBA, según lo señalado en el prólogo de las reglas de actuación de pruebas, en emitir reglas que sean aplicadas por partes y árbitros de diferentes sistemas legales y que puedan ser adoptadas al inicio del arbitraje e incluso modificadas cuando el proceso está avanzado. Así, Karrer señala lo siguiente:

Was it difficult to draft the IBA Rules of Evidence? Not very, the Rules were written by a group of arbitrators who have experience arbitrating in many different countries, they simply put in the IBA Rules what they usually wrote in the orders for directions —i.e.—, their best practice.

That is how proceedings were built in to the IBA Rules, such as extensive written submissions of documents, witness statements with

live cross-examination of witness and free assessment of the evidence by the arbitral tribunal.

For the same reason, technical rules of evidence such as the hearing say rules do not apply in international arbitration.

There are however a few important points that are not covered by the IBA Rules or are just glossed over (2008:74).

Finalmente, hay un aspecto bastante curioso que destacar: las reglas IBA, al igual que la probática, apuntan al desarrollo de la prueba; y, en particular, a la actuación de los medios probatorios ofrecidos en los procesos arbitrales y judiciales. Sin embargo, como señalé anteriormente no existe ningún punto de contacto o relación entre ambas. Ello, a pesar de que las primeras están concentradas en la actuación de pruebas en los arbitrajes, mientras que la segunda está orientada a todas las ramas y actividades de orden procesal que existen en el mundo occidental.

4. EL ORIGEN DE LAS REGLAS IBA

Quienes todavía no han estudiado las reglas IBA creen que éstas sólo han incorporado las principales reglas procesales del *common law* sin considerar las pertenecientes al *civil law* o derecho romano germánico. Sin embargo, eso no es así porque, como señalan Bullard y Repetto, estas reglas son producto del estudio y redacción de las mejores prácticas de cada uno de estos dos sistemas, y han contribuido a la estandarización del arbitraje comercial internacional (2016:22).

Por ello, el prólogo de las reglas IBA sobre la actuación de la prueba, elaborado por Tawil y Gil, copresidentes del Comité de Arbitraje, señala que éstas “reflejan procedimientos empleados en diferentes sistemas legales y pueden ser de particular utilidad cuando las partes provienen de diferentes tradiciones legales” (2010: 2). De este modo, se confirma

el empleo de las pruebas testimonial y pericial, muy utilizadas en el *common law*, y el mayor uso de la oralidad en el procedimiento arbitral. Se trata de diferencias importantes respecto del *civil law*, donde no se recurre a la prueba testimonial ni se discuten los hechos, sino que priman los escritos extensos y la discusión centrada, no en los hechos, sino en la interpretación de la ley y la doctrina.

Los aspectos críticos del *civil law* se confirman con lo señalado por Ezcurra (2016), especialista peruano en arbitraje, quien afirma que los jueces son expertos en derecho, por lo cual, para ganar, básicamente, se requiere probar los hechos en que la parte ha sustentado su pretensión. De ahí que numerosos autores resalten la amalgama de sistemas que recoge el arbitraje. Es el caso de Cremades, citado por Bullard y Repetto, quien señala lo siguiente: “La postura doctrinal mayoritaria sugiere que el arbitraje internacional ha tomado elementos tanto del sistema anglosajón como del continental a fin de crear un procedimiento con lo mejor de ambos mundos. Del sistema anglosajón, el arbitraje internacional ha adoptado el interrogatorio de los testigos y expertos presentados por la contraparte (es decir, el llamado *cross-examination*) y la solicitud de exhibición de documentos (es decir, el llamado *discovery*)” (2016:24).

Asimismo, Elsing y Townsend, resumen lo afirmado hasta ahora:

International Arbitration has evolved as a system for resolving disputes among parties from different countries. Not surprisingly, those articles tend not only to use different languages, but also to approach dispute resolution from the perspective of very different legal systems. The two most widespread legal systems are the common law system, in use in most English-speaking countries, and the civil law systems, in use in Continental Europe and the many countries around the world influence by Continental Europe, from Japan to most of Africa and all of Latin America.” [...] In recent years, however, converging practices have emerged that in brace elements of both systems. These converging practices are rapidly gai-

ning acceptance in international arbitration as a middle ground acceptable to parties from both sides of the divide” (citado en Bullard y Repetto 2016: 25).

El conocido tratadista en materia arbitral, Bishop, también es citado por Bullard y Repetto, cuando señala lo siguiente:

El arbitraje internacional es una amalgama de procedimientos y estilos de abogacía distintos. La mezcla de abogacía oral y tradición acusatoria de Gran Bretaña, los países del Commonwealth y los Estados Unidos, con la abogacía primordialmente escrita y el legado inquisitorio de la Europa continental ha resultado en un procedimiento flexible que puede inclinarse hacia una u otra de las principales tradiciones de acuerdo con las necesidades del caso y la propensión tanto de los árbitros como de los abogados. Sin embargo, en los últimos años se puede observar una tendencia hacia la armonización de los distintos sistemas jurídicos, al menos cuando los árbitros y los abogados proceden de diferentes sistemas jurídicos y tienen experiencia en arbitraje internacional [...]. El sistema uniforme de abogacía en el arbitraje internacional debería contener un denominador común: una presentación que sea simple, clara, concisa y muy centrada (2016: página 25-26).

Las afirmaciones de los autores anteriormente citados —Bishop, Elsing y Townsend, y Cremades— no se refieren a las reglas IBA, pero sus comentarios se le parecen a la letra. Ellos coinciden respecto de las diferencias entre los sistemas jurídicos, pero, al mismo tiempo, admiten que ambos son compatibles y que existe, en palabras de Bishop, “una tendencia hacia la armonización” en el arbitraje internacional. Es más, este autor concluye señalando que en el arbitraje internacional debería existir un denominador común alrededor de ciertas reglas, sin percatarse de que ya existen esas reglas simples, claras, concisas y centradas en las reglas IBA sobre la actuación de pruebas.

En realidad, para algunos el problema con la legislación peruana sobre arbitrajes locales no radica en la posible confusión con las reglas del *common law*, sino en que la ley de arbitraje (2008), tiene pocas reglas para la actuación de pruebas contenidas los artículos 42, 43 y 44. El primero, se refiere a las audiencias; el segundo, a las pruebas y a la facultad omnímoda del tribunal de admitirlas si son pertinentes, actuarlas y valorarlas e, incluso, de prescindir motivadamente de ellas; y, el último, propone algunas reglas para los peritos.

No existen normas nacionales sobre las demás pruebas típicas ni propuestas para las partes y los abogados para que prueben adecuadamente, tal como lo sugiere la probática. Por ejemplo, la técnica de los interrogatorios de testigos está reservada a la práctica, y a las reglas que fija el tribunal arbitral a propuesta de las partes, las cuales guían cada arbitraje de modo particular. Por ello, Priori (2015), especialista en derecho procesal, señala que los abogados peruanos y los árbitros formados en derecho probatorio y bajo el influjo del *civil law*, se han visto enfrentados y hasta sorprendidos de la noche a la mañana con un procedimiento atípico, que es el que se viene aplicando en los centros de arbitraje y donde ya se menciona —todavía tímidamente— a las reglas IBA como una fuente de derecho aplicable al caso concreto.

Si bien el uso de las reglas IBA queda librado a la decisión conjunta de las partes, es interesante anotar que el Reglamento Interno de la American Chambers of Commerce ya define a las reglas IBA como una fuente de derecho para la actuación de las pruebas en los conflictos que se tramiten en ese Centro. Asimismo, Ahbad y Bouchenaki indican que se trata de “*normas de soft-law procedimentales [...] éstas nacieron como un reflejo del orden espontáneo, recopiladas por los académicos y practicantes del arbitraje de buscar uniformizar las normas en materia de pruebas que recogerían los estándares utilizados en el mercado*”. (2011: 93).

En síntesis, por un lado el fenómeno de la globalización a nivel mundial, por otro, la competitividad generada no solamente a nivel

nacional sino internacional y, finalmente, la necesidad de armonización que ha sido vista por los expertos de la IBA, han generado que esta entidad haya emitido estas reglas “*soft law*”, denominadas así porque no califican como leyes obligatorias, pero que pueden ser adoptadas por las partes para la actuación de las pruebas en un caso concreto y que constituyen un “*amalgama entre el sistema del common law con lo mejor del sistema del civil law*” (Abbad y Bouchenaki 2011: 93).

5. EL USO DE LAS REGLAS IBA

Las reglas de la IBA sobre actuación de pruebas se están empleando cada vez más. López de Argumedo y de Ureña considera, refiriéndose a dichas reglas

[...] que en realidad se trata de un éxito y que éste es bien conocido. Ello se debe no sólo al delicado equilibrio entre diversas culturas jurídicas, tan distintas en algunas cuestiones de trascendental importancia, sino también a su búsqueda permanente de la eficiencia en el procedimiento arbitral abordando cuestiones fundamentales para las partes como la admisión de las pruebas, su valoración o el papel de los testigos y peritos en el procedimiento arbitral (2013: 500).

El referido autor basa su afirmación en una encuesta realizada entre los arbitralistas, cuyo resultado fue que el 43% de entrevistados declaró haber usado las reglas IBA en casi todos o en la mayoría de los arbitrajes.

En el Perú viene ocurriendo un fenómeno curioso. Aunque su uso todavía es limitado, ya no resulta extraño que en las reglas particulares de algunos arbitrajes se pacte el empleo de las reglas IBA sobre la actuación de las pruebas. Sin embargo, éstas coexisten con el uso de distintas prácticas. Así, a partir de mi experiencia profesional, en el año 2017 observé un aspecto interesante:

De los tres arbitrajes en los que participé,¹⁰ en dos —donde era presidente de los tribunales— se aplicaron las Reglas de la IBA con el acuerdo de los árbitros y los abogados de las partes. En cambio, en el otro, la negativa fue rotunda, por lo que el arbitraje se llevó bajo las reglas de la ley de arbitraje y del Código Procesal Civil (10).

Frente a los casos descritos, me pregunto ¿por qué se aceptaron las Reglas IBA en dos casos y la aplicación analógica del Código Procesal en el otro? Esto se debe a la diferente formación arbitral de los miembros de los tribunales arbitrales. En los dos primeros, intervinieron árbitros y abogados con conocimientos actualizados y en el tercero no. Se trata de un problema que no es jurídico sino de formación y preparación profesional. Los abogados solemos ser renuentes al cambio y más si éste demanda esfuerzo. Felizmente esto está cambiando, como lo puedo comprobar con la cantidad de maestrías y diplomados que organizan muchas facultades de derecho y las actualizaciones de los Reglamentos de los Centros de Arbitraje.

Las reglas IBA, pues, se están usando cada vez más. Al respecto, Karrer afirma lo siguiente:

“The parties’ attorneys should understand as early as possible the arbitration proceedings will not follow the procedures called for by their own state courts. Rather they will most often follow the IBA Rules of evidence. In the last few years I cannot remember a single case where these rules were not use as guide lines and I am now talking about cases in jurisdictions literally all over the world” (2008: 74)

¹⁰ Debido al deber de confidencialidad establecido en la Ley de Arbitraje (2008), no incluiremos datos específicos de los arbitrajes mencionados en la presente tesis.

6. EL *SOFT LAW*

Las reglas IBA sobre la actuación de la prueba no tienen carácter imperativo. Se trata de propuestas normativas que pueden aplicarse en casos concretos, pero sólo tienen carácter vinculante si las partes así lo acuerdan. En este caso, dejan de ser *soft law* para convertirse en reglas entre las partes. Así, Ahsad y Bouchenaki señalan lo siguiente:

“[...] the International Bar Association, originally created in 1947 in New York by lawyers to promote an exchange of information among legal associations worldwide, plays a key role in supplying arbitration users a “soft-law” in that field, which started as guidelines and have today become almost binding rules, give their widespread authority” (2011: 93).

En el preámbulo de las reglas IBA se especifica que su objetivo es proporcionar “un procedimiento eficiente, económico y equitativo”, particularmente, en aquellos casos que surgen entre partes de distintas tradiciones jurídicas. Sin embargo, entre el año 2010, en que se aprobó la última versión, y el día de hoy, dichas reglas también vienen siendo aplicadas en arbitrajes domésticos cuya sede es nuestro país y ya no para superar problemas derivados de diferentes tradiciones jurídicas. Éstas se usan frente a la ausencia que reclama la probática, es decir, de reglas sobre cómo actuar las pruebas y conducir el proceso arbitral de manera exitosa.

7. REGLA DE LA BUENA FE

El apartado 3 del preámbulo de las reglas de la IBA señala que la práctica de la prueba se realizará bajo el principio de que cada parte debe actuar de “buena fe”. Sin embargo, López de Argumedo y de Ureña (2013) advierte que esta disposición presenta tres dificultades, que comento a continuación.

La primera, es que no precisa a quién está dirigida la regla de buena fe, es decir, si solamente a los abogados o también a las partes. Considero que está dirigida a ambos, porque no cabe distinguir donde la norma no distingue. Además, es evidente que nada se ganaría si las partes tienen una conducta intachable y sus abogados actúan con mala fe o viceversa. Por tanto, esta primera dificultad es de fácil solución.

La segunda, es la falta de claridad sobre cuál es el estándar indispensable para la aplicación de la regla de buena fe. Esta duda surge porque se trata de un típico concepto indeterminado del derecho que se presta a múltiples interpretaciones. A ello se suma la posibilidad de que culturas jurídicas diversas intervengan en el arbitraje internacional. Algunos actos, que para un abogado del *civil law* no plantearían problemas éticos o no resultarían contrarios a la buena fe, podrían estar radicalmente prohibidos para un abogado del *common law*, y viceversa. Más aún, no existe un código de conducta arbitral universal, que defina lo que es una conducta ajustada a la buena fe. Sin embargo, esta dificultad para establecer un estándar, halla una posible solución en una regla recogida en varios Códigos, como es el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil peruano. Éste dispone que las partes, representantes, abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, deben adecuar su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe. Dicha disposición puede ser útil para entender la “buena fe” a que se refieren las Reglas IBA.

La última dificultad es cómo garantizar la aplicación de la buena fe, dado que no existen sanciones por su incumplimiento. En principio, la Ley de Arbitraje no soluciona el problema porque su artículo 38 contiene una regla similar a las Reglas IBA, limitándose a señalar que las partes están obligadas “[...] a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje”, pero sin establecer sanciones. No obstante, los centros de arbitraje, como las Cámaras de Comercio, entre otros, tienen códigos de ética que sí contienen proce-

dimientos para formular quejas por inconductas de abogados y árbitros, los cuales pueden concluir en sanciones. Otra solución sería que los árbitros apliquen “sanciones” en casos grotescos a través de la regulación de las costas y costos del proceso.

8. ANÁLISIS DE LAS REGLAS IBA SOBRE LA ACTUACIÓN DE PRUEBAS

En lugar de realizar un análisis exegético de cada una de las disposiciones de las reglas IBA sobre arbitraje, me concentraré en lo referido a la prueba testimonial a la luz de los aspectos desarrollados en el capítulo I precedente. Para ello, realizaré un análisis comparativo entre las disposiciones del Código Procesal Civil, y otros códigos de la región, con las reglas IBA, pero con énfasis en los aspectos que constituyen una positiva novedad o tienen una diferencia relevante. Como es obvio, no me limitaré al análisis normativo de las Reglas IBA, sino en cómo son interpretadas y aplicadas en la práctica profesional.

La comparación no incluirá a la ley de arbitraje porque, como he explicado, ésta sólo contiene tres reglas sobre el tema. Ello se debe a que el legislador peruano ha seguido la Ley Modelo propuesta por The United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral)¹¹, lo cual —al margen del tema probatorio— es considerado un acierto, al punto que la ley peruana ha sido calificada como una de las mejores leyes de arbitraje dictadas en los últimos tiempos. Empero, la ausencia de normas procesales y, sobre todo, de reglas sobre actuación de pruebas no parece conveniente porque se incurre en el defecto que la probática trata de evitar. Como recordamos, ésta señala que los abogados no deben limitarse a usar el derecho probatorio, sino que requieren saber cómo actuar los medios probatorios en un determinado proceso y obtener una ventaja lícita de ese conocimiento.

¹¹ El órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional.

Por ahora, la aparente omisión de la ley peruana se salva con abogados y árbitros que actúan de buena fe, pero el arbitraje no está exento de sufrir las consecuencias de la masificación propia del cada vez más frecuente uso de la institución. Por ejemplo, cuando empezamos nuestra práctica profesional, en el año 1967, había ocho juzgados civiles, especializados principalmente en temas civiles y de familia. Actualmente, existen más de cien juzgados en todas las subespecialidades creadas. Además, antes la resolución dictada por un juez era notificada por cédula al día siguiente. Poco antes del uso de medios electrónicos, la resolución de un juez contencioso-administrativo tardaba, aproximadamente, veinte días en ser conocida por las partes. De allí que, al margen de la comparación que haremos, sí considero útil que la Ley de Arbitraje sea completada o integrada con normas procedimentales de actuación de pruebas o alternativamente que se usen las Reglas de la IBA sobre actuación de pruebas.

Antes de desarrollar el análisis comparativo anunciado, debo precisar que las reglas IBA sobre actuación de pruebas, contienen un preámbulo y definiciones sobre los siguientes temas: ámbito de aplicación, consultas sobre cuestiones probatorias, documentos, testigos, peritos designados por las partes, peritos designados por el tribunal arbitral, inspección, audiencias probatorias, y admisibilidad y valoración de la prueba. En este trabajo me concentraré en el estudio de la prueba de testigos y en algunos puntos importantes, como las audiencias probatorias.

En materia de testigos, desde mi punto de vista, las reglas y materias que pueden ser consideradas novedosas o diferentes son las siguientes:

- i) El tribunal y las partes fijan las reglas de la audiencia de pruebas.
- ii) En los arbitrajes, los principios procesales se cumplen a diferencia de lo que ocurre en los procesos judiciales.

- iii) Todos pueden ser testigos. Eliminación de inhabilidades y prohibiciones a priori.
- iv) Declaración testimonial escrita.
- v) El interrogatorio oral en el arbitraje.
- vi) *Leading questions*.
- vii) Principales diferencias entre el interrogatorio “civil” y el interrogatorio según las reglas IBA y la práctica arbitral.
- viii) El reloj de ajedrez. Principio de economía procesal.

En el siguiente capítulo haré un análisis comparativo de estas innovaciones o modificaciones con las reglas del Código Procesal Civil peruano.

CAPÍTULO III

COMPARACIÓN ENTRE LAS REGLAS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL Y LAS REGLAS IBA

Antes de abocarme a la comparación referida en el epígrafe, explicaré las ventajas o perjuicios que se pueden derivar de la actuación de las pruebas en un proceso arbitral. Para ello, utilizaré dos casos ilustrativos que demuestran, uno, cómo se pueden cometer errores en el manejo de una audiencia de pruebas y, otro, cómo se puede extraer de un caso práctico lecciones para el futuro.

El primer caso se trata del proceso judicial seguido contra el beisbolista norteamericano O.J. Simpson (Orenthal James) por los asesinatos de su exesposa, Nicole Brown Simpson y de Ron Goldman, amigo de ésta, ocurridos el 12 de junio de 1994, los cuales fueron ampliamente difundidos por la prensa. Este caso fue de singular importancia, no sólo porque se trataba de un exdeportista muy popular en los Estados Unidos, sino porque demostró la fragilidad del sistema judicial norteamericano. Por un lado, O.J. Simpson fue absuelto en el proceso penal y, por tanto, declarado no culpable. Por otro lado, en el proceso civil los deudos de la pareja resultaron victoriosos y lograron que se ordene el pago de una cuantiosa indemnización por daños y perjuicios al demandado.

Pero, para fines de este trabajo no interesa explicar por qué las sentencias fueron opuestas. Más bien, analizaré una de las más importantes razones por las que el jurado declaró inocente a O.J. Simpson. Para ello, es preciso revisar el resumen del caso “El guante que salvó a O.J. Simpson”, elaborado por Neves de Baers (2012). Éste narra que la defensa, además de emplear muchos argumentos sobre racismo, como que los

policías investigadores habían sido todos de raza blanca, se basó en la “teoría de los guantes”. El fiscal que acusó a O.J. Simpson por el delito de homicidio había presentado una prueba fundamental: dos guantes con evidencias de sangre de la occisa. Uno encontrado en la escena del crimen, mientras que el otro fue ubicado en el departamento del beisbolista. Los guantes explicaban, además, por qué no se encontraron huellas dactilares en la escena del crimen ni en el dormitorio de la difunta.

El fiscal atribuyó la propiedad de los guantes a O.J. Simpson, teniendo en cuenta que eran iguales y dónde habían sido hallados. La lógica nos diría que bastaba con la presentación de esta contundente prueba documental para que la Fiscalía tuviera éxito. Sin embargo, según algunas versiones no confirmadas, un abogado de la defensa de O.J. Simpson hizo saber al equipo de la fiscalía el temor de que el exdeportista fuera llevado al estrado a declarar. Resultaba evidente que, con la prueba de los guantes, sumada a otros elementos probatorios que corrían en autos, ya no era necesario llamarlo a declarar sobre lo que ya estaba probado. Desafortunadamente, la fiscalía llamó a declarar a O.J. Simpson.

Luego de las preguntas introductorias, el fiscal inquirió al acusado: *“Diga el acusado si los guantes que se le ponen a la vista son de su propiedad. El acusado: No, Señor”*. Ante esta respuesta que el Fiscal no esperaba, le solicitó que se pusiera los guantes. Lo hizo con la finalidad de demostrar al jurado que pertenecían a O.J. Simpson. Sin embargo, lo que la fiscalía no había previsto es que *“ante toda la audiencia presente y millones de televidentes, las imágenes que han quedado impregnadas en sus retinas mostraron al acusado tratando gimnásticamente de ponerse los guantes, con el evidente resultado de que no le quedaban”*.

Al final, la conclusión fue muy simple: los guantes no le pertenecían a O.J. Simpson. El autor Neves de Baers (2012) afirma que *“la opinión pública quedó convencida de que los guantes fueron sembrados y que la*

policía no actuó bien. Similar al convencimiento que tuvo el jurado que, finalmente, declaró inocente al deportista”.

Como es fácil advertir, el Fiscal cometió un grave error porque ya había probado que los guantes pertenecían al acusado y que él era el homicida. Su torpeza estuvo en tratar de probar lo que ya estaba probado. No debió solicitar su declaración testimonial.

El segundo caso ha sido narrado por Ezcurra (2016), en su artículo “Persuasión y litigio arbitral. ¿Cómo aprovechar la prueba testimonial para persuadir a la autoridad arbitral de nuestra verdad?”; del siguiente modo:

Hace dos años tuve la suerte de participar con dos socios de mi Estudio en una audiencia de interrogatorios de testigos que duró más de veinte días [...] La defensa de la empresa estuvo a cargo de mi estudio y la del contratista estuvo a cargo de una prestigiosa firma europea de abogados. Durante la audiencia de interrogatorios desfilaron alrededor de veinte testigos [...]. La experiencia fue muy interesante e instructiva [...]. Para nuestros oponentes la prueba testimonial era fundamental para probar su caso. Ellos ofrecieron más de veinte testigos para ese fin. El paradigma europeo de países del common law es que el testimonio constituye evidencia, a menos que se pruebe lo contrario. La palabra vale. Para nosotros, en cambio, la prueba de testigos era de relativa importancia y por ello presentamos únicamente cuatro testigos y no nos preocupaba que ellos (nuestros oponentes) tuvieran a más de una docena de miembros de la empresa desfilando con el mismo discurso ante el tribunal. Asumimos que nadie les creería a los testigos que estaban bajo el control de la misma parte que los ofreció, sobre todo si —como en efecto ocurrió— todos decían exactamente lo mismo. Nuestro paradigma por supuesto (más propio de países del civil law) era uno según el cual la palabra no vale a menos que se pruebe lo contrario (2015: 285-286).

Al concluir la narración el autor reflexiona del siguiente modo:

Sí puedo compartir [...] que la mayor lección de las largas jornadas de interrogatorios fue que los testimonios bien conducidos podían ser sumamente efectivos para mostrar al tribunal lo que pasó realmente. Descubrí que el uso y dominio de una buena técnica para interrogar es un arma muy poderosa para mostrar la verdad del testigo que ofreciste. Descubrí también que una buena técnica para contrainterrogar es sumamente poderosa para mostrar cuándo el testigo ofrecido por la otra parte no merece ninguna credibilidad. En suma, descubrí que muchas veces la mejor forma de probar tu historia y persuadir de tu caso al tribunal, es recurriendo a la prueba de testigos (2015: 285-286).

La narración, termina con la siguiente frase “Dicha experiencia (...) nos obligó a aprender sobre técnicas para interrogar y contrainterrogar testigos, técnicas para sacar la verdad de los hechos ante los ojos y en presencia del tribunal” (2015: 286).

Los casos descritos ilustran la necesidad de incorporar, en el análisis que haré de las reglas IBA sobre la actuación de pruebas, la experiencia propia y compartida que se adquiere en la práctica profesional y, en especial, en los arbitrajes. También los referidos casos dan cuenta de la necesidad de concentrarse en las reglas que impliquen una reflexión sobre la legislación nacional procesal y arbitral, y ofrezcan aportes relevantes para su posible modificación. Ello, sin dejar de considerar que todo cambio, además de un estudio legal, requiere prestar atención a nuestra idiosincrasia, usos y costumbres.

1. EL TRIBUNAL Y LAS PARTES FIJAN LAS REGLAS DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS

En un arbitraje, del año 2015, en el que participé como árbitro, el presidente del tribunal tenía gran experiencia como árbitro nacional e inter-

nacional. Nos sorprendió desde el comienzo con su reiterada decisión de poner en conocimiento de la parte contraria todo lo que el oponente expresaba en un escrito, y viceversa. Para ello, utilizó la siguiente fórmula: “A conocimiento de la parte contraria por tres días para que exprese lo conveniente a su derecho”. Así se diferenciaba de los procesos judiciales en que se provee “Téngase presente”, salvo cuando se trata de excepciones, oposiciones (denominadas objeciones en el arbitraje), tachas y nulidades.

Luego, tendríamos una segunda sorpresa. Una vez formuladas la demanda y la contestación, los árbitros debíamos proceder a la audiencia de pruebas; sin embargo, el presidente del tribunal sugirió invitar a las partes para que propongan las fechas en que se podría llevar a cabo la audiencia. Él planteó que ésta sea, de preferencia, en días sucesivos, de tal forma que en una semana se actuaran todas las declaraciones testimoniales, peritos y demás pruebas ofrecidas. El origen de la conducta del árbitro está en el artículo 2 de las reglas IBA, según el cual *“el tribunal deberá consultar a las partes [...] e invitarlas a consultarse mutuamente a fin de acordar un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de la prueba”*.

En efecto, las partes, con la intervención del tribunal, llegamos a un acuerdo, de modo que el lunes de la semana escogida, las sesiones empezaron a las nueve de la mañana y concluyeron a las seis de la tarde. Al día siguiente regresamos y continuamos con la audiencia de pruebas. Así trabajamos todos —árbitros, abogados, representantes de las partes, peritos, testigos y personal de secretaría— en el mismo horario durante todos los días de la semana hasta el viernes, en que se dio por concluida la audiencia. Al terminar, los árbitros habíamos tenido una experiencia absolutamente enriquecedora y novedosa, pues en cinco días habíamos interiorizado un complicado conflicto de intereses como jamás antes lo habría logrado en mis más de cuarenta años de ejercicio profesional.

Para quien se ha formado en las lides de los procedimientos judiciales, esto resultaba inverosímil. En los procesos civiles, el juez es el director del proceso, es decir, aquel sujeto que, sin consultar con nadie, señala el día y la hora en que se llevará a cabo la audiencia de pruebas. Si ésta es suspendida, también el juez señalará las nuevas fechas en que la audiencia continuará. En los procedimientos judiciales, no existe la más mínima posibilidad de que las partes ni abogados podamos intervenir en lo que es patrimonio exclusivo del juez: decidir las fechas, la duración de las audiencias, el tiempo para interrogar y para formular alegatos escritos e informes orales.

Sin embargo, en la experiencia que he reseñado —y en arbitrajes posteriores— advierto que las reglas IBA establecen lo que acabo de referir, es decir, un diálogo permanente entre el tribunal y los abogados. La finalidad es lograr un procedimiento “eficiente, económico y equitativo”, como lo señala el prólogo de las reglas IBA. Lo descrito se resume en una sola palabra: flexibilidad.

Las juntas de dilatación en las carreteras evitan que se quiebren por falta de ductilidad cuando hay cambios de temperatura. Esto es, precisamente, lo que ocurre en los procesos civiles: carecen de flexibilidad; las reglas son absolutas. Desafortunadamente, éstos se encuentran agobiados por las nulidades procesales y no es raro que, una vez llegado el expediente a la Corte Suprema, el trámite se retrotraiga hasta la primera instancia por haberse incurrido en una de ellas. Sin embargo, éstas podrían evitarse si existiera flexibilidad y diálogo entre las partes, que son propios de los procesos arbitrales, gracias, entre otras, a las reglas IBA.

2. LOS PRINCIPIOS PROCESALES SE CUMPLEN EN LOS ARBITRAJES A DIFERENCIA DE LOS PROCESOS JUDICIALES

Los principios básicos que deben inspirar los procesos con contenido jurisdiccional, son la oralidad, la inmediatez, la concentración y la economía procesal (Véscovi 1984; Parra 1992). En este punto realiza-

remos una comparación factual y legislativa, a fin de observar si ambos procesos, el civil y el arbitral, cumplen con dichos principios.

2.1. La concentración

Se entiende por concentración en materia procesal la realización de varios actos procesales en una sola audiencia. Busca evitar la dispersión, es decir, la actuación de muchas sesiones. Sus ventajas son las siguientes: se gana mucho tiempo con la realización de un solo acto, en el cual se agrupan varias actuaciones; se logra que el tribunal consolide una opinión sobre todas las pruebas de los hechos, incluso sobre las pretensiones; y se consigue la economía procesal, en tiempo y dinero.

Existen dos formas de llevar a cabo la actuación probatoria. La primera, propia de los procesos judiciales, no obstante que la ley pretende lo contrario, consiste, por lo general, en varias audiencias donde se realizan los interrogatorios a los testigos del demandante y del demandado de manera sucesiva. Ello implica fijar distintas fechas para cada audiencia, incluidas la de sustentación de las pericias ofrecidas por el demandante y el demandado, y la refutación o explicación de las observaciones, hasta terminar con la actuación de todos los medios probatorios. Recién, luego de semanas o meses, se realiza la audiencia de alegatos, lo que significa hacer un trabajo adicional para prepararla porque no será sencillo recordar cómo se actuaron las pruebas. Esta modalidad conlleva meses de duración, sino años, y luego el proceso debe pasar a la siguiente instancia hasta finalizar en la Corte Suprema, años después.

La segunda forma, usada en los arbitrajes que aplican las reglas IBA, implica —como ya se ha descrito— realizar una única audiencia en días sucesivos, con la intención de que todas las pruebas se actúen en una semana o menos, para lo cual se trabaja a tiempo completo. La audiencia concluye con los informes orales, que son fáciles de preparar debido a la inmediatez de la actuación de las pruebas. Por ello, me inclino por esta opción, porque si bien exige una semana de trabajo a dedicación

exclusiva, al concluir no tendremos que preocuparnos por las pruebas ni por el proceso, hasta la presentación de los alegatos escritos. Además, de este modo, el proceso queda apto para ser resuelto en dos o tres meses después de la audiencia y, además, de modo definitivo, porque los laudos son inapelables.

2.2. La inmediación

La inmediación pretende que el juez o árbitro dirija personalmente el proceso y la audiencia de pruebas, con el derecho a formular preguntas a los testigos y peritos. Este principio, sí se aplica en los procesos judiciales porque cualquier audiencia de pruebas que se realice sin la presencia del juez, es nula. El problema radica en que, al no haber concentración en los procesos civiles y transcurrir un tiempo excesivo, las ventajas de la inmediación se pierden. Esto se agrava por la enorme carga procesal de los juzgados civiles y la frecuente rotación de los jueces. Cabe entonces, que nos formulemos la siguiente pregunta: ¿es posible que un juez retenga en su memoria lo que escuchó de cuatro testigos hace cinco, seis o siete meses?

La inmediación también tiene aplicación en los arbitrajes porque, no obstante, las consultas a las partes, el artículo 8.2 de las reglas IBA dispone que “el tribunal arbitral tendrá en todo momento pleno control sobre la audiencia probatoria”. Ello quiere decir que el tribunal puede interrogar peritos y testigos; cambiar el orden preestablecido por el que le parezca más conveniente; determinar la admisibilidad, relevancia, importancia y valor de las pruebas, según lo dispone el artículo 9.1 de las reglas IBA; y excluir pruebas o preguntas en las situaciones previstas por éstas.

No obstante lo señalado, lo más importante respecto de la inmediación en los arbitrajes, es que va acompañada de la concentración de los procesos. De este modo, cuando el árbitro deba laudar, recordará las principales actuaciones probatorias, así como la impresión que le causa-

ron los alegatos orales —en los que se concede a los abogados una hora para informar y no cinco minutos— y los debates periciales. El árbitro no tendrá que empezar “de fojas cero”, como le ocurre al juez civil.

2.3. La oralidad y la economía procesal

Como se advierte, en los arbitrajes se cumple con el principio de oralidad, pues la audiencia de pruebas es íntegramente oral, así como los principios de concentración e inmediación que, por el ahorro de tiempo y de actos procesales, permiten alcanzar la deseada economía procesal.

El legislador procesal de 1992 quiso que el proceso civil fuera concentrado, dirigido personalmente por el juez y económico. Sin embargo, con excepción de la inmediación —que se consigue parcialmente— el proceso civil actual no goza de los atributos de la oralidad, la concentración, ni de la economía procesal. Esto se debe, en parte, a los frecuentes cambios legislativos que ha sufrido el Código Procesal Civil, por ejemplo, eliminándose dos audiencias y, en parte, a la frecuente rotación de los jueces que impide la continuidad del mismo juzgador en todas las etapas del proceso.

De allí que resulte tan importante haber comprobado, en la práctica, al haber litigado en los estrados judiciales durante muchos años, que la oralidad, concentración e inmediación en los procesos civiles se viene perdiendo, mientras que advierto con satisfacción que sí es posible cumplir los mencionados principios en los arbitrajes. Éstos son fortalecidos por las siempre actualizadas reglas IBA y por el aporte de la práctica diaria, así como por la diligente conducta de los principales centros de arbitraje en la capital de la República, cuyos reglamentos son actualizados con cierta frecuencia.

Por tanto, considero que si el arbitraje lo ha logrado, también es posible “desenmarañar” el proceso civil y volver a usar la prueba de testigos

3. TODOS PUEDEN SER TESTIGOS: LA ELIMINACIÓN DE INHABILIDADES Y PROHIBICIONES *A PRIORI*

En el capítulo I desarrollamos las prohibiciones e inhabilidades del proceso civil para la actuación de la prueba testimonial. Esto prácticamente no existe en los procedimientos arbitrales. Es más, en su artículo 4.2., las reglas IBA señalan que “Cualquier persona estará capacitada para testificar, incluyendo una parte o un directivo, empleado u otro representante de la misma”. Quien no conoce sobre materia arbitral y está acostumbrado únicamente a litigar ante los estrados judiciales, consideraría que esta práctica es una barbaridad. Ello, porque el Código Procesal Civil ha desarrollado con mucha prolijidad las prohibiciones o inhabilidades para declarar, por ejemplo, en el caso de los parientes, amigos íntimos, subordinados o cualquier persona que tenga interés en el resultado del proceso. Sin embargo, tales limitaciones no existen *a priori* en el arbitraje y la decisión en cada caso se deja al criterio del tribunal arbitral, no para permitirle o impedirle declarar, sino para valorar su declaración.

De conformidad con el artículo 4.5 de las reglas IBA, las declaraciones testimoniales deberán contener el nombre completo y dirección del testigo, su relación pasada y presente con las partes, una descripción de sus antecedentes, y su calificación o experiencia, si fuera relevante. Es evidente que, al momento de dictar sentencia, el tribunal arbitral estudiará cada declaración testimonial, teniendo presente si el testigo mantiene una relación determinada con una de las partes, si tiene interés en el pleito o está afectado por alguna incapacidad. El árbitro se valdrá, pues, de ese conocimiento para evaluar las declaraciones.

Lo que no es correcto es prejuzgar, como lo hace el legislador procesal, al considerar que el subalterno o empleado o pariente necesariamente declarará en favor de su empleador. En ese caso, se parte de la idea de que toda persona que es llevada a declarar, mentirá para favorecer a alguna de las partes, si tiene relación con ella. Ello no necesariamente

es así. Puede ocurrir que una persona sea llevada a declarar y que sí diga la verdad, aunque ocasione un perjuicio a los intereses de su padre, por ejemplo. Dicha situación no tendría nada de raro puesto que, por encima de las relaciones de parentesco, subordinación o amistad, están los principios morales de toda persona humana. Si el testigo es consciente de que lo fundamental en un proceso es el descubrimiento de la verdad y que su deber es colaborar con la justicia, su testimonio deberá ser valorado debidamente. Claro que eso no impedirá que el juez o árbitro partan de una cierta sospecha y juzguen la testimonial con mayor rigor.

Resulta interesante la opinión de Priori, cuando afirma lo siguiente:

*[...] se regula lo que podría ser la cualidad para ser testigo. En ese sentido, se parte diciendo que cualquier persona puede ser testigo. **Esta referencia tiene una importante precisión, ya que pueden ser testigos incluso el directivo, empleado u otro representante de la misma parte que los esté ofreciendo.** Esa simple disposición impide por ello, que pueda tacharse a un testigo alegando tener relación con las partes. Quedará al criterio y más concretamente a la valoración que deberá hacer el árbitro de acuerdo con las reglas de la crítica, es decir, aquellas que se regulan por la psicología, la ciencia, el derecho y por las reglas de la experiencia, las cuales le permitirán llegar a la conclusión de si lo declarado por cierto testigo que tiene, por ejemplo, interés, en efecto debe ser tomado como verdad o no (2015: 4) [El resaltado es nuestro].*

Además, el mismo profesor Priori (2015) explica que la corriente legislativa de no prohibir testigos está en proceso de expansión, porque ya no se establecen requisitos para los testigos con miras a garantizar el derecho fundamental a la prueba de no establecer limitaciones previas. Las restricciones previamente establecidas son consideradas límites al ofrecimiento o admisión de los medios de prueba que no encuentran justificación en principios o derechos constitucionales.

Finalmente, al tomarse la declaración al testigo, éste tendrá que hacer “una descripción de sus antecedentes”. Si manifiesta, por ejemplo, que ha sido condenado por el delito de difamación, el tribunal estará particularmente alerta sobre si esa persona merece crédito o no. Además, dependerá del desarrollo de la audiencia y de la habilidad de cada abogado, para acreditar o desacreditarlo. Esto quedará al criterio y valoración del árbitro que, como bien dice Priori, procederá de acuerdo con las reglas de la crítica y las máximas de la experiencia.

4. DECLARACIÓN TESTIMONIAL ESCRITA

Una de las originalidades de las reglas IBA, en comparación con nuestro Código Procesal Civil (1993) y otros de la región, es la definición de la declaración testimonial. En el acápite de definiciones se señala que ésta “[...] es una declaración por escrito realizada por un testigo”. Sin embargo, en el artículo 2.2. (b) se refiere a “*las declaraciones testimoniales orales en cualquier audiencia probatoria*”. Esto quiere decir que la definición inicial no está completa, puesto que existen declaraciones escritas y orales. El artículo 4.5(c) confirma dicha conclusión cuando se refiere a los posibles idiomas que usará el testigo “*en la declaración testimonial que fue originalmente preparada*” —se entiende que es la escrita— “[...] y el idioma en el cual el testigo prevé declarar en la audiencia de pruebas”, referida a la oral.

Del estudio de estas dos normas —los artículos 2.2 y 4.5 de las reglas IBA— se observa que el testigo podrá declarar en dos oportunidades. Una es antes de la presentación de la demanda que, al ser por escrito, podrá acompañarse a ésta o a la contestación. La otra es durante la audiencia de pruebas, cuando se prestará de manera oral. Son dos ocasiones y dos formas distintas de actuación de un mismo medio probatorio para que se complementen.

En cuanto a la forma oral, que es usada en todos los países del *civil law*, Davis Echandía afirma lo siguiente: “[*existen*] algunos aspectos que

me parecen fundamentales: por un lado el interrogatorio debe ser verbal y su recepción debe ocurrir en audiencia que puede compaginarse con el procedimiento escrito señalándose día y hora para esos efectos” (1976: 237). De esta opinión se desprende que, donde impera el sistema del *civil law* —como en los países de América Latina— no se permite responder por escrito. Lo que sí se acostumbraba era formular el cuestionario mediante un pliego de preguntas que acompañaba la demanda y, luego, las respuestas eran dadas en la audiencia de forma verbal. Felizmente en el Perú, como lo expresamos, ya no se presenta pliego escrito y las preguntas son formuladas por los abogados en el desarrollo de la audiencia. El mismo Davis Echandía (1976) se vale de la opinión del maestro Carnelutti cuando afirma que para rendir el testimonio, los testigos utilizan dos medios: la palabra y la escritura. La última, excepcionalmente, en el testimonio del mudo que sabe leer y escribir. Incluso los procesalistas peruanos están en contra de la modalidad escrita de la prueba testimonial porque se atenta contra el principio de oralidad. Así, Priori, en sus estudios sobre las reglas IBA, señala lo siguiente:

Una particularidad que tienen las reglas IBA y que en definitiva va contra toda la regulación que existe en el Perú sobre la declaración testimonial e incluso contra la corriente reformadora que existe en el Perú y en América Latina hacia la oralidad, difiere sustancialmente respecto de lo que ocurre en la práctica arbitral en nuestro país (incluyendo aquellos arbitrajes que tienen pactadas las reglas IBA), es su regulación acerca de lo que es la declaración testimonial. En efecto, las reglas IBA definen que la declaración testimonial es toda aquella declaración “por escrito” “realizada por un testigo” (2015: 5).

Actualmente, el tema es planteado de modo distinto en el sistema anglosajón, pues, tal como afirma Sinclair: “[...] *there are striking differences in the approach of civil and common law courts and tribunals when it comes to witness evidence*” (2004: 24). Sin embargo, es interesan-

te comprobar que se está produciendo un traslape de las reglas del *common law* hacia las del civil law. Así, el citado autor señala lo siguiente:

The use of witness statements is also widespread in arbitration under the ICC Arbitration Rules [...], albeit not expressly mentioned in those rules. Likewise it is also now generally accepted in international commercial arbitration, if it was not before, that any person including the parties and the legal representatives should be permitted to testify as a witness in international arbitration. This is confirmed in Rule 4(2) [...] which a prudent advocate or tribunal may reference at the outset of proceedings if there is the risk of misunderstandings later. The tribunal is of course free to attribute such weight as it deems appropriate to any witness evidence, as expressly confirm by most arbitration rules (2004: 27).

En el Perú podría haber una resistencia inicial a la declaración escrita del testigo. También en Europa, como Le Bienvenu y J. Valasek (2004) lo explican, hubo un rechazo inicial a incorporar las reglas del arbitraje internacional en los arbitrajes locales, a pesar de que éstas eran conocidas y estaban contenidas en las reglas IBA. Ello ocurría porque no eran acordes con las expectativas que las partes tenían de un arbitraje.

No obstante, las resistencias están cediendo. La experiencia profesional nos demuestra que en algunos casos se empieza a aceptar la inclusión de las reglas IBA en las reglas particulares de determinados arbitrajes. Y esto es muy conveniente, aunque se trata de un proceso de cambio incipiente que tardará algunos años en consolidarse. No pasa lo mismo en los arbitrajes internacionales que se desarrollan en el Perú, en los cuales se acepta con mayor facilidad la inclusión de las reglas IBA. Personalmente creo que es saludable para los procesos que coexistan las dos formas de prestar declaración testimonial: primero por escrito y luego oralmente; y mejor si en esta segunda ocasión hay un interrogatorio cruzado.

4.1. Preparación de la declaración escrita

En el punto 7 del capítulo I precedente he dado un punto de vista sobre este difícil problema de orden moral. Quisiera ampliarlo a propósito del arbitraje.

En los arbitrajes, generalmente se acepta que los abogados asesoren a los testigos, lo que antiguamente se consideraba una práctica incorrecta. Como señalan Bienvenu y J. Valasek:

“Until a few years ago however members of the Bar in various civil law countries were prohibited from having direct contact with a potential witness. In other words preparing a witness was strictly forbidden and anyone who breached the rule would inquire disciplinary sanctions. Recently, the rule has been relaxed in international cases to avoid put civil law lawyers in disadvantage with English barristers or American attorneys” (2004: 242).

El artículo 4.3 de las reglas IBA establece que *“no será considerado impropio que una Parte, sus directivos, empleados, asesores legales u otros representantes, entrevisten a sus testigos o potenciales testigos y discutan con ellos sus posibles testimonios”*. Una vez que el abogado identifica al entrevistado como un adecuado testigo para su causa, es conveniente prepararlo no sólo para que haga una acertada declaración escrita sino también para los interrogatorios de la audiencia oral.

Durante la preparación de la declaración escrita, lo recomendable es que el abogado pida al testigo que haga una narración personal de los hechos, haciendo hincapié que debe decir la verdad. Lo más importante de la preparación es la firmeza de la posición ética que debe adoptar el abogado frente al testigo. Hanotiau se refiere a los límites éticos de la siguiente forma:

“In any cases, the lawyers have the ethical duty to avoid attempts to induce the witness to make false testimony. Witness preparation has not become witness manipulation. The starting point for any witness preparation is to remain the witness to tell the truth. Moreover the witness who has been “over-prepared” makes quickly lose credibility in the eyes of the Arbitral Tribunal” (2005:92).

Entonces, como afirman Bienvenú y J. Valasek (2004), queda claro que el rol del asesor legal es buscar la confianza y tranquilidad necesarias para que el testigo preste su declaración conforme a los hechos y de acuerdo a ley. Lo más importante es que la narración sea fiel reflejo de la verdad. De allí que los mismos autores añadan lo siguiente “[...] *the good advocate needs not hide the fact that he was involved in the preparation of a witness statement. Rather, the good advocate should make it easy for the Tribunal to forget about counsel’s involvement, allowing the voice of the witness to come through the document*” (2004: 244).

El testigo, aunque no esté bien preparado por el abogado, puede referirse a documentos con especificación de la fecha y lugar de suscripción ya que, al hacer la declaración escrita, los tendrá a la vista. Sin embargo, si es llevado a la audiencia, lo más probable es que en el *cross-examination* se le hagan preguntas puntuales sobre los documentos. Si no los conoce porque no ha sido debidamente preparado, no podrá contestar con la seguridad y el rigor expresados en la declaración escrita, lo cual puede perjudicar su credibilidad. Un testigo mal preparado no hará una declaración oral persuasiva.

Bajo el rubro “*Preparation for the hearing*” Sinclair da cuatro recomendaciones:

- i) Common lawyers have a class with acknowledge that effective witness preparation is one of the most important components of successful advocacy in international commercial arbitration.*

- ii) General civil lawyers engage in international arbitration also appreciate the need to prepare their witness for this event though if may not sit comfortably with them, given their particular training and legal tradition.*
- iii) As to the extent of preparation council may review the documents with the witness and challenge the witness recollection or answers in the line of those documents but would violate most bar rules is he or she were to purpose that a witness should give evidence that is undue.*
- iv) On the other hand, a witness should be able to recall in detail the content of his or her written statement. An unprepared witness and unfamiliar with the key documents concerned in their testimony is unlikely to be persuasive witness (2004: 29-30).*

Quienes tenemos más dificultades para preparar a un testigo somos los abogados que pertenecemos a la tradición romano germánica, es decir el civil law. Dos problemas manifiestos son respetar los límites éticos y la poca o nula experiencia en la materia. Frente a ello, se recomienda propiciar tanto la espontaneidad como la autenticidad del testigo. El abogado debe ser un asesor “invisible”, al no dejar notar su performance. El tribunal arbitral tendría que convencerse de la realidad de los hechos por la calidad persuasiva del testigo y la credibilidad que logra al no traslucir la asesoría del abogado.

Además, en esta etapa de preparación, se requiere tener presente que el testigo no solamente realizará una declaración escrita y contestará un interrogatorio directo formulado por el abogado que lo convocó. Por el contrario, deberá tener muy presente que en la audiencia el testigo será sometido a un severo examen cruzado sobre los temas tratados en su declaración escrita, en el cual el abogado contrario tratará —como mínimo— de afectar su credibilidad y, si se le presenta la ocasión, también intentará hacerlo incurrir en contradicciones para demostrar la falsedad de lo declarado por escrito o en directo.

Se comprende, entonces, la importancia de la preparación tanto del interrogador como del testigo y de la necesidad de declarar la verdad.

4.2. *Cómo debe ser la declaración testimonial escrita*

El artículo 4.5 de las reglas IBA (2010) precisa los cinco puntos que debe contener la declaración:

- i) el nombre completo y la dirección del testigo;*
- ii) una declaración concerniente a su relación pasada y presente con las partes y una descripción de sus antecedentes, calificación, capacitación y experiencia;*
- iii) una descripción completa y detallada de los hechos, así como la fuente de información del testigo sobre tales hechos;*
- iv) una manifestación sobre el idioma en el que la declaración testimonial es efectuada y el idioma en el cual el testigo prevé declarar en la audiencia de pruebas;*
- v) una declaración sobre la veracidad de la declaración testimonial y finalmente la firma del testigo, así como la fecha y el lugar.*

La declaración escrita no debe ser muy larga ni lacónica. Lo recomendable es que la extensión esté determinada por el contenido y éste debe estar circunscrito a los puntos controvertidos, sin caer en el conocido defecto de la impertinencia. Además, el testigo debe decir, en sus propias palabras, todo lo que sabe sobre el caso y, en particular, sobre los hechos que ha percibido y recuerda claramente. En resumen, la declaración escrita no debería tener más de dos o tres páginas si el número de preguntas es razonable.

Sobre el contenido el artículo 4.5 de las reglas IBA indica que la declaración debe ser una “*descripción completa y detallada de los hechos, así como la fuente de información*”. El testigo puede limitarse a narrar los hechos, pero si da la fuente que le ha permitido hacer acopio de la información, su declaración será más creíble. Al respecto, se discute si el

“testigo de oídas”, es decir, de referencia, es verdaderamente un testigo. Sí lo es, pero resulta importante que, al menos, revele su fuente, es decir, a quién oyó decir lo que testifica. En todo caso, todo abogado litigante debería saber que para un juez o un árbitro siempre es preferible un testigo directo y no el que narra lo que le han contado.

La regla general es que si el testigo ha hecho llegar su declaración escrita al tribunal, pero no es llamado a la audiencia para confirmar lo expresado, ésta no tendrá mayor valor. Una situación distinta ocurre cuando es llamado por el abogado que ha ofrecido su declaración o el de la parte contraria. En este caso, es comprensible que el tribunal sí determine el valor de la declaración escrita, sea para su confirmación en la audiencia oral o por las contradicciones halladas entre una y otra declaración.

La razón que justifica la declaración escrita está en el preámbulo de las reglas IBA. Se trata de que el proceso arbitral se maneje en forma equitativa y bajo la buena fe. Si el abogado de la parte contraria conoce lo que el testigo dijo en su declaración escrita, podrá preparar, con anticipación, un examen cruzado riguroso para que aparezca la verdad. Sin embargo, dicho examen no siempre perjudica al testigo. Si éste se encuentra debidamente preparado; está en completo dominio de los hechos que ha expresado y éstos constituyen la verdad; y si tanto él como el abogado han actuado de buena fe, el examen cruzado podría incluso ser favorable para la parte que lo ha ofrecido como testigo.

Otro aspecto, distinto a la revelación de las fuentes —de carácter objetivo—, es que el testigo sea persuasivo y creíble cuando exprese sus motivaciones o consideraciones subjetivas, es decir, cuando revele por qué considera que los hechos declarados constituyen la verdad. Esto no debe confundirse con la opinión que él puede tener sobre los hechos o las personas involucradas en su declaración, la cual no interesa al árbitro.

Finalmente, sabemos que la declaración testimonial escrita no es bien considerada por todos los autores o abogados arbitralistas. Sanders, por ejemplo, se expresa de la siguiente forma:

Many civil and common law framed arbitrators are evidently uncomfortable with witness statement prepared under the influence of counsel. One view is the ground up with the party of each legal adviser the witness may be influenced in formulating his or her statements which has to be signed and affirmed by him or her as being the truth. In my opinion these witness statements presiding the hearings of the witness in person are not in accordance with the expectations of many parties in an international arbitration (1999: 202).

Para que lo señalado no suceda, Bienvenu y Valasek establecen algunas recomendaciones a partir de sus reflexiones y las de otros autores:

“Once a comprehensive draft has been completed, the word is not yet done. The testimony is now ‘right’, but it may not be the ‘best possible’ testimony. [...] A related is organization through headings and subheadings. In a longer statement, sections should be clearly identified by short descriptive headings, and longer sections further sub-divided but descriptive sub-headings” (2004: 254).

No se trata de meras formalidades sino de recomendaciones importantes para la comprensión de la declaración.

Es indispensable que la declaración escrita resulte muy ordenada y si es posible, numerada, de modo que sea fácil ubicar las preguntas como las respuestas contenidas en dicha declaración, para evitar que el lector tenga que revisar todo el texto. Incluso, podría ser recomendable que, quien formula la declaración escrita, en lugar de hacer una simple narración de los hechos se formule preguntas a las que inmediatamente le va dando respuestas.

Reitero que, en la preparación de la declaración escrita, el abogado debe tener presente y hacer saber al declarante que luego será sometido a un interrogatorio cruzado, de modo que se cuide de decir la verdad.

“[a] carefully crafted witness statement should also anticipate the attacks and cross-examinations of the opposing party and the questions of the arbitrators. Thinking through the testimony to ensure that it has the proper level of detail and consistency is important for it to be ultimately persuasive” (2004: 476-477).

Para concluir, recojo los consejos simples sobre la forma escrita de la declaración que nos dan Bühler y Dorgan:

“The text of the witness statement may be in narrative form. Depending upon the nature of the information contained in the statement, it may be more convenient to present it in some other form, such as a listing relevant events by way of “bullet points” drafted in “telegraphic” style” (2000: 13-14).

4.3. Las ventajas de la declaración escrita

Es difícil encontrar entre los abogados del sistema romano-germánico, un autor que opine favorablemente sobre la declaración escrita. Ésta se considera un retroceso porque la tendencia actual está en favor de la oralidad, como ya lo hemos reseñado. Sin embargo, Serra, opina que:

[...] todas las objeciones contra el interrogatorio de preguntas derivan de su carácter formal y rígido frente a la personalidad humana y flexible del testigo. Por ello no es de extrañar que se haya propuesto sustituir dicho interrogatorio formal por un relato de los hechos, efectuado espontáneamente por el testigo, en forma semejante a la que tiene lugar en el proceso penal, que, sobre facilitar la valoración de la prueba testifical, reduciría en mucho los errores

y falsedades en que incurren los testigos con el régimen actual del interrogatorio de preguntas” (2009: 470).

Un litigante de buena fe, sumado a un testigo que también se rige por normas éticas, podrá hacer una descripción plena y sin presiones acerca de los hechos. Ésa es una de las principales ventajas de la declaración escrita, pues cuando un testigo es sometido a un interrogatorio oral ante un juez, más aún si éste es cruzado, es muy difícil saber si actúa con tranquilidad y espontáneamente, o si ha sido coaccionado por el tipo y rapidez de las preguntas que se le formulan. De hecho, ésta es una de las grandes críticas contra el examen cruzado. Más adelante veremos lo que opina al respecto el maestro Taruffo.

Otras ventajas de las declaraciones testimoniales por escrito, han sido señaladas por Michael Hwang:

- *It saves considerable hearing time (usually the most expensive part of an international arbitration).*
- *It prevents the other party for being taken by surprise at a trial.*
- *It enables the opposing Counsel to prepare his cross-examination more efficiently, thus again reducing cross-examination time.*
- *It helps to define the issues for argument and the hearing for clearly, allowing the parties and the Tribunal a more focus examinations of the matters in dispute (2004: 238).*

Se trata de una descripción apretada, pero concluyente sobre las mencionadas ventajas, las que se resumen en el significativo ahorro de tiempo, la prevención de sorpresas y el favorecimiento de que el tribunal se concentre en lo importante.

No obstante, la declaración testimonial no es simplemente un acto procesal sino básicamente humano. La hace un hombre o mujer, que es el testigo, y la dirige a otro hombre o mujer, que es el árbitro encargado

de definir la controversia. Ambos son seres humanos, de allí que es interesante la afirmación de Sinclair:

“Witness statements are an opportunity to introduce in the tribunal the human side of one case. To win the heart of the arbitrators as well as their mind” (2004: 34).

Finalmente, con relación al aspecto ético de la preparación para la declaración escrita, transcribimos la recomendación de Bienvenu y Valasek:

“Assisting the witness with the development of the statements from first draft to polished draft is the very essence of the “invisible” advocacy practiced by counsel in international arbitration. It is ethical as long as the final product remains a statement of the testimony of the witness, and not of testimony that has being made up by the lawyer for purposes of the arbitration” (2004: 256).

Es muy interesante la sección 16 de las Professional Rules of the Dutch-speaking Brussels Bar, citada por Bühler y Dorgan, la misma que señala que:

“In his contacts with the witness, the lawyer will in all circumstances take into considerations the appropriate prudence, decency and integrity. He will strictly refrain from influencing the witness or form inciting him to deviate from the truth” (2000:5).

Como se puede observar, estas reglas no se limitan a exigirle al abogado el cumplimiento del llamado principio de moralidad, que consiste en la observancia de los deberes de veracidad, probidad, buena fe y lealtad, señalados en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil (1993), sino que le exige prudencia, decencia e integridad y que evite todo tipo de influencias que tengan por finalidad que el testigo no diga la verdad. Insisto mucho en esto, porque sin estas

cualidades, en particular la decencia del abogado asesor y del testigo, la declaración no será un buen y correcto medio de prueba.

Por ello, para evitar malas interpretaciones, Schneider sugiere que al final de la declaración, se añada un párrafo con la siguiente redacción:

“(...) this witness statement has been discussed with my counsel who drafted it and that it is my testimony” (2005: 583-592).

Esta declaración en nuestro medio podría tener el siguiente texto: Esta declaración escrita es la verdad de los hechos y **ha sido realizada íntegramente por mí**, primero como un proyecto y luego en su versión definitiva. **No he conversado absolutamente con nadie** acerca de esta declaración, cuya autoría me pertenece. De acuerdo a ley, he contado con el asesoramiento de un abogado, de quien sólo he recibido recomendaciones de apoyo legal”.

4.4. Lenguaje de la declaración escrita

Una de las mayores dificultades que presenta la declaración escrita es el correcto uso del lenguaje. Si el proceso se sigue en el Perú y el testigo es peruano, el problema no existirá o será relativo, pues estará condicionado a la buena educación escolar del testigo. El problema surge cuando éste tiene un idioma de origen distinto al usado en el arbitraje, lo cual ocurre con frecuencia en los arbitrajes internacionales.

Existen múltiples recomendaciones, pero lo mejor es que el testigo declare en su idioma y con los modismos que corresponden a su lengua natal. Junto con esa declaración, por ejemplo, en castellano, se podrá acompañar la traducción al idioma del tribunal arbitral o al que hubieran acordado las partes, por ejemplo, el inglés. Pero lo que sería un error es que la declaración escrita no la presente en español sino en inglés, porque en el examen cruzado las preguntas le serán formuladas en dicho

idioma. Ello causará serias dificultades al testigo hispanohablante por más que domine esa segunda lengua.

En mi experiencia profesional he conocido el caso de un testigo experto en derecho peruano que decidió responder en inglés antes del inicio de la audiencia. Sin embargo, fue sometido a un inclemente interrogatorio por el abogado contrario, quien se había preparado intensamente sobre nuestra legislación y su sentido. Quien ha pasado por esa experiencia no volverá a responder en otro idioma que no sea el suyo con el apoyo de un traductor.

También es recomendable cuidar que el testigo de hechos no utilice términos legales que son propios del asesor con quien se ha preparado. Este grave error parece ser que es bastante frecuente, lo que resta credibilidad al testigo y hará que su declaración, por falta de espontaneidad, no tenga la virtud de la persuasión que espera lograr todo abogado que lleva a declarar a un testigo. El testigo no debe usar términos o expresiones jurídicas sino las que son propias a su condición cultural y social.

5. EL INTERROGATORIO ORAL EN EL ARBITRAJE

En mi ejercicio profesional he constatado que poco a poco la prueba testimonial está perdiendo importancia en los procesos judiciales y que los abogados casi no la ofrecemos. En otras sedes judiciales la situación es la inversa. Un ejemplo es el nuevo Código Procesal Penal, donde los interrogatorios no sólo son fundamentales, sino que la forma como deben formularse los pliegos interrogatorios y responderse a las preguntas, es desarrollada extensamente. Lo mismo sucede con el proceso laboral, donde la actuación oral por parte de los abogados resulta fundamental porque muchas veces las pruebas se actúan en una sola audiencia y el juez está en condiciones de dictar sentencia inmediatamente después. Esto demanda un gran dominio de lo que se conoce como litigación oral.

Además, también he constatado que la prueba testimonial se usa poco en los arbitrajes domésticos. Sin embargo, cuando en algunas ocasiones se acuerda que el proceso arbitral se regirá por las Reglas IBA, la situación es inversa y la prueba testimonial sí es utilizada. Advierto un lento pero consistente incremento.

En la legislación nacional, el Código Procesal Civil (1993) sólo contiene una norma referida a las repreguntas y contra preguntas. El artículo 227 señala que la parte solicitante de la declaración del testigo y la otra parte pueden hacer repreguntas, por sí mismas o mediante su abogado. Al respecto, Ledesma hace el siguiente comentario:

“Las repreguntas tienen sus raíces en el interrogatorio cruzado del Derecho anglosajón. La norma bajo comentario no precisa en qué momento opera la repregunta, si es al finalizar la respuesta o el interrogatorio; sin embargo, en aplicación supletoria de la declaración de parte, que recoge el artículo 213 del Código Procesal Civil, ésta opera al finalizar el interrogatorio” (2016: 430).

En realidad, ése no sería el problema, ya que lo que señala la citada profesora es que con las repreguntas no se debe interrumpir el desarrollo de las preguntas y respuestas, con lo que coincide. Más bien, el problema consiste en qué se entiende por repreguntas y qué por contra preguntas. Aparentemente, para Ledesma, al decir que las repreguntas tienen sus raíces en el interrogatorio cruzado, daría a entender que, cuando el artículo 227 se refiere a las repreguntas, éstas corresponderían ser formuladas por el abogado de la parte contraria, pero ello en la práctica no es así. Las repreguntas las formula el que pide la declaración del testigo y las contra preguntas son las que corresponderían al examen cruzado.

La citada autora también señala que las repreguntas

“[...] serán para aclarar o ampliar el contenido de las respuestas dadas por el testigo, sea para obtener su declaración respecto de cualquier otro hecho que hubiera sido agregado y pudiese advertirse como conducente así como de los que atañen la determinación de su idoneidad” (2016: 430).

Más adelante, Ledesma (2016) opina que con la contra pregunta se persigue no sólo la adquisición de nuevas noticias, sino investigar el grado de sinceridad y veracidad del testimonio rendido. El contrainte-rrogatorio tiene como principal objetivo anular o modificar la evidencia suministrada por el testigo.

Coincidimos en la última parte, pero no en cuanto a la búsqueda de nuevas noticias. En los arbitrajes el orden del interrogatorio es el siguiente: En primer lugar, el examen directo que lo formula quien solicitó la declaración del testigo. A continuación, se hace el examen cruzado por el abogado de la parte contraria, quien sólo podrá interrogar sobre lo declarado por escrito y/o en directo. Luego se toma el examen redirecto que podrá referirse únicamente a lo contestado en el cruzado y, finalmente, el recruzado. Cabe aclarar que cuando el testigo ha presentado una declaración escrita, se puede obviar el examen directo.

Dado que el artículo 227 del Código Procesal Civil (1993) peruano no sigue este orden, a la postre es muy poco utilizado porque no se entiende su finalidad. Ésta sería una norma que habría que modificar completamente para que se vuelva a usar la prueba testimonial.

5.1. El uso de la testimonial en los procesos judiciales

Las razones por las cuales la prueba testimonial no es usada en los procesos judiciales ni en los procesos arbitrales domésticos —salvo que se acuerde emplear las reglas IBA— son dos: Por un lado, hay un problema puntual y es que los testigos no suelen ser creíbles. Como en el Perú no existe el delito de perjurio, ellos pueden prestar juramento

e, inmediatamente, decir lo que se les ha dicho que digan y no lo que consideran la verdad.

Por otro lado, ni los abogados ni los jueces conocen las virtudes de la prueba testimonial y, en particular, el buen uso que debería tener el artículo 227 del Código Procesal Civil, aunque está mal redactado. Al respecto, el tratadista Carofiglio refiere que en la experiencia cotidiana

[...] de los tribunales de justicia de Italia se constata una y otra vez, la muy común falta de destreza con que numerosos abogados y fiscales se desempeñan en el manejo de los instrumentos aplicables a la práctica de la prueba oral y, especialmente, en la práctica del cross-examination; una falta de destreza, cabe decir, que está en correspondencia con el retraso que sufren tanto la reflexión científica como la elaboración de jurisprudencia relativa al sistema de los interrogatorios en la lista oral como mecanismo con qué obtener saberes procesales fiables (2010: 27).

Recordemos también lo que dice sobre el particular Gonzáles de Cossío antes citado, que la “*práctica arbitral latinoamericana adolece de la falta de conocimiento, preparación y entrenamiento sobre el interrogatorio*”.

En materia arbitral, particularmente en los arbitrajes domésticos, ocurre un fenómeno similar. Al referirse a ello, Ezcurra, señala que “[*es interesante observar que en la práctica arbitral doméstica (...), la prueba testimonial se utiliza muy poco. La pregunta obvia es ¿por qué, si puede ser tan útil para la tarea de persuadir?*]” (2016: 284). Para el autor, es probable que esto tenga que ver con dos razones similares a las que he comentado anteriormente. La primera es que en nuestro país la palabra está devaluada, por lo que culturalmente se asume que el testigo de cada parte dirá lo que ésta le indique y mentirá si es necesario hacerlo. Esto no es sólo lo que creen los abogados patrocinantes sino también los que conforman tribunales arbitrales. La segunda razón es que todos

tenemos muy poca o ninguna experiencia en desarrollar interrogatorios efectivos para persuadir (Ezcurra 2016).

El problema de la mentira es de gran importancia y dimensión porque no sólo tiene un contenido legal sino fundamentalmente ético y psicológico. Existen muchos estudios al respecto, al extremo que la Psicología del Testimonio ya es una materia que se dicta en facultades de Derecho de España y Argentina e incluso algunos jueces foráneos se valen del apoyo de los llamados psicólogos forenses.

Entonces, hay un gran trabajo por realizar, tanto para los arbitrajes locales como para los procesos judiciales, a fin de desarrollar la técnica empleada en los países anglosajones y en aquellos que se rigen por las reglas IBA, a fin de utilizar los testimonios en los arbitrajes locales y en los procesos judiciales. Por ello, en las páginas siguientes, abordaré las formas de interrogatorio, poniendo énfasis en el *cross-examination* o interrogatorio cruzado. Sobre este último el procesalista estadounidense, John Wigmore acuñó una muy conocida frase que es citada en la mayoría de tratados del *common law* sobre prueba: “*El contra-interrogatorio o interrogatorio cruzado es el arma más letal que el hombre ha inventado para la búsqueda de la verdad*”. Contundente.

No soy tan optimista como Wigmore, porque nuestro problema cultural sobre la mentira es muy grave. Esto lo atribuyo a un problema mayor que es la ausencia de una sanción efectiva. Las autoridades y abogados pueden delinquir, ser corruptas o corromper, pero casi nadie está preso por dichos actos. Esto ocurre a pesar que nuestro Código Penal contiene dispositivos legales que penalizan a quien no dice la verdad, pero de manera leve. Por estas razones, no pondré énfasis en el estudio de la verdad, a pesar de que es un elemento fundamental en el cual reposa la prueba testimonial; en cambio sí abordaré algunos aspectos relacionados como es la credibilidad del testigo. Al respecto, Ezcurra señala lo siguiente:

Para constituirse en efectivos colaboradores de la tarea de persuasión yo diría que los testigos deben ser ante todo creíbles. Credibilidad es en ese sentido el requisito fundamental a considerar. ¿Qué se requiere para lograr credibilidad? Ser creíble tiene que ver con generar confianza. Y generar confianza exige, en primer lugar, tener la experiencia, los conocimientos, o las calificaciones como para absolver con absoluta solvencia todas las preguntas que sean formuladas durante un interrogatorio o un contra interrogatorio (2016, 288).

El mismo autor, relaciona la credibilidad, la persuasión y la verdad.

El objetivo es persuadir. Para ello es imprescindible ser creíble, porque finalmente para ser creíble no hay nada más efectivo que decir la verdad. Si creen que el abogado les ayudará a prepararse y preparar a sus testigos para que, sin decir la verdad, puedan ser persuasivos, estarán completamente equivocados. El punto de partida es ser honestos, su testigo de hecho debe decir la verdad de los hechos. En consecuencia, es evidente que la preparación al testigo que queremos ofrecer, ya sea para el interrogatorio directo como para el contra-interrogatorio o el re-directo o también para el re-contra-interrogatorio, es hacer ver la necesidad del testigo que cuando sea llamado a declarar por la parte que lo ha ofrecido o por la parte contraria siempre deberá decir la verdad (2015, 298).

Al inicio de este punto nos preguntamos por qué no se usa la testimonial en el proceso judicial. Todo apunta a que los testigos en el Perú no generan credibilidad. Si, como dice Ezcurra el objetivo es persuadir, desafortunadamente esto no se logra porque los testigos no son creíbles. En consecuencia, cualquier modificación que se quiera hacer en el Perú, tanto en materia procesal civil como en el arbitraje, debe favorecerse la búsqueda de la credibilidad de los testigos. Cuanto más creíbles sean, más se usará la prueba testifical.

5.2. *La oralidad como principio*

Aunque la corriente doctrinaria moderna a que se refiere Priori, antes citado, estaría a favor de la oralidad, el profesor Taruffo afirma que ésta —y el interrogatorio cruzado— son un mito: “*Uno positivo que considera a la oralidad como una panacea y otro negativo según el cual la escritura es mala en sí misma, de allí que debe reducirse a un mínimo*” (2009: 256). En opinión del autor, “*la práctica de este sistema en Estados Unidos lleva a conclusiones bastante menos optimistas y existen unas cuantas dudas justificadas acerca de la eficiencia del interrogatorio cruzado como mecanismo para obtener información fiable sobre los hechos debatidos*” (2009: 256).

En el Perú, se acaba de reformar dos leyes procesales, el Código Procesal Penal (2004) cuya entrada en vigencia aún no es total y la Ley Procesal del Trabajo (2010). En ambas predomina la oralidad sobre la escritura. Es más, en la primera reunión de la Comisión encargada de revisar el Código Procesal Civil peruano —que integro—, su presidente hizo hincapié en la importancia de fortalecer y desarrollar la oralidad para alcanzar una mejor justicia. Sus ventajas son un contacto más cercano y directo con el juez, favorece la concentración de los actos procesales, y un proceso célere y más justo.

Sin embargo, las reglas IBA no se decantan exclusivamente por la declaración oral en detrimento de la escrita o viceversa, sino que las combina. Si bien al definir el testimonio se afirma que se trata de una declaración escrita, cuando se ocupa de la audiencia, las Reglas expresan que los testigos que hicieron su declaración escrita, pueden ser llevados a declarar oralmente ante el tribunal arbitral. Veamos, pues cómo es el interrogatorio o declaración oral.

5.3. *El interrogatorio oral*

En su libro “El arte de la duda” el profesor italiano de derecho procesal penal, Gianrico Carofiglio, citando a Brown, señala la existencia de

ciertos parámetros que considera importantes para elaborar un buen interrogatorio oral:

[...] profunda comprensión de la naturaleza humana; claridad de pensamiento y de exposición; capacidad de comunicar mediante conceptos directos, sencillos y coherentes; capacidad de formarse un criterio acerca de cuanto acontece sobre el juicio y de valorarlo sobre la marcha (...); autodisciplina; capacidad de transmitir una impresión de autoridad; maneras siempre dignas y corteses; personalidad marcada, que ejerza influencia sobre quien entra en contacto con él o con ella; voluntad casi obsesiva de cuidar la preparación hasta al extremo; renuencia absoluta a usar subterfugios y triquiñuelas (2010: 184).

Asimismo, el profesor español Manuel Atienza, en el prólogo del referido libro de Carofiglio antes citado, hace un catálogo de los requisitos y condiciones del interrogatorio que se encuentra en dicho texto:

1. *La primera condición para interrogar bien es prepararse bien.*
2. *No haga un contra interrogatorio si no tiene perspectivas de obtener un resultado útil.*
3. *El contra interrogatorio es recomendable si se puede invalidar el testimonio prestado, ya sea atacando la credibilidad del testigo o cuestionando la fiabilidad del relato.*
4. *Pregunte con un objetivo claro y preciso.*
5. *Interrogue sobre la base de un buen conocimiento de la situación, el sujeto a interrogar y la impresión que ha causado a los árbitros.*
6. *Elija la modalidad de interrogatorio a utilizar tras considerar el efecto psicológico que pueda causar en los jueces.*
7. *Evite el enfrentamiento directo con el interrogado.*
8. *Cuide que el interrogatorio cause efectos negativos para el interrogador.*
9. *Interrogue con cortesía.*

10. *Nunca trate mal a un testigo desfavorable a no ser que tenga datos objetivos que está mintiendo o que su relato es erróneo.*
11. *Extreme el cuidado en caso de sujetos débiles, como niños o ancianos y no haga comentarios sarcásticos porque causan mala impresión en el juez o árbitro.*
12. *Planifique la secuencia de las preguntas siguiendo el esquema de su argumentación.*
13. *No haga preguntas arriesgadas porque puede llevar a respuestas perjudiciales.*
14. *Nunca formule preguntas cuya respuesta no conozca o al menos intuya.*
15. *Cese de interrogar en el momento que haya obtenido el objetivo que perseguía. Es importante saber cortar el interrogatorio.*
16. *Trate que las preguntas tengan una estructura empática y evite el uso de muletillas.*
17. *Tenga siempre bajo control al interrogado, y maneje con inteligencia las pausas, para que el ritmo sea el adecuado.*
18. *Utilice conscientemente la mirada para lograr que el interrogatorio sea vivo y fluido.*
19. *No olvide que todas las reglas pueden tener excepciones.*
20. *La eficacia de un interrogatorio depende especialmente del contexto que, por definición, es abierto [...] (2010: 13-15).*

Este catálogo de Atienza es muy completo porque abarca el interrogatorio desde diversos ángulos, aunque básicamente está orientado al interrogador. Son consejos puntuales y muy lógicos a quien pregunta. Esto es porque el que prepara y aconseja al interrogado es el abogado que lo llevará a declarar como testigo y porque luego él mismo hará las preguntas que el caso amerite, tanto a su testigo como a los testigos de la parte contraria.

En lo particular, considero que estos consejos pueden ser de gran utilidad para los abogados locales que pretendan hacer un buen uso del

interrogatorio tanto en los procesos judiciales como en los arbitrajes domésticos.

5.4. Formas del interrogatorio oral

El artículo 8.3 de las reglas IBA señala que deben declarar en primer término los testigos del demandante y luego los del demandado (interrogatorio directo). El orden puede ser cambiado por el tribunal arbitral si lo considera conveniente. Luego sigue el conocido interrogatorio cruzado. Finalmente, la parte que llamó al testigo tendrá la oportunidad de hacer preguntas adicionales sobre asuntos que han surgido en el curso del interrogatorio cruzado. Se trata de tres modalidades del interrogatorio, aunque en la práctica —probablemente como consecuencia de las reglas sobre arbitraje local en los Estados Unidos— se usa una cuarta modalidad. Esta consiste en la segunda oportunidad dada al abogado de la parte contraria para que también formule nuevas preguntas, llamada “recross”.

En síntesis, las modalidades del interrogatorio oral son cuatro: directo, examen cruzado, redirecto y recruzado. Éste es el orden en que se lleva a cabo cada interrogatorio. Sin embargo, no son obligatorios pues el abogado puede decidir el inicio de la audiencia si llevará a cabo el interrogatorio o no. Igual decisión deberá tomar el abogado contrario en el acto de la audiencia sobre si hace o no el cruzado.

Cabe mencionar la opinión de Blackaby (2004), para quien las capacidades del abogado litigante están en el arte del *cross-examination* o interrogatorio cruzado. El directo y el re directo son el marco de la pintura. La obra de arte es el *cross-examination* porque permitirá establecer si el testigo está diciendo la verdad o no o, por lo menos, podrá atacar la credibilidad del testigo. Con esta comparación el arbitralista grafica el nivel de importancia que tienen las cuatro formas de interrogar, más allá de si se emplean todas o sólo algunas en cada caso, pero siempre

teniendo en cuenta que el más útil y en el cual el abogado demuestra su talento es el “cross examination”.

5.5. *Interrogatorio directo*

i) *Concepto*

Para Quiroz, “[el] interrogatorio directo es aquel examen que efectúa el abogado que presenta al testigo a favor de su posición. Debe tener un carácter persuasivo, el interrogador debe usar técnicas de persuasión a efectos de que el examinado entregue la información que pretende sea escuchada (...)” (2015: 100). Por esa razón, el autor considera que “(...) en el examen directo el centro de atención es el declarante y su interrogatorio debe ser llevado en forma que impresione favorablemente al juzgador. Un interrogatorio tiene propósitos definidos, será tal si está bien estructurado, planificado y organizado” (2015: 100).

Pero no sólo Blackaby y Quiroz hacen un símil entre el interrogatorio directo y una obra de arte, también Quiñones hace lo propio, afirmando lo siguiente:

“El interrogatorio directo es comparable con una película, la persona que se sienta a observarla [como el árbitro], al principio no sabe nada del drama (...), pero mientras ésta transcurre se va formando un cuadro de toda la situación. Si la película se presenta en forma clara, entendible y convincente, el espectador saldrá convencido de una postura. Si por el contrario, se presenta una película confusa, desorganizada, así quedará el oyente: confundido y aturdido. En la vista pública esa película debe ser presentada en forma clara y comprensible. De igual forma, debe ser lo más breve posible. Claro está, siempre asegurándose que se cubran los puntos más importantes para probar sus alegaciones” (2003: 147).

Por su parte, Ezcurra, precisa “[...] que para persuadir al tribunal de nuestra historia será más efectivo mostrarla a través de los protagonistas, antes de escribir cientos de páginas y con argumentos legales y citas con la doctrina más autorizada. Se dice que una foto vale más que mil palabras porque un testimonio bien logrado es más efectivo que un brillante argumento legal” (2016: 283).

Si analizamos el interrogatorio directo sobre la base de la doctrina citada, concluimos que es el que prestará el testigo del demandante en primer lugar y, luego, el testigo del demandado, al inicio de la audiencia probatoria. El demandante tiene un caso fundado en derecho, pero que está sustentado en un conjunto de hechos (salvo casos de puro derecho) contenidos en la demanda. Éstos hechos tienen que ser probados para poder ganar, para lo cual él se valdrá de testigos, entre otros medios de prueba. De allí que, siguiendo las palabras de Ezcurra, la mejor forma de hacerlo “es recurriendo a los protagonistas”.

Se trata de escuchar directamente del testigo lo que antes ha referido por escrito en la *written statement*, a fin de que el tribunal arbitral pueda comparar ambas versiones. Para tal efecto, el testigo deberá contestar las preguntas que formule el abogado de la parte que lo convocó, sobre la base de un interrogatorio preparado con preguntas abiertas. De este modo, podrá explayarse sin más límites que no contradecirse con lo que ha afirmado por escrito. Lógicamente, gracias a que el testigo ha sido bien preparado, su declaración oral no debe ser muy extensa, empleando términos sencillos y formulados en su propio idioma.

Los consejos de los autores, nacionales o extranjeros, penalistas o arbitralistas, son ilimitados. Por ejemplo, Quiroz (2015) considera que “[el] litigante debe lograr despertar y mantener la curiosidad del juez por saber qué sigue” no solamente con la demanda sino con el propio interrogatorio a fin de que medite sobre lo expuesto. De este modo, no sólo logra capturar su atención, sino que lo predispone para escuchar su teoría del caso.

Finamente, Bailey, un prestigioso abogado norteamericano, hace una lista breve y muy concreta de elementos para lograr un buen interrogatorio:

“Los principales que consideramos en esta introducción a lo que constituye un proceso complejo son: control, velocidad, memoria, sintaxis, lógica, momento oportuno, actitud y conclusión” (1995: 156).

En realidad, no es difícil conducir un interrogatorio directo, en caso se acuerde en las Reglas del arbitraje. Pero, no siempre es así porque para algunos es innecesario el directo si se cuenta con la declaración escrita. Para estos la audiencia debe empezar con el interrogatorio cruzado suprimiendo el directo. No comparto esta opinión.

ii) Diferentes testigos en el directo

He advertido que, al ofrecer la declaración de testigos en parte de prueba, algunos abogados locales distinguen entre aquéllos testigos sobre los cuales el abogado ejerce control y aquéllos sobre los que no. Por ejemplo, si un abogado llama a declarar a su cliente o a un subordinado de éste, el abogado tiene control sobre esos testigos, pero si llama a la parte contraria o a la esposa de éste, es manifiesto que no lo tiene. Sin embargo, los abogados no siempre hacen el mencionado distingo el momento de ofrecer la prueba.

Para lograr un correcto desarrollo de las audiencias de pruebas, es aconsejable que el tribunal arbitral solicite a los abogados que hagan la mencionada precisión, de modo que aquél comprenda mejor el porqué de las preguntas de cada interrogatorio.

iii) Objetivos del directo

Con el interrogatorio directo se busca, en primer lugar, que el testigo se ubique y pierda el miedo que pueda darle la presencia de un tribunal. Por cierto, éste es menor en comparación con el ejercido por un juez del sistema anglosajón, que viste una toga negra en una sala que suele ser imponente. En los arbitrajes, dicha parafernalia no existe, pues el testigo declarará sin subir al estrado, sino que se sentará alrededor de una mesa de directorio con el interrogador frente a él y el árbitro o el tribunal al costado, presidiendo la mesa. Evidentemente, esta ambientación es más amigable y permitirá una actuación más fluida por parte del testigo y menos tensa.

Respecto del miedo a declarar, conozco casos en que las personas literalmente se paralizan, sobre todo si es su primera experiencia judicial o arbitral. No es raro que una persona de a pie sienta mucho temor ante un juez o tribunal. Tuve la experiencia de un cliente que, teniendo la razón en un asunto fácil de ganar, prefirió no demandar para evitarse los avatares judiciales, o sea asistir a audiencias, verse frente a un juez y ser sometido a interrogatorios. No todos pueden soportar esta presión.

¿Qué persigue el abogado que ha pedido la declaración de un testigo a quien interrogará con preguntas abiertas? Según Quiroz (2015), el directo tiene cuatro objetivos: probar las proposiciones fácticas; vencer al juzgador sobre la veracidad de los hechos expuestos en cada una de las afirmaciones efectuadas, sea en la demanda o contestación; solventar la credibilidad del testigo; y presentar la evidencia que pruebe la tesis de aquel que ha ofrecido la declaración del testigo.

Buena parte de los objetivos señalados se logran con el interrogatorio escrito. Empero, el directo permite al abogado que ha llevado a declarar al testigo, que se prepare para el interrogatorio siguiente, es decir, el cruzado o *cross-examination*, que realizará el abogado de la parte contraria. De allí que, como lo señalé antes, no sea conveniente renunciar

al interrogatorio directo sino realizarlo con el convencimiento de que el testigo está bien preparado y a fin de que vaya haciendo “calistenia” para el contra interrogatorio.

Para concluir, no hay que olvidar la necesidad de propiciar la credibilidad en el testigo desde el comienzo del interrogatorio. El tribunal tiene al frente a quien le va a narrar una historia que puede creerla o no; por ello, mucho dependerá de la credibilidad que se logre a través del examen directo, es decir, que compruebe que el testigo es fiable, una persona honesta y con un lenguaje claro y sin defectos como tartamudeos o muletillas.

Hay que tener presente que el interrogatorio directo marca los límites de las siguientes etapas del interrogatorio, no pudiendo el abogado que contra interroga a continuación salirse de estos límites. Es decir, en el interrogatorio cruzado el abogado de la parte contraria sólo podrá referirse a los hechos descritos y a las repuestas orales contestadas en el interrogatorio directo.

5.6. *El examen cruzado*

i) Concepto

El examen cruzado es la traducción del muy conocido *cross-examination* del derecho anglo sajón o *common law*. También se le denomina contra interrogatorio o contra examen. Para comprobar la importancia de este tipo de interrogatorio recordemos la famosa expresión del reputado procesalista norteamericano Wigmore, de comienzos del siglo XX, quien considera *al cross-examination* “*el arma más letal con que cuenta la humanidad para descubrir la verdad*”.

El contrainterrogatorio cruzado es aquél que realiza el abogado de la parte contraria a la que ha ofrecido la declaración del testigo que acaba de terminar de prestar su interrogatorio directo. Va, pues, a declarar res-

pondiendo las preguntas que le haga el abogado del adversario. De allí que el testigo no sólo requiere una adecuada preparación sino serenidad y habilidad para responder, pues lo que el mencionado letrado buscará es que el testigo se contradiga o se retracte de lo declarado en el directo o incurra en contradicciones y, si no lo logra, al menos tratará de hacerle perder credibilidad frente al tribunal. Este interrogatorio suele hacerse a través de las llamadas preguntas sugestivas que, en su texto contienen la respuesta, requiriéndose del testigo únicamente su afirmación o negación de las preguntas así formuladas. Las trataré más adelante.

Las preguntas sugeridas o sugestivas u orientadas, únicamente están permitidas en el interrogatorio cruzado. Las Reglas IBA disponen en el artículo 8.2 que las preguntas y repreguntas efectuadas a un testigo durante su interrogatorio “no deberán inducir irrazonablemente sus respuestas”, de modo que no se perturbe el derecho a la libertad y la espontaneidad del testigo y que éste, aun cuando esté presionado, no debería sentirse acosado.

Las Reglas IBA también hacen una mención breve pero importante al examen cruzado en el art. 8.3 b), al establecer que “tras el interrogatorio por la parte que ha llamado al testigo cualquier otra parte podrá interrogar a dicho testigo en el orden fijado por el tribunal arbitral”. Está, pues, allí contemplado el examen cruzado, aunque las Reglas no usen esta denominación.

Hay coincidencia en la doctrina —Serra, Parra, Carofiglio, Quiroz y muchos autores— acerca de la finalidad del examen cruzado, de la forma de preparar al testigo para un interrogatorio cruzado, del modo de formular las preguntas, qué preguntas deben hacerse, cuándo debe formularse un interrogatorio y cuándo uno debe abstenerse de hacerlo, en qué momento es preciso cortar el interrogatorio cruzado e incluso también hay que señalar cuáles son los errores en los que incurren los abogados al usar esta arma. Trataré de abordar la mayoría de estos

temas, guiándome más por la opinión de especialistas, puesto que mi experiencia en este tipo de interrogatorios es limitada.

ii) Finalidad del examen cruzado

Quiroz (2015) indica que el objetivo del conainterrogatorio es refutar el testimonio prestado en el examen directo, pero de una manera “pensada, razonada, no improvisada”. Para ello, el interrogador puede ayudarse con alguna evidencia de refutación, como podría ser la declaración previa que tenga una versión distinta del testigo o un documento que contenga algo diferente. Por su parte, Pabón señala que el interés de hacer el interrogatorio cruzado va por el lado de la refutación y que sus tres finalidades básicas son:

a) [...] reducir la credibilidad del testigo por sus condiciones subjetivas, vale decir, en dirección a su falta de idoneidad. b) Desvincular las afirmaciones o negaciones realizadas en la declaración directa [...] porque ha mentado, porque ha exagerado su conocimiento [...], porque ha entrado en contradicciones [...] porque ha presentado una versión falsa por omisión o error, entre otras. c) Obtener datos, citas o referencias que el testigo pudo haber silenciado y que de ser reveladas pueden generar conclusiones diferentes o hacer menos creíble el contenido del testimonio directo (citado por Quiroz 2015: 133).

Finalmente, el profesor italiano Carofiglio (2010) indica que hay diferentes modalidades en función de lo que se desea; por ejemplo, si es atacar las respuestas del testigo corresponde hacer lo que él llama “el interrogatorio destructivo”, pero también precisa que otra posibilidad es echarse abajo el testimonio directo “atacando la fiabilidad del testigo”, existiendo un tercer modelo de interacción con testigos desfavorables que consiste en “dirigir su ataque al núcleo mismo del testimonio directo”. Su objetivo es demostrar que la historia que el testigo ha relatado no puede ser creída porque está plagada de falsedades o se trata de una

historia absolutamente increíble desde el punto de vista científico. En este caso, señala Caroffiglio “el método consiste en desmontar el relato para invalidar la declaración” (2010:42).

iii) ¿Cómo desacreditar al testigo?

Cymrot nos dice cómo atacar la credibilidad de los testigos señalando que el abogado interrogador debe seguir los siguientes pasos: “a) *highlight inconsistencies, errors or areas of confusion in the witness testimony*; b) *establish the witness bias prejudice, either in favor of the proffering party or against the examining party*; or c) *establish the witness’s pecuniary interest in the dispute*” (2007: 55).

Por su parte, Tawil da varias recomendaciones, como la mayoría de autores que tratan el tema del *cross-examination*, indicando que es conveniente hacer listas de posibles preguntas; estar preparado para respuestas imprevistas; seguir un orden lógico en el interrogatorio, pero apuntando siempre hacia la finalidad última, que es desacreditar el interrogatorio directo del interrogado. Para obtener dicho resultado indica que “(...) *examiners will normal intend to privilege close-ended questions, requiring either ‘yes’ or ‘no’ answers from a witness, instead of open-ended questions, which could afford the witness both the opportunity to escape from the planned examination road as well as further develop por amend errors in which he or she could have incurred*” (2004: 458).

Es evidente que el referido consejo tiene toda la rigurosidad del caso. Las preguntas deben ser cerradas e, incluso como ya he explicado, para ser respondidas afirmativa o negativamente. Si el interrogador comete el error de formular preguntas abiertas, el interrogado podrá irse por las ramas o responder y aclarar lo que dijo y quiso decir en el directo pero que olvidó hacerlo. Como el interrogatorio debe estar bajo el control del preguntante, es evidente que no debería permitir que su interrogado aclare respuestas y sin olvidar que el interrogatorio cruzado no tiene por objeto descubrir la verdad sino, básicamente, como ya lo

hemos señalado, desacreditar tanto la declaración escrita como el llamado interrogatorio directo.

iv) Habilidad para preguntar: preparación

El mismo Tawil (2004) señala que la habilidad para formular el interrogatorio cruzado no solamente debe consistir en saber lo que el testigo dijo por escrito o ha respondido en el interrogatorio directo, al cual necesariamente debe asistir tomando notas, sino que también debe conocer al testigo, es decir, cuál es su forma de vida, sus intereses, sus experiencias profesionales, sus amigos, aprendiendo lo más posible acerca de su vida y experiencias, inclusive revisando sus publicaciones y páginas web. Por ello, el autor concluye afirmando que “*The more the examiner knows about the witness, the best are the chances to perform a good cross-examination*” (2004: 459).

Tawil recuerda que los abogados experimentados saben que los casos no se ganan con un interrogatorio, pero sí se pueden perder. Para ello, recomienda “[*devoting*] enough time and resources in order to attain due preparation for a hearing is always a basic recommendation in this regard” (2004: 463). Claro que sí, para preguntar con acierto siempre es indispensable la preparación exhaustiva y a profundidad, probablemente llegando a límites que no se conocen en la práctica arbitral en el Perú y menos en la judicial. Ello demanda mucho tiempo, es verdad, pero si se quiere obtener éxito con el interrogatorio cruzado no hay otra solución. Lo peor que se puede hacer es improvisar porque lo único que le conseguirá será una pérdida de tiempo para el testigo y sobre todo para el Tribunal.

“Es muy raro ver un buen interrogatorio cruzado, dice Francisco González de Cossío (2017: 34). Es sorprendente la cantidad de muy buenos abogados que no sabe hacer una examinación cruzada. No sólo no saben, sino que no saben que no saben”.

La única forma de hacerlo bien es aprender de los que saben y luego prepararse a profundidad. Si el interrogatorio no está muy bien preparado a lo cual, como ya he dicho, debe dedicar horas, es prácticamente imposible que haga un buen examen cruzado.

v) *Decisiones importantes del interrogador*

Un tema relevante en el *cross-examination* es tomar la decisión de si se lleva a cabo o no este interrogatorio. Aunque parezca obvio, no es una obligación formular el examen cruzado. Se podría decir que el único interrogatorio obligatorio es el directo, pero luego debe venir el análisis del abogado experimentado, del abogado talentoso, de aquel que tiene mucha experiencia para definir si es que es conveniente o no formular el examen cruzado al testigo.

A veces esta decisión se toma antes de la audiencia. Sin embargo, por lo general la decisión final se adopta durante la audiencia, ocasión en la cual, luego de haber leído la declaración escrita del testigo, lo ve desempeñarse en el examen directo, si es claro y responde con comodidad, si es tranquilo, si tiene facilidad de palabra y, otras cualidades o, por el contrario, si advierte que tiene defectos como ponerse nervioso, tartamudea, no mira a los ojos o tiene *tics*.

También ayudará a tomar la decisión si el interrogado es muy firme en sus respuestas durante el directo y el interrogador no le encuentra contradicciones con declaraciones anteriores o con documentos firmados. En ese caso, sería perder el tiempo, y hacérselo perder al tribunal, a quien no le agradecería para nada este interrogatorio absolutamente innecesario, como lo he señalado anteriormente.

Otra decisión importante que tomar consiste en saber cortar el interrogatorio en el momento oportuno. Cymrot señala: “[our] debate tells you something else about cross-examination: when to examine and when to sit down is more easily seen in retrospect than at the moment. Lawyers

attempt feats they cannot accomplish. Or they ask one question too many and muddle otherwise helpful testimony. Or they allow the adverse witness to explain away a damaging answer. Someone once wrote there are more suicides than homicides in cross-examination” (2007: 58).

Esta última frase, tan grave, demuestra que el cruzado no sólo es peligroso para quien depone sino para quien interroga, pues con una sola pregunta de más puede hacer perder el mérito a todas las respuestas obtenidas hasta ese momento. De allí que el interrogador jamás debe extender el examen más allá de lo estrictamente necesario. No es infrecuente insistir en aras de la claridad; sin embargo, esto no es recomendable en el interrogatorio cruzado.

En un caso de responsabilidad médica (1990), interrogué a un perito médico y al advertir que lo iba doblegando consideré que era mi oportunidad para desacreditarlo totalmente. Felizmente no cometí algún error, porque la jueza cortó el interrogatorio, con la objetividad del caso, comprendiendo que no tenía sentido mi insistencia y reiteración.

Más adelante transcribiré dos interrogatorios referidos por Carofiglio (2010), de los que se desprende que hay testigos que no es conveniente llevar a declarar, así como también las graves consecuencias de un interrogatorio mal hecho.

vi) Las preguntas en el cruzado

Cymrot señala que “*The questions are short and assertive; they do not need to be in the form of a question, except in the inflection of the voice. If necessary for clarity, the phrase “Is that correct?” or “Is that your testimony?” can be added at the end. Never say, “Isn’t that correct?” which makes the answer ambiguous. With “isn’t” you do not know whether “yes means the statement is correct, or yes, isn’t correct” (2007: 59).*

El mismo Cymrot, que no solamente es autor de libros y artículos sobre arbitraje sino también miembro de un reputado bufete de abogados en Washington DC, dice lo siguiente: “*A classic technique is to construct a series of questions where the witness should only answer ‘yes or no’. The examiner thus tells the history with the witness serving as a foil. If the witness strays from the desired answer, the examiner brings him back to the script with a contradiction from a prior statement or document*”. (2007: 59).

Observe el lector, entonces, la diferencia entre las preguntas del cruzado con las del interrogatorio directo. En este último, recordemos, las preguntas son abiertas y favorecen que el declarante se explaye hasta donde considere conveniente. En el cruzado por el contrario se suele recurrir a las preguntas que sólo admiten una respuesta afirmativa o negativa y siguiendo una secuencia lógica, a menos que el interrogador decida valerse de la fórmula del zigzag, que veremos más adelante.

Volviendo a los consejos y las decisiones importantes, a veces decisivas, que debe tomar el interrogador, Cymrot afirma:

The cardinal cross-examination rule —do not ask a question to which you do not know the answer— is much harder to adhere to in arbitration. When venturing in to the unknown the examiner must have greater skill and a keener feel for human nature. Untested topics must be approached carefully with indirect question that explore the witness’s inclination without committing to the directly relevant question. Cutting off the examination and running is not cowardly, it is prudent. (2007: 62).

La última parte de la cita anterior tiene relación con el tema anterior relacionado con decisiones importantes que tomar. Una de éstas, como recordamos, es cuándo cortar el interrogatorio. Hacerlo oportunamente, como hemos visto, es un acto de prudencia.

Para concluir el análisis que hace el mencionado profesor, es muy interesante advertir la importancia que le da a las Reglas IBA sobre actuación de pruebas. Destaca la relevancia que tiene el *cross examination* a partir de dichas Reglas:

[...] These rules are a compromise between the civil code and common law systems, with a healthy dose of practicality thrown in. Direct evidence is presented in advance of the hearing through written witness statements—a concession to practicality—. Witnesses are then required to appear at the hearing and subject themselves to the opponent's questions. The IBA's inclusion of cross-examination reflects the strong bias of common law lawyers—found in Professor Wigmore's frequently quoted testament to cross-examination (...) (2007: 56).

El último punto sobre las preguntas en el cruzado, es el que se relaciona con las *leading questions* o preguntas inducidas, a las que dedico un sub capítulo aparte. Basta decir, por el momento, que estas preguntas deben ser cerradas, respondidas con un “sí o no” y sólo proceden en el examen cruzado. Antes veré unos interesantes ejemplos de interrogatorio cruzado, aunque lamentablemente son jurisprudencia extranjera porque en el Perú no abundan los casos sobre interrogatorio cruzado revisados por la Corte Suprema en casación.

vii) Ejemplos de interrogatorio cruzado

Carofiglio es un autor muy interesante porque, como señala Atienza en el prólogo de “El arte de la duda” (2010), no solamente es un profesor y autor de obras jurídicas sino también literarias. Lo más extraño fue lo que le ocurrió con la primera obra jurídica que escribió y que, como es fácil suponer, tuvo un tiraje reducido. Al poco tiempo el editor solicitó a Carofiglio su autorización para hacer una nueva edición y en mayor cantidad de ejemplares, puesto que la primera edición se había agotado contra todo pronóstico. El autor, pues, además de ser un especialista en

derecho procesal penal, tenía una vena literaria que desconocía. También, ocurrió lo que suele suceder y es que las novelas sobre procesos judiciales, si son bien escritas y con referencia a casos verdaderos son un éxito de librería, como en efecto ha ocurrido con las obras de Carofiglio.

En “El arte de la duda”, se vale de un método muy interesante, que consiste en narrar un elevado número de interrogatorios para luego sacar relevantes conclusiones jurídicas, muy útiles para la práctica profesional. Siendo los casos que narra muy ilustrativos, me limitaré a tomar dos ejemplos contenidos en el mencionado libro.

El primero está en el Prefacio de su obra, en el que Carofiglio señala que “un hombre estaba acusado del delito de lesiones porque en el curso de una pelea había mordido a su adversario en la oreja y le había arrancado un trozo. Ahora tocaba al defensor de la víctima interrogarlo para intentar poner en duda la fiabilidad de su relato que había dado anteriormente. El interrogatorio se desarrolló de la forma siguiente:

Abogado: Así pues ¿usted afirma que mi cliente le arrancó la oreja al ofendido?

Testigo: Sí.

Abogado: ¿A qué distancia de la pelea se encontraba usted?

Testigo: A unos 20 metros o puede que algo más.

Abogado: ¿Qué hora era?

Testigo: Las nueve de la noche.

Abogado: ¿Y ustedes están afuera en el estacionamiento del supermercado? ¿Es exacto?

Testigo: Sí.

Abogado: ¿El estacionamiento está bien iluminado?

Testigo: No mucho.

Abogado: ¿Podremos decir que ocurrió todo a medio oscuras?

Testigo: Sí, algo así, no había mucha luz.

Abogado: En tal caso permítame usted recapitular, los hechos sucedieron a las nueve de la noche en un estacionamiento mal ilumina-

nado y usted se encontraba a más de veinte metros del lugar preciso donde se estaba desarrollando la pelea. ¿Es exacto?

Testigo: Es exacto. (2010: 21).

Antes de continuar, Carofiglio hace la siguiente reflexión:

En este momento el defensor hubiera debido interrumpir su interrogatorio tal como indican los manuales. Tenía en su haber un resultado útil que a lo largo de la vista le permitiría atacar ese testimonio sobre la base de que en aquellas condiciones era imposible que el testigo hubiera visto al acusado morder al ofendido. Una de las reglas fundamentales del cross-examination prescribe no hacer ni una sola pregunta de más porque de lo contrario podemos echar a perder un resultado brillante, cuando no, incluso, acabar dándole la vuelta. En este caso el letrado no se atuvo a la regla (2010: 22).

Luego de este atinado comentario el autor nos hace ver cómo acabó el interrogatorio:

Abogado: ¿Y pretende usted hacernos creer que en esas condiciones le fue posible ver cómo mi cliente le arrancaba a su adversario un pedacito de la oreja?

Testigo: Es que yo no le vi arrancárselo...

Abogado: Entonces ¿cómo sostiene usted que...?

Testigo: ... Yo lo que vi fue como luego lo escupía (2010: 23).

Evidentemente, el haber incumplido la regla antes comentada, como lo demuestra el ejemplo, fue un grave error porque lo que podía haber sido un buen interrogatorio, se convirtió en uno desastroso.

El último ejemplo que tomamos de “El arte de la duda” es el caso de un asesinato del que se culpa a tres mafiosos. El testigo es un inspector de Policía que dice haber visto a los tres acusados pocos minutos antes

de cometerse el crimen. Veamos primero el interrogatorio directo practicado por el Fiscal:

Ministerio Fiscal: ¿En qué unidad presta usted servicio?

Testigo: En la brigada móvil. Unidad de homicidios.

Ministerio Fiscal: ¿Conoce a los tres acusados?

Testigo: Muy bien a los tres.

Ministerio Fiscal: ¿Cuándo fue la última vez que vio a los tres en libertad?

Testigo: El 5 de marzo de 1994. El día que mataron a X.

Ministerio Fiscal: ¿Puede indicar con precisión en qué circunstancias?

Testigo: Sí. Yo iba caminando por la avenida Mazzini y ví que ellos tres se acercaban por la calle Pascoli. Ticio y Sempronio venían por la acera ... por la acera de la derecha según se mira desde la avenida Mazzini, mientras al mismo tiempo Cayo venía por la izquierda, los tres a la misma altura, paralelos y a paso apresurado.

Ministerio Fiscal: ¿Qué hora era?

Testigo: Las 19.54.

Ministerio Fiscal: ¿Redactó usted el informe de servicio?

Testigo: Sí, lo puse todo por escrito.

Ministerio Fiscal: No tengo más preguntas, gracias (2010: 99-102).

Hasta acá el interrogatorio directo, el cual es formulado según las reglas que hemos explicado con anterioridad, o sea en base a pocas preguntas lo suficientemente abiertas para que el testigo pueda explayarse. Luego el autor transcribe la parte más importante del contrainterrogatorio para poder estudiar si cumple las reglas como ha ocurrido con el directo:

Abogado: ¿Cómo pudo usted anotar; ¿así con tanta precisión, que los había avistado a las 19:54?

Testigo: Miré el reloj.

Abogado: Cuando escribió el informe, ¿conocía a qué hora precisa se había cometido el crimen?

Testigo: Al 113 habían llamado a las 20.09; eso era lo que sabíamos con exactitud. El asesinato debió de producirse unos dos o tres minutos antes.

Abogado: ¿A qué hora escribió el informe?

Testigo: Poco después. La hora exacta no le puedo decir. Si está interesado en el particular, mirando en el ordenador donde escribí el informe podemos comprobar a qué hora lo escribí, exactamente.

Abogado: El particular en el que estoy interesado es este otro: en cómo se explica que haya podido usted especificar con semejante precisión esa hora, las 19.54, que —qué casualidad— cuadra perfectamente con la hipótesis de la acusación. No escribió usted “alrededor de las 20.00”, o “poco antes de las 20.00”, ni ninguna otra frase por el estilo: escribió “a las 19.54”, con absoluta precisión. ¿Cómo es posible que varias horas después lo recordara al minuto?

Testigo: Lo anoté.

Abogado: ¿Qué quiere decir?

Testigo: Verá, abogado, yo siempre llevo encima una pequeña agenda. Cuando observo alguna cosa de interés, la anoto ahí; y siempre que tomo nota de algo, también apunto la hora.

Abogado: En tal caso, seguro que lleva la agenda encima, en este momento...

Testigo: Sí.

Abogado: Y puesto que los hechos son de este año, aún se podrá localizar la anotación.

Testigo: Claro.

Abogado: ¿Podemos ver esa agenda?

Testigo: Claro.

El presidente hace constar en acta que el testigo muestra una pequeña agenda de bolsillo; queda registrado en acta que se procede a examinar la página correspondiente al día 5 de marzo del año en curso y que en dicha página figura la siguiente anotación: “Calle Pascoli mi-

rando hacia avenida Mazzini, Ticio, Cayo y Sempronio juntos, hora: las 19.54” (2010: 101-102).

Sin duda de ningún género, como dice Carofiglio, la parte que contrainterroga ha obtenido un resultado catastrófico. Por mi parte, puedo añadir que la transcripción de estos dos interrogatorios nos permite ver que el directo estuvo bien formulado, mientras que el contrainterrogatorio estuvo pésimamente desarrollado porque no se debe preguntar sobre lo que no se conoce la respuesta.

Hasta acá he visto los errores que no se debe cometer durante el *cross-examination*. Veré ahora lo que sí se debe hacer siguiendo las recomendaciones expuestas por Bishop y Carter (2004). Ellos hacen una lista de reglas básicas o consejos que aportan muchas luces sobre cómo conducir exitosamente un *cross-examination*. Para los arbitrajes internacionales, pero la gran mayoría también pueden aplicarse en los arbitrajes domésticos.

Algunas de las reglas que cito a continuación están orientadas a lo que tanto se ha insistido, que es la preparación del testigo y del interrogador y también a una apropiada ejecución del interrogatorio:

1. *Be brief, short, and succinct (...). Never make more than three points on cross-examination.*
2. *Use short questions and plain words.*
3. *On cross-examination never ask anything but leading questions. Put words in the witness' mouth.*
4. *Be prepared. Never ask a question to which you do not know the answer. This is not the time to find out what the case is about.*
5. *Listen to the answer.*
6. *Don't quarrel with the witness.*
7. *Avoid repetition – never permit the witness to repeat what he said on direct examination (if judge hears it twice, he probably will believe it).*

8. *Never permit the witness to explain anything*
9. *Avoid the “one question too many”*
10. *Save the ultimate point for summation (pull it together and explain it on summation) (2004: 556-557).*

Estos consejos pueden sintetizarse en tres grandes conclusiones para tener éxito en el *cross-examination*, que Bishop y Carter denominan cualidades: “*To do it better than competently, to do it superbly, requires a convergence in one cross-examiner of three qualities: The first quality is experience [...]. The second is talent and the third quality is technical mastery. [...] The chief, the central principle of advocacy in all its parts and in every aspect, is preparation*” (Bishop y Carter 2004: 388-389). Nuevamente se incide en la preparación.

De otro lado, los autores antes citados, a diferencia de otros que me han permitido realizar la presente investigación, no se limitan a narrar sus experiencias, y eventualmente dar consejos sobre cómo hacer las preguntas y cómo ganar el proceso, todos los cuales están dirigidos a los abogados de las partes; Bishop y Carter (2004) también recomiendan a los árbitros que, una vez terminada la audiencia, no deben retirarse sino quedarse en el mismo local de la audiencia para hacer los comentarios pertinentes respecto de la audiencia y, de ser posible sacar conclusiones preliminares sobre cómo será el fallo final. Estoy plenamente de acuerdo con esta recomendación, ya que así se saca ventaja de la inmediatez y concentración, antes comentadas.

Un último elemento necesario para tener éxito en el interrogatorio: el interrogador debe tener una estrategia.

Al respecto, Hyam, citado por Carofiglio, afirma lo siguiente: “*El fundamento estratégico de todo cross-examination eficaz radica en planificar la secuencia de las preguntas según el esquema de una argumentación, de modo tal que cada pregunta constituya un paso dentro del progresivo desarrollo de la argumentación completa*” (1995: 96).

Ésta es una estrategia. Puede haber otras, como podría ser un interrogatorio en zigzag, es decir avanzar cronológicamente y, de pronto regresar en el tiempo, para luego retomar el hilo inicial y así sucesivamente a fin de sorprender permanentemente al testigo. Pero lo que no se puede hacer es “ir de pesca”, frase muy común que se atribuye al interrogador que pregunta sin ton ni son, es decir, en la carencia absoluta de un norte definido, de un plan predeterminado, como se aconseja, para ver si en una de esas logra una respuesta favorable a su tesis de defensa.

viii) Crítica al cross-examination

Si bien es cierto que la mayoría de autores, principalmente norteamericanos y, en general, todos aquellos que pertenecen al sistema anglosajón, opinan favorablemente respecto del *cross-examination* y éste se encuentra muy extendido en la práctica de los procesos judiciales y de los arbitrajes, también existen críticos a esta herramienta procesal.

Michelle Taruffo, conocido profesor italiano, no sólo es una autoridad en los temas de prueba, sino que tiene la virtud de conocer los sistemas procesales in-situ, ya que con mucha frecuencia es invitado a dictar conferencias en universidades norteamericanas, lo que le permite conocer bien cómo funciona en la práctica el *cross-examination*.

Ya he tenido oportunidad de mencionar que para Taruffo (2012), el *cross-examination* es un mito, explicitado en la creencia de que a través de él se puede descubrir la verdad, apoyada básicamente en la conocida frase de Wigmore. Efectivamente, los seguidores del famoso procesalista norteamericano han desarrollado y ampliado los argumentos a favor del *cross-examination*.

Taruffo (2012) reconoce que el *cross-examination* suele tener mucho éxito, pero en los llamados juicios por jurado, es decir, donde no es el juez quien decide, sino que la culpabilidad o inocencia del procesado es determinada por doce ciudadanos que no son abogados. Es com-

previsible que un sistema de preguntas y respuestas formuladas con gran efectismo y con un absoluto dominio del lenguaje oral y corporal por parte del interrogador pueda llegar a tener mucha influencia en legos en asuntos legales. Éste no es un sistema en el que quien resuelve es el juez o un árbitro, a quienes por cierto no es fácil influir con armas como las que se utilizan con el *cross-examination*. Sin embargo, el examen cruzado surte efectos definitivamente ante un jurado. Por otra parte, en el segundo caso extraído del “Arte de la duda” de Carofiglio, antes comentado, he comprobado cuán negativo puede ser cuando no se le sabe examinar. De allí que en mi opinión el cruzado es un arma de doble filo.

Volviendo a Taruffo (2010), en “Simplemente la Verdad” afirmaba que el *cross-examination* no tiene valor epistémico porque es completamente ineficaz para el descubrimiento de la verdad, aunque sí lo es para descubrir las mentiras. Él pone en evidencia que “*la función principal del cross-examination no consiste en la búsqueda de la verdad sino en efectuar una especie de performance ritual, cuyo objetivo primario es influir sobre la emotividad de los jurados más que estimular sus facultades racionales y cognitivas*” (Taruffo, 2010: 183). El autor viene haciendo una crítica respecto de los dos sistemas que existen actualmente en el mundo en materia penal, el adversarial y el acusatorio. Sin embargo, la crítica es perfectamente aplicable a los sistemas civiles y también al arbitraje, puesto que el autor italiano critica tanto el sistema en que el interrogatorio está en manos del juez como en aquellos procesos en los que la formulación del mismo corresponde a las partes.

Además, Taruffo señala lo siguiente:

En resumen, lo que está escrito en los manuales que enseñan las tácticas y las estrategias de la *cross-examination* es que ésta debe dirigirse a “destruir” o a “masacrar” el testigo del adversario, sobre todo —y esto es digno de ser notado—, cuando quien interroga sabe que ese testigo ha dicho la verdad. La práctica del *cross-examination* se presta a abusos y vejaciones de todo tipo, que tienen cabida en el “mental duel”

y en el “genuine combat” que se desarrolla entre el abogado y el testigo: mientras más hábil y desprejuiciado sea el abogado, y más débil psicológicamente sea el testigo, más exitosa será la cross-examination, aunque resulte en una prevaricación en perjuicio del testigo. Es útil recordar, desde esta perspectiva, que se ha sostenido que la victoria lograda en una cross-examination es la victoria de una “trained curial assassin ambushing an easy target”: una expresión algo fuerte, pero que ofrece una idea precisa del fenómeno (2012: 194-195).

Evidentemente, el autor al hacer esta crítica se está refiriendo al *cross-examination* norteamericano, que conoce a profundidad, en el cual, los actores principales son los abogados de las partes y el juez asume una labor pasiva. No obstante, como ya lo he señalado, él reconoce la posibilidad de encontrar un método epistémicamente válido, en el cual, no solamente las partes puedan interrogar y contrainterrogar a los testigos, propios y ajenos, sino que también pueda hacerlo el juez.

Así, en su obra del 2010, Taruffo concluye con una frase que nos podría llevar a las Reglas IBA. Señala, después de criticar al *cross-examination* norteamericano, que debe buscarse:

[...] un sistema en el que todas las partes tengan el poder de interrogar y contra-interrogar a todos los testigos sobre todos los hechos de la causa y en el que también el juez o el árbitro tenga el poder de interrogar a todos los testigos sobre cualquier circunstancia relevante para la decisión. El juez y las partes debieran tener, además, la posibilidad de formular a todos los testigos preguntas que apunten a verificar su credibilidad, su imparcialidad respecto de las partes y el objeto de la causa y la fiabilidad de sus declaraciones” (2010: 183-184).

No obstante que el autor no hace referencia a las Reglas IBA, o en todo caso no les ha prestado mayor atención porque su interés está orientado hacia los procesos civiles y penales y no a los procesos arbi-

trales, las Reglas IBA constituyen un buen ejemplo de lo que el autor italiano considera como admisible para efectos del *cross-examination*. Y, efectivamente, en las Reglas IBA está permitido el *cross-examination*, ya que según el artículo 8.3 el testimonio oral de una audiencia probatoria se realizará tras el interrogatorio por la parte que ha llamado al testigo y que cualquier otra parte podrá interrogar a dicho testigo en el orden fijado por el tribunal arbitral. De allí que para concluir esta crítica por parte del maestro Taruffo es posible encontrar el término medio al que él alude en sus críticas, en las Reglas IBA, como acabo de demostrar.

ix) Reflexiones sobre el cross-examination o cruzado

Luego de haber revisado las opiniones de autores extranjeros, tanto del *common law* como del *civil law* y de importantes autores nacionales, penalistas unos y arbitralistas otros, así como de revisar dos casos auténticos de interrogatorios directo y cruzado, puedo adelantar algunas conclusiones preliminares, referidas únicamente al examen cruzado o *cross-examination* en el arbitraje:

- a) Estimo que, si el abogado no cuenta con pruebas documentales concluyentes, el *cross-examination* puede convertirse en el medio de la prueba más importante y, eventualmente, en la clave del éxito. Obviamente, sugeriríamos seguir las recomendaciones, consejos y reglas citadas en este sub – capítulo y en muchos libros sobre la materia.
- b) Debe tenerse presente que el *cross-examination* es un arma peligrosa, es decir, de doble filo. Así como puede conducir al abogado a obtener éxito, lo cual es menos frecuente de lo que se ve en las películas, no por ello es imposible. Al mismo tiempo y esto sí es más probable, puede ser la causa de una gran derrota. En los casos expuestos por Carofiglio (2010), se ha podido advertir claramente lo impactante y perjudicial que puede ser un *cross-examination* mal procesado.

- c) Hemos comentado frases como “Con un *cross-examination* no se gana un proceso, pero sí se pierde”, “En una sala de audiencias a la hora del *cross-examination* hay más suicidios que homicidios”, etc., aludiendo a los efectos negativos del *cross-examination*. Pero, también, se puede resumir las recomendaciones más importantes de la doctrina del interrogador para el éxito del cruzado:
- La preparación es fundamental.
 - Es importante tener un listado de temas y no de preguntas porque el interrogador casi no tendrá tiempo para leer y sobre todo porque el interrogatorio es muy dinámico y, a veces, con respuestas imprevistas. Basta tener un apunte con los cinco o seis objetivos concretos a alcanzar.
 - La estrategia a seguir más recomendable es planificar la secuencia de preguntas tratando de seguir una determinada argumentación. Hay otras estrategias, pero siempre debe seguirse una.
 - Nunca debe uno aventurarse a preguntar sin saber la respuesta.
 - Es mejor hacer pocas preguntas y de preferencia concretas y cortas. Cuando sea necesario (y se cuente con cierto respaldo documental) es posible hacer las llamadas *leading questions*.
 - Nunca se debe hacer preguntas abiertas.
 - Se debe saber perfectamente cuándo cortar el interrogatorio.

Sería conveniente que exista una legislación peruana expresa en el arbitraje y no simplemente las Reglas IBA, que son *soft law*. En mi contacto con el arbitraje moderno he tenido varios casos en los que propuse la aplicación de las Reglas IBA y obtuve respuestas negativas de otros árbitros o de los abogados de las partes. Todavía son pocos los abogados que conocen estas reglas y que estén dispuestos a hacer un arbitraje

actualizado y moderno. Si las tornamos obligatorias, ayudaríamos a su inmediata e ineludible aplicación. En todo caso los mejores o más conocidos centro de arbitrajes vienen cumpliendo este objetivo cuando actualizan sus reglamentos de arbitraje, lo que acertadamente se hace con relativa frecuencia

5.7. Interrogatorio redirecto

Las cartas están completamente jugadas, el tribunal conoce lo que ha ocurrido, primero, al leer la declaración del testigo ofrecido por una de las partes y, luego, al comprobar cómo ha respondido el interrogatorio cruzado. Veamos entonces en qué consiste el redirecto.

Como bien señala Angulo “[...] *el redirecto constituye una segunda y última oportunidad de efectuar preguntas al testigo que se ha llevado a la audiencia, inmediatamente después que se le hubiera contra interrogado*” (2007: 54). Asimismo, el especialista en materia penal indica: “*No estamos obligados, ni estratégica, ni sustantivamente a efectuar un re directo, debemos hacerlo únicamente en aquellos casos que sea necesario. Ciertamente será necesario cuando es imperativo hacer una aclaración o cuando el testigo necesite ser re habilitado*” (2007: 57).

Estando en las circunstancias descritas, las Reglas IBA permiten al abogado que ofreció la prueba en primer término y formuló las preguntas en el interrogatorio directo, corregir o aclarar la declaración prestada en el examen cruzado y ayudar al testigo a explicarse mejor respecto de las contradicciones en que hubiera incurrido en el cruzado. Ésos son fundamentalmente los objetivos del redirecto.

Las preguntas deben circunscribirse a los hechos y preguntas que se han desarrollado en el examen cruzado. En otras palabras, el que ha ofrecido la prueba no puede aprovechar el examen re directo para formular preguntas al testigo sobre hechos que no fueron mencionadas en el examen directo. Esa no es la idea del examen re directo, sino única-

mente permitirle al testigo que se explique mejor y, hasta cierto punto, que defienda lo declarado, primero por escrito y después en el directo, siempre que estas declaraciones hayan sido atacadas en el examen cruzado.

En la mayoría de los casos es posible, ayudar a rehabilitar al declarante cuando ha incurrido en olvidos y hasta en confusiones, pero no cuando el testigo ha incurrido en contradicciones, casos en los que no hay forma de salvar la declaración mal hecha. Esto suele ocurrir cuando el testigo ha inventado hechos y no ha cumplido con la regla de oro de toda declaración, que es decir la verdad. En esta hipótesis, como digo, no hay quien salve al testigo mentiroso porque es muy fácil que el abogado de la parte contraria advierta los errores, contradicciones y mentiras hechas en el interrogatorio directo desaprovechando la oportunidad para desprestigiar al testigo, lo que hará explícito en el examen cruzado si tiene las habilidades para hacerlo y, por supuesto, si está bien preparado.

Sin embargo, como no es frecuente que en un arbitraje desarrollado según las Reglas IBA un testigo mienta descaradamente, sino que, por lo general, comete olvidos o se expresa mal, hemos visto en algunos arbitrajes que, con dos o tres preguntas bien formuladas, es posible rehabilitar al testigo, logrando que se exprese mejor y salga de la difícil situación en que lo pueden haber puesto en el cruzado, repito si sus errores no son graves.

Como el examen cruzado consiste fundamentalmente en un ataque contra lo que ha dicho el testigo en su declaración, es probable que se haya confundido o, incluso, haya sido inducido a decir hechos que no son ciertos por lo difícil que puede ser contestar las *leading questions*. Lo que se requiere en el re directo es la intervención de un abogado capacitado, que le permita al testigo que recupere su estado de ánimo, así como la necesaria tranquilidad para responder correctamente. Por eso,

muchas veces el examen redirecto consiste simplemente en preguntas aclaratorias.

El marco del cuadro al que hacía referencia Blackaby, cuando se refería al examen redirecto, citada anteriormente, solamente será puesto en la “obra de arte” si es que fuera imprescindible hacerlo. En caso contrario o de no estar seguro de poder rehabilitar a su testigo, mejor será abstenerse de formular el re directo.

5.8. Interrogatorio recruzado

Las Reglas IBA no hacen una referencia particular a este interrogatorio porque es poco utilizado y, por lo general se convierte en una reiteración del cruzado. El impacto más potente por parte del abogado contrario lo logra con un magnífico *cross-examination*, es decir con la “obra de arte”, como la define Blackaby (2004). Luego, el testigo podría ser salvado como hemos visto, durante el re directo, ya que por lo general quedará un tanto afectado con el cruzado, aunque el abogado que ha ofrecido como prueba su declaración testimonial lo haya ayudado a responder acertadamente. ¿Es necesario que el abogado contrario recurra al re cruzado? La fuerte impresión que causa en un tribunal arbitral un examen cruzado bien ejecutado puede ser atenuada a través del examen re directo, pero los efectos rara vez desaparecen por completo. De allí que no sea frecuente el uso del re cruzado por ser una repetición del cruzado, pero sin la originalidad de éste.

En todo caso, lo interesante es que el proceso siempre es una confrontación dialéctica. Por un lado, está quien sostiene una tesis y, por el otro, quien afirma la antítesis. Así ocurre con estos cuatro interrogatorios: Pregunta A, y luego pregunta B; vuelve a preguntar A y nuevamente pregunta B.

A modo de resumen de las cuatro formas de interrogatorio, reitero que, el principal objetivo del interrogatorio directo es que el testigo re-

pita oralmente lo dicho en el *written statement* o declaración escrita. A continuación, el abogado contrario formulará el cruzado o *cross-examination*, tratando de que el testigo se contradiga o, por lo menos, quede desacreditado. El testigo puede ser salvado en el re directo. Finalmente, el *re-cross* servirá para que el abogado contrario reitere y profundice la tesis desarrollada en el examen cruzado.

6. *LEADING QUESTIONS*

De las diferentes formas para formular interrogatorios, que son el directo, el cruzado, el re-directo y re-cruzado, las *leading questions* son utilizadas únicamente en el interrogatorio cruzado. Son preguntas hechas bajo un control muy directo por quien hace las preguntas, las cuales contienen una afirmación que sólo debe ser respondida con un “sí” o un “no”, debiendo evitarse que el interrogado “se escape” de lo que el interrogador pretende. Nada dice la doctrina sobre las preguntas en el recruzado, pero tendría lógica que también sean sugestivas.

En realidad, una pregunta es denominada *leading question* o pregunta sugerida o dirigida cuando el interrogado solo puede asentir o negar lo que se le inquiera. Ya hemos visto que las Reglas IBA las permiten “siempre que no induzcan irrazonablemente sus respuestas” (artículo.8.2).

En los arbitrajes es común el empleo de las *leading questions*, en el examen cruzado siempre que se hayan aprobado las formas de interrogatorio que he señalado anteriormente. De lo contrario, podrían suscitarse discusiones entre las partes que tendrán que ser resueltas por el tribunal. En mi caso pienso que no autorizaría su uso si no ha sido acordado previamente.

Sinclair pone un ejemplo para demostrar que los árbitros no siempre están familiarizados con el *cross-examination*: “*In one recent arbitration a german arbitrator admonished the english cross-examiner for asking lea-*

ding questions, and instructed him only to ask questions commencing with: Who, what, where, when, how and why. This is of course diametrically at odds with normal practice and the advice repeated through the leading advocacy manuals for common law practitioners which insist “questions on cross-examination should be leading” (2004: 42-43).

Así como se ha visto el caso descrito, también me he encontrado en diferentes tribunales arbitrales en los cuales el redactar las reglas mis colegas árbitros no aceptan la aplicación de las Reglas IBA; y, por tanto, de las leading questions. Incluso, hay abogados que no conocen dichas reglas o que, conociéndolas, prefieren no someterse a ellas. Su aplicación en el Perú es frecuente en los arbitrajes internacionales, pero poco utilizadas en los arbitrajes domésticos.

Sin embargo, la pregunta sugerente o sugestiva —como la traducen Cabanellas y Hoague (2001)— no siempre es contraria a los fines de la justicia, puesto que en muchos casos son una ayuda prestada a la memoria del testigo. Angulo también ve este aspecto positivo cuando dice que “[s]e utiliza preguntas sugestivas, por lo general, cuando se tiene como objetivo recordar al testigo algunos hechos que olvidó” (2007: 108-189). Además, el autor señala que “muchos litigantes pueden mencionar el caso de la persona cuya memoria era manifiestamente clara durante la etapa preparatoria y de preparación del juicio y que sin embargo se derrumba al ocupar el estrado de testigos durante el debate” (2007: 188-189). Es lo que se conoce como un bloqueo temporal.

En resumen, la pregunta sugestiva tiene tres finalidades, por un lado, obtener respuestas concretas y favorables que de otra forma no serían tan precisas; en segundo lugar, ayudar a la memoria del interrogado; y, por último, tener permanentemente bajo control al interrogado y que éste “no se vaya por las ramas” respondiendo temas que no tienen nada que ver con el interrogatorio. Es común en la actuación del interrogatorio cruzado que el testigo conteste algo distinto a lo preguntado. Esto se evita con las leading questions, si el interrogador está en control,

pues no deben permitir una respuesta evasiva y, más bien, debe solicitarle al árbitro que le exija responder lo preguntado.

En contra de la posición de Angulo, declaradamente a favor de esta forma de preguntar, hay quienes consideran estas preguntas como “ilegítimas”. Tal es el caso de Parra que, citando el Código de Procedimiento Civil Colombiano, establece que “*cada pregunta versará sobre un hecho y deberá ser clara y concisa. Si no reúne los anteriores requisitos el juez la formulará de la manera indicada. Cuando la pregunta insinúe la respuesta, deberá ser rechazada. Sin perjuicio de que una vez finalizado el interrogatorio el juez la formule eliminando la insinuación, si la considera necesaria*” (1996, tomo I: 228) [El resaltado es nuestro].

Vemos, pues, que las *leading questions* no sólo son estudiadas en el sistema anglosajón, sino también en el sistema romano germánico y que en éste las realizan y las estudian no solamente los abogados penalistas como Angulo, Chocano o Quiroz, sino los civilistas, como lo hace el autor colombiano recientemente citado.

Por otra parte, es interesante el análisis que realiza Chocano, cuando afirma lo siguiente:

(...) originariamente la ciencia sólo aplicó el término sugestión a fenómenos hipnóticos. Pero comprendió que esa definición era demasiado estrecha y se ha demostrado que la sugestión es un fenómeno normal que ocurre continuamente en la vida cotidiana. Sugestión es todo contacto psíquico contagioso en que el emisor impone su voluntad al receptor, consecuencia de ello es que el receptor inconsciente o semi-inconscientemente hace suyas opiniones o emociones del emisor sin oponerles crítica ni resistencia (1997: 239).

Fácilmente se advierte que las preguntas sugestivas son en sí mismas peligrosas, como ya lo he indicado, puesto que lo que se busca es una respuesta determinada la cual se pone en el texto de la pregunta,

imponiendo su voluntad sobre el testigo. De allí que algunos autores ingeniosamente denominan, a las *leading questions* como “respuestas preguntadas”.

Por ello, el juez o árbitro debe conocer estos peligros que entrañan las *leading questions*, de forma tal que si se hacen preguntas sugestivas, como ya lo he explicado en el caso de la legislación colombiana, el juez o árbitro debería intervenir para reformular la pregunta, pero sin la insinuación. Al decir de Parra (1996, tomo I), esto se logra eliminando una contestación alternativa, sea positiva o negativa, sino más bien usando la forma de las preguntas abiertas. Según el mencionado procesalista colombiano, las preguntas sugestivas están prohibidas porque perjudican la espontaneidad y sinceridad de las respuestas, por cuanto si el interrogado dice la verdad, no tiene por qué indicársele la respuesta y, en cualquier caso, lo que se quiere es que el testigo proporcione información y no que la confirme simplemente.

Como he señalado anteriormente, las preguntas dirigidas pueden tener una finalidad legítima de hacer recordar al interrogado los hechos sobre los que está respondiendo. El efecto de las *leading questions* es gatillar la capacidad de respuesta del testigo. A los problemas de memoria, se suma el tiempo transcurrido entre el suceso y la declaración, motivo por el cual es entendible que el interrogador se valga de las preguntas sugestivas para que el testigo recupere la memoria de los acontecimientos sobre los que declara.

Parra utiliza la siguiente analogía: los hechos en la mente del testigo son como un cuadro o pintura cuyos colores están desvanecidos, pero que con varias preguntas se pueden volver nítidos. Es evidente que la pregunta obra como un pincel para darle colorido a los recuerdos, pero a medida que las preguntas van conduciendo o sugiriendo las respuestas, el color se va haciendo más nítido y algunas de éstas cambian por la acción del pincel, vale decir, por la acción de la pregunta” (1996, tomo I: 230).

Sin embargo, considero que en la mayoría de los casos no existe esta buena fe a la que alude el maestro colombiano, sino que, por lo contrario, lo que se pretende con las *leading questions* es desacreditar al testigo, quien en el examen directo ha respondido a favor del que ha ofrecido su testimonio, perjudicando a la parte contraria. De allí que lo que ésta busque, como ya lo he señalado, es que si no logra que declare en contra de quien lo ha propuesto como testigo, al menos que quede desacreditado como testigo valiéndose, repito, de las preguntas sugeridas, o “respuestas preguntadas”.

Una modalidad interesante usada por abogados perspicaces y sobre todo muy entrenados en el examen cruzado, es la combinación de ciertas palabras, que se conocen como juego de palabras. Diestein, citador por Angulo, sostiene: “La presencia o ausencia de palabras tales como “un”, “una”, “el” o “la”, o “usted” han demostrado que afectan la sugesibilidad de las personas. Por ejemplo, compárese esta pregunta: “¿vio usted **una** pistola en la mano del acusado?” con esta otra: “¿vio usted **la** pistola en la mano del acusado?” (2007: 187) [El resaltado es nuestro].

Aunque las preguntas antes transcritas parecen iguales, no lo son. Angulo sostiene que el artículo “una” da lugar a dudar respecto a la presencia de una pistola suponiendo que no se haya puesto mucho énfasis en la palabra “una”, mientras que el artículo “la” sugiere que efectivamente había una pistola y que el testigo debería haberla visto. Como se advierte, la diferencia entre una y otra pregunta no parece muy relevante, pero el empleo correcto del idioma castellano y sobre todo la experiencia en formular preguntas en el interrogatorio cruzado, permitirá al interrogador —hábil y entrenado— utilizar un artículo en lugar del otro para poner la respuesta afirmativa en boca del preguntado.

Lo que acabo de expresar tiene lógica, como anota el tratadista colombiano Parra cuando se pregunta: “¿Qué es más fácil? ¿Inventar una mentira o aceptar repitiendo lo que otro ha fabricado o elaborado en virtud de la pregunta? Es innegable que a todo el mundo le es más fácil asentir a

la mentira de otro repitiendo lo que este le insinúa en la pregunta.” (1996, tomo I: 240). Con este simple ejemplo, que el autor colombiano denomina escenario psicológico, nos lleva a la respuesta que en efecto es más sencillo responder a una pregunta cuya respuesta está contenida en la formulación del interrogatorio.

Por estas razones debo concluir, primero, que las *leading questions* sólo deben usarse en el examen cruzado; en segundo lugar, que son preguntas peligrosas y por tanto deben ser utilizadas razonablemente; y, en tercer término, que de acuerdo a las circunstancias el árbitro las elimine o reformule quitándole la parte sugestiva, porque así se lo permiten las Reglas IBA en el artículo 8. 2.

7. PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE EL INTERROGATORIO CIVIL Y EL INTERROGATORIO SEGÚN LAS REGLAS IBA Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

Al haber revisado la doctrina y algunos casos jurisprudenciales del interrogatorio en el proceso civil, así como las Reglas IBA, a las cuales debo sumar la práctica del arbitraje local, considero que las principales diferencias entre estas dos modalidades del interrogatorio serían las siguientes:

i) Uso de la prueba

La prueba de testigos es muy utilizada en el arbitraje internacional cuando las partes han acordado someterse a las reglas IBA sobre actuación de pruebas. También es usada en el arbitraje doméstico, aunque todavía en forma incipiente, porque el abogado arbitralista sabe que puede ser útil si se prepara de manera adecuada y sabe conducirse en la audiencia tanto con sus testigos y peritos como con los ajenos. En ambos casos, si está bien ejecutada, puede ser decisiva para la solución del caso.

Por el contrario, la prueba de testigos no tiene mayor uso en el sistema civil, donde se encuentra desprestigiada. Ello se debe a dos razones.

La primera es la falta de credibilidad en la palabra del testigo. La segunda razón se debe a que en el proceso civil al no conocerse las ventajas de este medio de prueba tampoco se conocen los mecanismos para su correcta utilización. Entre éstos se encuentran la intensiva preparación del interrogador y del testigo, el examen cruzado, y la punición penal efectiva.

ii) Cómo se hace la declaración

De acuerdo con las Reglas IBA, la declaración testimonial es la que hace un tercero o la parte por escrito, en la llamada *written statement*, y de manera oral en la audiencia de pruebas. En cambio, según el sistema civil, la prueba de testigos sólo la hace un tercero y oralmente ante el juez o árbitro.

iii) Etapas del interrogatorio

En la audiencia de la actuación de pruebas de un proceso de arbitraje internacional que está regido por las Reglas IBA, así como en algunos casos de práctica del arbitraje, se conocen cuatro etapas del interrogatorio que tiene objetivos diferentes. En cambio, en el sistema civil peruano la diferencia es poco clara. Si bien el Código Procesal Civil (1993) se refiere a la posibilidad de formular preguntas, repreguntas y contra preguntas, la doctrina consultada no es precisa al respecto, lo cual coincide con el poco uso que tienen.

iv) Quién puede ser testigo

Según el sistema de las Reglas IBA, en principio, todos pueden ser testigos, incluida la parte, sus parientes y sus subordinados. No existen limitaciones, salvo que un tribunal arbitral decida impedir la participación de un tercero cuando sea absolutamente incapaz. Ello, porque en las mencionadas Reglas se presume que toda persona es hábil para declarar, salvo que el árbitro concluya lo contrario. Por su parte, el Código

Procesal Civil (1993) contiene un régimen detallado de prohibiciones e inhabilidades. Esto se debe a que parte de la presunción no escrita de que el testigo necesariamente va a favorecer a su pariente, íntimo amigo o acreedor.

v) Preparación

Según los arbitralistas del *common law*, así como de quienes emplean las Reglas IBA, la preparación del testigo, de los abogados y de las preguntas, sumadas al aprendizaje y desarrollo de las técnicas de litigación oral, son indispensables para obtener éxito en las audiencias de pruebas.

En los procesos civiles eso no es así, pues nadie se prepara para la audiencia, salvo el abogado de la parte que ha ofrecido la declaración de un testigo, al cual le indica qué debe responder, aunque no sea verdad. De ahí que se requiera aplicar algunos consejos elementales, sin perjuicio de una reforma indispensable al Código Procesal Civil:

- Decir la verdad y no pretender engañar a quien ha ofrecido la prueba, menos al tribunal arbitral.
- Responder de la misma forma como se le ha preguntado, es decir, si la pregunta es breve, clara y concreta, la respuesta debe reunir las mismas características. La excepción ocurre cuando se formulan preguntas abiertas porque permiten al declarante extenderse sobre lo que recuerde y le parezca pertinente.
- Prepararse de manera adecuada, invirtiendo mucho tiempo con el testigo para que soporte con serenidad y aplomo el interrogatorio cruzado del oponente, y su declaración sea un éxito. Sin embargo, la preparación excesiva no es conveniente, porque el testigo debe decir la verdad con sus propias palabras y no con las del abogado o la parte que ha pedido su declaración.
- Someter al testigo a un interrogatorio simulado previo. Esto permite que el abogado advierta cómo reacciona ante preguntas sensibles: si se pone nervioso, contesta mal, tartamudea o

responde de manera equivocada. Ello puede hacer que se dé marcha atrás y no lo lleven a declarar oralmente, aunque su declaración escrita ya no sea merituada por el tribunal, ante el riesgo de ser vapuleado en el examen cruzado

vi) Leading questions

En el antiguo Código de Procedimientos Civiles (1912), todas las preguntas al confesante debían formularse en sentido afirmativo, con la finalidad de hacer efectivo el apercebimiento a quien se negara a responder. El apercebimiento implicaba que las respuestas se tenían por respondidas en el mismo sentido. Para ese fin el legislador, usaba las ahora llamadas *leading questions* que no se consideraban peligrosas y constituían la forma regular de preguntar.

Acertadamente, en el actual Código Procesal Civil (1993), dicha regla no existe; sólo se exige que la pregunta sea clara y precisa. Habría sido ideal que el legislador previera el interrogatorio cruzado e incluyera la regulación de las preguntas sugestivas, como ocurre en las Reglas IBA.

vii) Reloj de ajedrez

El tema que sigue a continuación también marca una gran diferencia entre ambos interrogatorios, pues el “reloj de ajedrez” en las audiencias de pruebas es conocido y aplicado sólo en los arbitrajes y nunca en los procesos judiciales.

8. EL RELOJ DE AJEDREZ EN EL ARBITRAJE

Uno de los principios procesales más anhelados por los abogados litigantes en todo proceso civil, penal, laboral o arbitral, es la celeridad. Sería ideal que, en pocos días o semanas se produjera el emplazamiento, la contestación, la actuación de las pruebas, la sentencia y la ejecución. Sin embargo, ese proceso no existe.

En alguna ocasión un profesor de derecho procesal, muy imaginativo, me decía que sí existía ese proceso. Cuando en la guerra, el capitán de un batallón advierte la desertión de un soldado, inmediatamente y en un solo acto lo emplaza, llamándolo por su nombre para que retorne (demanda). Si el desertor no regresa, lo cual equivale a una contestación negativa, el Capitán dicta la sentencia, que no es ni puede ser apelada, y procede a ejecutar el fallo, disparando al desertor. ¡Todo en un minuto!

No hemos investigado si ese procedimiento está previsto en el Código de Justicia Militar, porque dudamos de que se aplique en estos tiempos en que la guerra y las estrategias de combate han cambiado tanto por los avances de la ciencia y la tecnología. De modo que ni siquiera nos queda este único modelo de un juicio “teóricamente célere”.

No obstante, el uso de un sistema conocido como el “reloj de ajedrez” en los arbitrajes ha tenido la virtud de resolver uno de los mayores problemas de la administración de justicia: la demora en la tramitación de los expedientes y la consiguiente carga procesal excesiva. Este mecanismo se suele usar para regular la audiencia de prueba, junto con la flexibilidad de los arbitrajes, las consultas del tribunal a las partes y entre ellas, y, la aplicación de los principios de oralidad, concentración e inmediatez. Con estos elementos el tribunal y las partes fijan un período de tiempo, digamos a modo de ejemplo, una semana y establecen los días continuos y el orden en que se actuarán todas las pruebas. Para ello, antes de la audiencia de pruebas las partes acuerdan conceder a cada parte un tiempo máximo, para la actuación de sus pruebas, tiempo que es controlado con el “reloj de ajedrez”, todo esto sin violar el derecho de defensa de las partes.

Cada vez que un abogado, por ejemplo, toma la declaración de un testigo, se resta el tiempo empleado del total que tiene asignado. Debe cuidar —al igual que un jugador de ajedrez— de no gastar todo su tiempo en un solo interrogatorio, porque aún le falta interrogar a otros testigos e incluso a los peritos propios y ajenos.

Al final de la semana, se habrán actuado todas las pruebas, a menos que una parte se haya quedado sin tiempo disponible, según lo que manda el reloj. También el tribunal está sujeto al reloj de ajedrez porque se le asigna un tiempo —usualmente menor al de las partes— para que haga preguntas en la misma audiencia. Incluso, se puede asignar los tiempos a los abogados para hacer sus informes orales al final de la audiencia.

Es importante advertir que la regla del reloj de ajedrez demandará de los abogados una inversión de tiempo significativa en la preparación de los interrogatorios a los testigos y peritos, y de la audiencia en general. Si llegan a ésta sin la preparación necesaria y sin haber evaluado cuántas y qué pregunta formular, podría ocurrirles el percance de quedarse sin interrogar a uno o más testigos y peritos porque el reloj corre y el tiempo se agota.

De esa forma, se soluciona el problema recurrente de la demora en los procesos judiciales tramitados ante el Poder Judicial, por lo menos, en la larga etapa de la actuación de las pruebas. Otra ventaja del sistema descrito es que las partes, los abogados y el tribunal podrán saber por anticipado cuándo concluirá la audiencia de prueba y los alegatos orales para así poder programar sus otras actividades.

Finalmente, señalo tres condiciones para que el reloj de ajedrez preste las ventajas que comento:

- i) Acuerdo entre el tribunal y las partes para fijar fechas y el cronograma de la audiencia de pruebas.
- ii) Preparación intensiva de los abogados intervinientes en la audiencia, así como de los testigos y peritos que serán interrogados. Los miembros del tribunal deberán llegar a la audiencia con suficiente conocimiento de la *litis* y de las posiciones de las partes.

- iii) Talento de los abogados para el manejo efectivo de las técnicas de litigación oral.

Como puede apreciarse, este procedimiento ordenado beneficia no sólo a los abogados sino al Tribunal y al proceso porque permite a los primeros, que tienen una estrategia determinada, preguntar y repreguntar a todos sus testigos y de la contraria, al igual que a los peritos, sin perder tiempo; y al segundo compenetrarse con los hechos muy rápidamente.

Finalmente, el método del reloj de ajedrez permite alcanzar la tan deseada economía procesal, en tiempo y dinero.

EN CONCLUSIÓN

Ante la evidente disminución del uso de la prueba de testigos en los procesos judiciales civiles —a diferencia de otros procesos jurisdiccionales, como el laboral, el penal y el arbitral— es preciso estudiar fórmulas o mecanismos que reviertan esta situación, sobre todo en procesos donde no suele haber prueba documental.

El modo típico para lograrlo era el estudio de otros Códigos Procesales de la región, que pudieran ser más modernos. Alternativamente, me propuse, recurrir a la ciencia, la probática y, en particular, a las Reglas IBA sobre actuación de pruebas, propias del arbitraje internacional y enriquecidas por la práctica local.

El principio de flexibilidad, junto con los principios de oralidad, concentración, inmediatez y economía procesal, tienen plena vigencia en los arbitrajes internacionales y locales, no siendo sólo una aspiración académica. Deben replicarse en los procesos judiciales, respetando las diferencias esenciales de cada proceso.

La declaración testimonial escrita, como parte de un conjunto de medidas para impulsar el empleo de la prueba de testigos, es digno de un estudio más profundo. No atenta contra el principio de oralidad porque luego de la declaración escrita el testigo será interrogado verbalmente en la audiencia de pruebas y podría ser sancionado si se descubriera la falsedad de lo declarado.

Por cierto, es indispensable que en el desarrollo de la audiencia de pruebas exista la posibilidad de que los abogados puedan formular los

cuatro modos de interrogatorio, es decir, directo, cruzado, redirecto y recruzado.

El examen cruzado puede ser una buena arma para descubrir la falsedad de la declaración testimonial, principalmente si está acompañado de otras pruebas de similar valor. Para ello, se requiere que el interrogador haya evaluado la conveniencia de usarlo y sobre todo que esté adecuadamente preparado.

De otro lado, la regla de que todos pueden ser testigos, incluidos parientes, subordinados y otros, es válida. El prejuicio del legislador contra el testigo sospechoso es inconstitucional, porque afecta el derecho a la prueba. Lo que interesa son las respuestas del testigo, las cuales serán materia de valoración por el juzgador, de acuerdo con las reglas de la crítica.

Uno de los más claros anhelos de los litigantes en los procesos civiles es acortar los tiempos, es decir, que los procesos no se “eternicen”. La solución no pasa solamente por aumentar el número de jueces, sino por estudiar e incorporar algunas de las soluciones ingeniosas del arbitraje. Es el caso del reloj de ajedrez.

Finalmente, las Reglas IBA son *soft law*. Al no ser imperativas, su aplicación demanda tiempo y esfuerzo al tribunal y a las partes a fin de que las pacten. Su incorporación —debidamente adaptadas— en la legislación nacional podría ser estudiada. Son de gran utilidad cuando su aplicación al caso concreto ha sido previamente acordada por las partes. Su uso es cada vez más difundido y ya están contempladas en la mayoría de los Reglamentos de Centros de Arbitraje privados.

ANEXO

LAS REGLAS DE LA IBA PARA ACTUACIÓN DE PRUEBAS (VERSIÓN APROBADA EN EL 2010)

Preámbulo

1. Estas Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional buscan proporcionar un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de prueba en arbitrajes internacionales, particularmente en aquellos que surgen entre Partes de distintas tradiciones jurídicas. Están diseñadas para complementar las disposiciones legales y las reglas institucionales, *ad-hoc* u otras reglas que se apliquen al desarrollo del arbitraje.
2. Las Partes y los Tribunales Arbitrales podrán aplicar las Reglas de la IBA sobre Prueba, en todo o en parte, para regular los procedimientos arbitrales, o podrán modificarlas o usarlas como guías para el desarrollo de sus propios procedimientos. La ventaja de la flexibilidad en el arbitraje internacional, inherente al mismo, no pretende ser limitada por las Reglas, y las Partes y los Tribunales Arbitrales son libres de adaptarlas a las circunstancias particulares de cada procedimiento.
3. La práctica de prueba se realizará bajo los principios de que cada Parte debe actuar de buena fe y tiene derecho a conocer, con una antelación suficiente a cualquier Audiencia Probatoria o a la

determinación de los hechos o fundamentos, aquellas pruebas en que las demás Partes sustentan sus pretensiones.

Definiciones

En las Reglas de la IBA sobre Prueba:

‘*Tribunal Arbitral*’ significa un árbitro único o una pluralidad de árbitros;

‘*Demandante*’ significa la Parte o las Partes que dieron inicio al arbitraje, así como cualquier Parte que, por intervención o por cualquier otro mecanismo procesal adecuado, llegue a estar en una posición procesal asimilable a la de esa Parte o Partes;

‘*Documento*’ significa un escrito, comunicación, foto, diseño, programa o datos de cualquier tipo, ya consten en papel, soporte electrónico, audio, visual o en cualquier otro medio;

‘*Audiencia Probatoria*’ significa cualquier audiencia, ya sea llevada a cabo en días consecutivos o no, en la que el Tribunal Arbitral, sea en persona, por teleconferencia, videoconferencia u otro método, produzca prueba oral o de otro tipo;

‘*Dictamen Pericial*’ significa una declaración escrita presentada por un Perito designado por el Tribunal Arbitral ó por las Partes;

‘*Reglas Generales*’ significa las reglas institucionales, ad hoc u otras reglas que se apliquen en el desarrollo del arbitraje;

‘*Reglas de la IBA sobre Prueba*’ o ‘Reglas’ significa las presentes Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, según sean revisadas o modificadas oportunamente;

‘*Parte*’ significa una de las partes del arbitraje;

‘Perito designado por la Parte’ significa una persona u organización designada por una Parte para que dictamine sobre cuestiones específicas determinadas por esa Parte;

‘Solicitud de Exhibición de Documentos’ significa la petición por escrito de una Parte para que otra Parte exhiba Documentos;

‘Demandado’ significa la Parte o Partes frente a las cuales el Demandante interpone su demanda, así como cualquier Parte que, por intervención o por cualquier otro mecanismo procesal adecuado, llegue a estar en una posición procesal asimilable a la de esa Parte o Partes, incluyendo aquella Parte que presente una demanda reconventional;

‘Perito designado por el Tribunal Arbitral’ significa una persona u organización designada por el Tribunal Arbitral para que dictamine sobre cuestiones específicas determinadas por el propio Tribunal Arbitral; y

‘Declaración Testimonial’ significa una declaración testimonial por escrito realizada por un testigo.

Artículo 1 Ámbito de Aplicación

1. Siempre que las Partes hayan acordado o el Tribunal Arbitral haya resuelto aplicar las Reglas de la IBA sobre Prueba, éstas regularán la práctica de la prueba, salvo que se determine que una disposición específica de las Reglas entra en conflicto con una disposición legal imperativa aplicable al caso, o establecida como aplicable al procedimiento arbitral por las Partes o por el Tribunal Arbitral.
2. Cuando las Partes hayan acordado aplicar las Reglas de la IBA sobre Prueba, se considerará que, salvo pacto en contrario, han acordado aplicar la versión que se encuentre vigente en la fecha de tal acuerdo.

3. En caso de conflicto entre las disposiciones de las Reglas de la IBA sobre Prueba y las Reglas Generales, el Tribunal Arbitral aplicará, salvo que las partes dispongan otra cosa, las Reglas de la IBA sobre Prueba en la forma que estime sea mejor para cumplir los objetivos tanto de las Reglas Generales como de las Reglas de la IBA sobre Prueba.
4. En caso de cualquier discrepancia respecto del significado de las Reglas de la IBA sobre Prueba, el Tribunal Arbitral deberá interpretarlas conforme a su finalidad y en la forma que sea más adecuada para el arbitraje de que se trate.
5. En el supuesto de que las Reglas de la IBA sobre Prueba y las Reglas Generales guarden silencio respecto de cualquier asunto relativo a la práctica de prueba y si las Partes no hubiesen acordado lo contrario, el Tribunal Arbitral podrá llevar a cabo la práctica de prueba en la forma que estime apropiada, de acuerdo con los principios generales de las Reglas de la IBA sobre Prueba.

Artículo 2 Consultas sobre Cuestiones Probatorias

1. El Tribunal Arbitral deberá consultar a las Partes tan pronto como sea procedimentalmente posible e invitarlas a consultarse mutuamente a fin de acordar un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de la prueba.
2. La consulta sobre cuestiones probatorias puede referirse al ámbito, tiempo y forma de la práctica de prueba, incluyendo:
 - (a) la preparación y presentación de Declaraciones Testimoniales y de Dictámenes Periciales;
 - (b) las declaraciones testimoniales orales en cualquier Audiencia Probatoria;

- (c) los requisitos, el procedimiento y el formato aplicables a la exhibición de Documentos;
 - (d) el grado de confidencialidad que será otorgado a la prueba en el arbitraje; y
 - (e) la promoción de la eficiencia, economía y conservación de recursos en relación con la práctica de la prueba.
3. Se invita al Tribunal Arbitral a identificar ante las Partes, tan pronto como lo considere pertinente, cualquier cuestión:
- (a) que el Tribunal Arbitral pueda considerar relevante para el caso y sustancial para su resolución; y/o
 - (b) para la cual pueda resultar apropiado un pronunciamiento previo.

Artículo 3 Documentos

1. Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, cada Parte presentará a éste y a las demás Partes todos los Documentos que estén a su disposición y sobre los que base sus pretensiones, incluyendo Documentos públicos y de dominio público, exceptuando cualesquiera Documentos que ya hayan sido presentados por otra Parte.
2. Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, cualquier Parte podrá presentar al Tribunal Arbitral y a las otras Partes una Solicitud de Exhibición de Documentos.
3. Una Solicitud de Exhibición de Documentos deberá contener:
 - (a) (i) una descripción de cada Documento cuya exhibición se solicite que sea suficiente para identificarlo, o
 - (ii) una descripción suficientemente detallada (incluyendo el asunto de que se trate) de la concreta y específica ca-

tegoría de Documentos requeridos que razonablemente se crea que existen; en el caso de Documentos conservados en formato electrónico, la Parte solicitante puede o el Tribunal Arbitral puede requerirle que proceda a, identificar archivos específicos, términos de búsqueda, individuos o cualquier otro medio de búsqueda para esos Documentos en una forma eficiente y económica.

- (b) una declaración de por qué los Documentos requeridos son relevantes para el caso y sustanciales para su resolución; y
 - (c) (i) una declaración de que los Documentos requeridos no se encuentran en poder, custodia o control de la Parte que los solicita o una declaración de las razones por las cuales sería irrazonablemente gravoso para la Parte solicitante exhibir tales Documentos, y
 - (ii) una declaración sobre las razones por las cuales la Parte solicitante supone que los Documentos requeridos están en poder, custodia o control de otra Parte.
4. Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, la Parte a quien se dirija la Solicitud de Exhibición de Documentos deberá presentar a las otras Partes y, al Tribunal Arbitral si éste así lo ordenara, todos los Documentos solicitados que se encuentren en su poder, bajo su custodia o control y respecto de los cuales no presente objeción.
5. Si la Parte a quien se dirige la Solicitud de Exhibición de Documentos tiene una objeción a alguno o a todos los Documentos solicitados, deberá poner de manifiesto la objeción por escrito al Tribunal Arbitral y a las otras Partes dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral. Solamente podrán aducirse como objeciones las razones mencionadas en el Artículo 9.2 o el incumplimiento de alguno de los requisitos prescriptos en el Artículo 3.3.

6. Recibida una de esas objeciones, el Tribunal Arbitral podrá invitar a las Partes pertinentes a que se consulten mutuamente con el objetivo de resolver la objeción.
7. Cualquier Parte puede, dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, requerir a éste que resuelva la objeción. El Tribunal Arbitral deberá, consultando a las Partes y en un plazo razonable, considerar la Solicitud de Exhibición de Documentos y la objeción. El Tribunal Arbitral podrá ordenar a la Parte a quien se dirija dicha Solicitud que presente cualquiera de los Documentos solicitados que se encuentre en su poder, bajo su custodia o su control y respecto del cual el Tribunal Arbitral decida que: (i) los aspectos que desea probar la Parte que los solicita son relevantes para el caso y sustanciales para su resolución, (ii) ninguna de las objeciones contempladas en el Artículo 9.2 es de aplicación, y (iii) los requisitos del Artículo 3.3. han sido cumplidos. Cualquiera de esos Documentos, deberá ser exhibido a las otras Partes y, si éste así lo ordenara, al Tribunal Arbitral.
8. En circunstancias excepcionales, si la pertinencia de la objeción sólo pueda ser determinada mediante la revisión del Documento, el Tribunal Arbitral podrá resolver que no revisará tal Documento. En este caso, el Tribunal Arbitral, después de consultar a las Partes, podrá designar un perito independiente e imparcial, sujeto 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.
9. Si una de las Partes desea que se exhiban Documentos de una persona u organización que no sea parte del arbitraje y respecto de la cual la Parte no pueda obtener los Documentos por sí misma, tal Parte podrá solicitar, dentro del plazo fijado por

el Tribunal Arbitral, que se tomen cualesquiera medidas legalmente disponibles para obtener los Documentos requeridos, o pedir permiso al Tribunal Arbitral para adoptar tales medidas por sí misma. Dicha solicitud deberá ser presentada al Tribunal Arbitral y a las otras Partes por escrito, y deberá contener las especificaciones del Artículo 3.3., en tanto éstas fueran aplicables. El Tribunal Arbitral decidirá sobre esa solicitud y adoptará, autorizará a la Parte requirente a adoptar, u ordenará a cualquiera de las otras Partes que adopten, las medidas que considere apropiadas si, a su criterio, determina que (i) los Documentos serían relevantes para el caso y sustanciales para su resolución, (ii) se han cumplido los requisitos del Artículo 3.3, en cuanto resulten aplicables y (iii) ninguna de las objeciones contempladas en el Artículo 9.2 es de aplicación.

10. En cualquier momento antes de la conclusión del arbitraje, el Tribunal Arbitral podrá (i) pedir a cualquiera de las Partes que exhiba Documentos, (ii) pedir a cualquiera de las Partes que realice sus mejores esfuerzos para adoptar o (iii) adoptar por sí mismo, cualquier medida que considere pertinente para obtener Documentos de cualquier persona u organización. La Parte a quien se dirija la referida solicitud de Exhibición de Documentos, puede objetar esa solicitud por cualquiera de las razones contempladas en el Artículo 9.2. En tales casos, se aplicarán los Artículos 3.4 a 3.8, según corresponda.

Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, las Partes podrán presentar ante éste y ante las demás Partes, cualesquiera Documentos adicionales en los cuales pretendan basarse o que consideren que han devenido relevantes para el caso y sustanciales para su resolución como consecuencia de cuestiones puestas de manifiesto en los Documentos, Declaraciones Testimoniales o Dictámenes Periciales presentados exhibidos, o en otros elementos aportados por las Partes.

11. Con respecto a la forma de presentación o exhibición de Documentos:
 - (a) las copias de los Documentos deberán coincidir con los originales y, a petición del Tribunal Arbitral, cualquier original deberá ser presentado para su cotejo;
 - (b) los Documentos que una Parte conserve en formato electrónico deberán ser presentados o exhibidos en la forma que resulte más conveniente o económica para ella y que a su vez sea razonablemente utilizable por los receptores, salvo que las Partes acuerden de otro modo o, en ausencia de tal acuerdo, que el Tribunal Arbitral así lo decida;
 - (c) una Parte no está obligada a exhibir múltiples copias de Documentos esencialmente idénticos, salvo que el Tribunal Arbitral decida lo contrario;
 - (d) las traducciones de los Documentos deberán ser presentadas junto con los originales e indentificadas como traducciones con una indicación del idioma original.

12. Cualquier Documento presentado o exhibido en el arbitraje por una Parte o por un tercero que no sea de dominio público será tratado como confidencial por el Tribunal Arbitral y por las otras Partes y sólo podrá usarse en relación con el arbitraje. Este requisito se aplicará salvo y en la medida que su revelación sea exigida a una Parte en cumplimiento de una obligación legal, para proteger o ejercer un derecho, o ejecutar o pedir de buena fe la revisión de un laudo en procedimientos legales ante un tribunal estatal u otra autoridad judicial. El Tribunal Arbitral podrá emitir órdenes destinadas a establecer los términos de esta confidencialidad. Este requisito no afectará a las demás obligaciones de confidencialidad del arbitraje.

13. Si el arbitraje está organizado en diferentes temas específicos o fases (tales como jurisdicción, cuestiones preliminares, responsabilidad o daños y perjuicios), el Tribunal Arbitral puede, después de consultarlo con las Partes, programar la presentación de Documentos y Solicitudes de Exhibición de Documentos separadamente para cada tema o fase.

Artículo 4 Testigos

1. Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, cada Parte identificará los testigos en cuyo testimonio pretende basarse así como el objeto de dichos testimonios.
2. Cualquier persona, incluyendo una Parte o un directivo, empleado u otro representante de la misma, podrá testificar. No será considerado impropio que una Parte, sus directivos, empleados, asesores legales u otros representantes, entrevisten a sus testigos o potenciales testigos y discutan con ellos sus posibles testimonios.
3. El Tribunal Arbitral podrá ordenar que cada Parte presente ante éste y ante las demás Partes, dentro de un plazo específico, una Declaración Testimonial de cada testigo en cuyo testimonio intente basarse, salvo que se trate de testigos cuyo testimonio se solicite de conformidad con los Artículos 4.9 o 4.10. Si se celebrasen Audiencias Probatorias sobre temas específicos u organizadas en fases (tales como jurisdicción, cuestiones preliminares, responsabilidad o daños y perjuicios), el Tribunal Arbitral o las Partes mediante acuerdo podrán programar la presentación de Declaraciones Testimoniales en forma separada para cada tema específico o fase.

4. Cada Declaración Testimonial deberá contener:
 - (a) el nombre completo y la dirección del testigo, una declaración concerniente a su relación pasada y presente (si la hubiere) con las Partes, y una descripción de sus antecedentes, cualificaciones, capacitación y experiencia, si dicha descripción pudiera ser relevante para el conflicto o para el contenido de su declaración;
 - (b) una descripción completa y detallada de los hechos así como de la fuente de información del testigo sobre tales hechos suficiente para constituir la prueba testimonial aportada sobre la materia controvertida. Los Documentos en los que los testigos se basen y que no hayan sido presentados anteriormente, deberán acompañarse;
 - (c) una manifestación sobre el idioma en el que la Declaración Testimonial fue originalmente preparada y el idioma en el cual el testigo prevé declarar en la Audiencia Probatoria;
 - (d) una declaración sobre la veracidad de la Declaración Testimonial; y
 - (e) la firma del testigo, así como la fecha y el lugar.
5. Si se presentasen Declaraciones Testimoniales, cualquier Parte podrá, dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, presentar ante éste y ante las demás Partes, Declaraciones Testimoniales adicionales o, corregidas e incluso declaraciones de personas no designadas previamente como testigos, en tanto tales correcciones o adiciones correspondan sólo a cuestiones puestas de manifiesto en las Declaraciones Testimoniales de otra Parte, Dictámenes Periciales u otras pruebas que no hubieran sido previamente acompañadas en el arbitraje.
6. Si un testigo cuya comparecencia ha sido solicitada de conformidad con el Artículo 8.1 no compareciese a declarar en la Audiencia Probatoria sin justificación suficiente, el Tribunal Arbi-

tral no tomará en cuenta ninguna Declaración Testimonial de ese testigo relacionada con tal Audiencia Probatoria, salvo que, en circunstancias excepcionales, el Tribunal Arbitral decida lo contrario.

7. Si la comparecencia de un testigo no ha sido solicitada de conformidad con el Artículo 8.1, se considerará que ninguna de las otras Partes ha aceptado la veracidad del contenido de la Declaración Testimonial.
8. Si una Parte desea presentar el testimonio de una persona que no vaya a comparecer voluntariamente a su solicitud, la Parte podrá, dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, solicitarle que adopte cualesquiera medidas legalmente disponibles para obtener la declaración de esa persona, o solicitar su autorización para tomar esas medidas por sí misma. En el caso de requerir la actuación del Tribunal Arbitral, la Parte identificará el testigo potencial, describirá las cuestiones sobre la que solicita su testimonio e indicará el motivo por el cual tales cuestiones son relevantes para el caso y sustanciales para su resolución. El Tribunal Arbitral decidirá sobre esta solicitud y adoptará, autorizará a la Parte requirente a adoptar, u ordenará a cualquier otra Parte que adopte, las medidas que el Tribunal Arbitral considere apropiadas si, según su criterio, determina que la declaración de ese testigo podría ser relevante para el caso y sustancial para su resolución.
9. En cualquier momento anterior a la terminación del arbitraje, el Tribunal Arbitral puede ordenar a cualquier Parte que facilite o emplee sus mejores esfuerzos para hacer posible la comparecencia de cualquier persona para declarar en la Audiencia Probatoria, incluso una cuyo testimonio aún no ha sido todavía ofrecido. La Parte a quien se dirija dicha solicitud podrá objetar

con sustento en cualquiera de los motivos contemplados en el Artículo 9.2.

Artículo 5 Peritos Designados por las Partes

1. Las Partes podrán valerse de Peritos designados por ellas como medio de prueba para materias concretas. Dentro del término fijado por el Tribunal Arbitral, (i) cada Parte deberá identificar a cualquier Perito Designado por la Parte en cuyo testimonio pretenda basarse así como las materias sobre las versará dicho testimonio; y (ii) el Perito Designado por la Parte deberá presentar un Dictamen Pericial.

2. El Dictamen Pericial deberá contener:
 - (a) el nombre completo y la dirección del Perito Designado por la Parte, una declaración concerniente a su relación pasada y presente (si la hubiere) con cualesquiera de las Partes, sus asesores legales y el Tribunal Arbitral, y una descripción de sus antecedentes, cualificación, capacitación y experiencia;
 - (b) una descripción de las instrucciones de conformidad con las cuales emitirá sus opiniones y conclusiones;
 - (c) una declaración acerca de su independencia respecto a las Partes, sus asesores legales y el Tribunal Arbitral;
 - (d) una declaración acerca de los hechos en que fundamenta sus opiniones y sus conclusiones como perito;
 - (e) sus opiniones y sus conclusiones como perito, incluyendo una descripción de los métodos, pruebas e información utilizados para llegar a tales conclusiones. Los Documentos en los cuales el Perito Designado por la Parte se base que no hayan sido previamente presentados deberán ser acompañados;
 - (f) si el Dictamen Pericial ha sido traducido, una declaración acerca del idioma en el cual ha sido originalmente prepara-

- do, y del idioma en el cual el Perito Designado por la Parte anuncia que declarará en la Audiencia Probatoria;
- (g) una afirmación de su auténtica convicción sobre las opiniones expresadas en el Dictamen Pericial;
 - (h) la firma del Perito Designado por la Parte, así como la fecha y el lugar de emisión del Dictamen Pericial; y
 - (i) si el Dictamen Pericial ha sido firmado por más de una persona, la atribución de él en su totalidad o de cada parte específica a cada autor.
3. Si se presentasen Dictámenes Periciales, cualquier Parte podrá, dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, presentar ante éste y ante las demás Partes, Dictámenes Periciales corregidos o adicionales, incluyendo dictámenes o declaraciones de personas no designadas previamente como Perito Designado por la Parte, siempre que tales correcciones o adiciones sólo correspondan a cuestiones puestas de manifiesto en la Declaración Testimonial, el Dictamen Pericial o presentaciones de otra Parte que no hayan sido previamente acompañadas en el arbitraje.
 4. El Tribunal Arbitral podrá, a su discreción, ordenar que los Peritos Designados por las Partes que vayan a presentar o que hayan presentado Dictámenes Periciales sobre los mismos asuntos o sobre asuntos conexos, se reúnan y deliberen acerca de tales asuntos. En dicha reunión, los Peritos Designados por las Partes deberán tratar de llegar a un acuerdo sobre los asuntos a que se refieren sus Dictámenes Periciales y harán constar por escrito aquellos puntos sobre los que lleguen a un acuerdo, así como aquellos otros sobre los que exista desacuerdo y las razones de ello.
 5. Si un Perito designado por la Parte cuya comparecencia ha sido solicitada de conformidad con el Artículo 8.1 no comparece a declarar en la Audiencia Probatoria sin justificación suficiente,

el Tribunal Arbitral deberá descartar cualquier Dictamen Pericial de ese Perito Designado por la Parte relacionado con esa Audiencia Probatoria, salvo que, en circunstancias excepcionales, el Tribunal Arbitral decida lo contrario.

6. Si la comparecencia de un Perito Designado por la Parte no ha sido solicitada de conformidad con el Artículo 8.1, se considerará que ninguna de las otras Partes ha aceptado la veracidad del contenido del Dictamen Pericial.

Artículo 6 Peritos Designados por el tribunal Arbitral

1. El Tribunal Arbitral, después de consultar a las Partes, podrá designar uno o más Peritos independientes para que dictaminen sobre cuestiones específicas determinadas por el Tribunal Arbitral. El Tribunal Arbitral, previa consulta a las Partes, establecerá los términos de la tarea a desarrollar por el Perito. El Tribunal Arbitral remitirá a las Partes una copia de la versión final de esos términos.
2. Antes de aceptar su nombramiento, el Perito Designado por el Tribunal Arbitral deberá entregar a éste y a las Partes una descripción acerca de su cualificación y una declaración de su independencia respecto de las Partes, de sus asesores legales y del Tribunal Arbitral. Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, las Partes deberán informar al Tribunal Arbitral si tienen alguna objeción en relación a la cualificación o independencia del Perito designado por el Tribunal Arbitral. El Tribunal Arbitral decidirá sin demora si acepta o no alguna de dichas objeciones. Una vez nombrado un Perito Designado por el Tribunal Arbitral, una Parte solo podrá objetar a su cualificación o su independencia si la objeción se basa en razones de las cuales la Parte adquirió conocimiento con posterioridad a su nombramiento.

El Tribunal Arbitral decidirá sin demora las medidas que, en su caso, adoptará.

3. Sujeto a lo dispuesto en el Artículo 9.2, el Perito Designado por el Tribunal Arbitral podrá solicitar a una Parte que le facilite cualquier información o que se le permita el acceso a cualesquiera Documentos, bienes, muestras, propiedades, maquinarias, sistemas, procesos o sitios para su inspección en la medida en que sean relevantes para el caso y sustanciales para su resolución. La autoridad del Perito designado por el Tribunal Arbitral para solicitar acceso a la información será la misma que la del Tribunal Arbitral. Las Partes y sus representantes tendrán derecho a recibir dicha información y a estar presentes en cualquier inspección. Cualquier desacuerdo entre un Perito Designado por el Tribunal Arbitral y una Parte sobre la relevancia, importancia o pertinencia de la petición será resuelta por el Tribunal Arbitral conforme a lo previsto en los Artículos 3.5 a 3.8. El Perito Designado por el Tribunal Arbitral hará constar en su Dictamen Pericial cualquier falta de cumplimiento por una Parte de la correspondiente petición o decisión del Tribunal Arbitral y describirá sus efectos sobre la valoración del asunto sobre el que debe dictaminar.
4. El Perito Designado por el Tribunal Arbitral informará por escrito al Tribunal Arbitral por medio de un Dictamen Pericial. El Dictamen Pericial deberá contener:
 - (a) el nombre completo y la dirección del Perito Designado por el Tribunal Arbitral, y una descripción de sus antecedentes, cualificación, capacitación y experiencia;
 - (b) una declaración acerca de los hechos en que fundamenta sus opiniones y sus conclusiones periciales;
 - (c) sus opiniones y sus conclusiones periciales, incluyendo una descripción del método, pruebas e información utilizados

para llegar a tales conclusiones. Los Documentos en los que el Perito Designado por el Tribunal Arbitral se base y que no hayan sido presentados anteriormente, deberán acompañarse;

- (d) si el Dictamen Pericial ha sido traducido, una declaración acerca del idioma en el cual ha sido originalmente preparado, y del idioma en el cual el Perito Designado por el Tribunal Arbitral anticipa que declarará en la Audiencia de Prueba;
 - (e) una declaración ratificando su auténtica convicción acerca de las opiniones expresadas en el Dictamen Pericial;
 - (f) la firma del Perito Designado por el Tribunal Arbitral, así como la fecha y el lugar en que fue realizado; y
 - (g) si el Dictamen Pericial ha sido firmado por más de una persona, la atribución de él en su totalidad o de cada parte específica a cada autor.
5. El Tribunal Arbitral enviará una copia del Dictamen Pericial a las Partes. Las Partes podrán examinar cualquier información, Documentos, bienes, muestras, propiedades, maquinarias, sistemas, procesos o sitios para inspección que haya examinado el Perito Designado por el Tribunal Arbitral y cualquier correspondencia entre el Tribunal Arbitral y en relación con el testimonio oral en una Audiencia el Perito Designado por el Tribunal Arbitral. Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, cualquier Parte tendrá la oportunidad de contestar al Dictamen Pericial ya sea mediante la presentación de un escrito, mediante una Declaración Testimonial o mediante el Dictamen Pericial de un Perito Designado por la Parte. El Tribunal Arbitral enviará el escrito de la Parte, la Declaración Testimonial o el Dictamen Pericial al Perito Designado por el Tribunal Arbitral y a las demás Partes.

6. A instancia de Parte o del Tribunal Arbitral, el Perito Designado por el Tribunal Arbitral comparecerá en la Audiencia Probatoria. El Tribunal Arbitral podrá interrogar al Perito Designado por el Tribunal Arbitral y éste también podrá ser interrogado por las Partes o por un Perito Designado por las Partes acerca de las cuestiones tratadas en su Dictamen Pericial, en las presentaciones o las Declaraciones Testimoniales introducidas por las Partes o en los Dictámenes emitidos por Peritos Designados por las Partes de conformidad con el Artículo 6.5.
7. Cualquier Dictamen Pericial emitido por un Perito Designado por el Tribunal Arbitral y sus conclusiones serán valorados por el Tribunal Arbitral con la debida consideración de todas las circunstancias del caso.
8. Los honorarios y gastos de un Perito Designado por el Tribunal Arbitral, que serán sufragados según determine el Tribunal Arbitral, integrarán las costas del arbitraje.

Artículo 7 Inspección

Sujeto a las disposiciones del Artículo 9.2, el Tribunal Arbitral podrá, a instancia de una Parte o por iniciativa propia, inspeccionar o solicitar la inspección por un Perito Designado por el Tribunal Arbitral o un Perito Designado por las Partes de cualquier lugar, propiedad, maquinaria o cualesquiera otros bienes, muestras, sistemas, procesos o documentos que considere apropiados. El Tribunal Arbitral deberá, previa consulta a las Partes, determinar el momento y las circunstancias de la inspección. Las Partes y sus representantes tendrán derecho a estar presentes en cualquiera de estas inspecciones.

Artículo 8 Audiencias Probatorias

1. Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, cada Parte deberá informar al Tribunal Arbitral y a las otras Partes acerca de los testigos cuya comparecencia solicita. Cada testigo (término que incluye, a los efectos de este Artículo, a los testigos sobre los hechos y a cualquier perito), deberá, sujeto a lo dispuesto en el Artículo 8.2, prestar testimonio en la Audiencia Probatoria si su comparecencia fue requerida por cualquiera de las Partes o por el Tribunal Arbitral. Cada testigo deberá comparecer en persona salvo que en casos excepcionales el Tribunal Arbitral permita el uso de videoconferencia o de una tecnología similar.
2. El Tribunal Arbitral tendrá en todo momento pleno control sobre la Audiencia Probatoria. El Tribunal Arbitral podrá limitar o excluir cualquier pregunta, respuesta o comparecencia de un testigo, si considerase que dicha pregunta, respuesta o comparecencia es irrelevante, insustancial, irrazonablemente gravosa, repetitiva o que de alguna otra manera se da alguno de los supuestos que justifique su objeción contemplados en el Artículo 9.2. Las preguntas y repreguntas efectuadas a un testigo durante su interrogatorio no deberán inducir irrazonablemente sus respuestas.

Probatoria:

- (a) de ordinario, los testigos del Demandante deberán declarar en primer lugar, seguidos por los testigos del Demandado;
- (b) tras el interrogatorio por la parte que ha llamado al testigo, cualquier otra Parte podrá interrogar a dicho testigo en el orden fijado por el Tribunal Arbitral. La Parte que llamó inicialmente al testigo tendrá posteriormente la oportunidad de hacer preguntas adicionales sobre asuntos que

hayan surgido en el curso del interrogatorio de las otras Partes;

- (c) a continuación, normalmente, el Demandante deberá presentar en primer lugar la declaración de los Peritos por ella designados, y a continuación la Demandada presentará la declaración de los Peritos designado por su parte. La Parte que presentó inicialmente al perito tendrá posteriormente la oportunidad de hacer preguntas adicionales sobre asuntos que hayan surgido en el curso del interrogatorio de las otras Partes;
 - (d) el Tribunal Arbitral podrá interrogar al Perito Designado por el Tribunal Arbitral y éste podrá ser interrogado por las Partes o por cualquier Perito Designado por la Parte, sobre cuestiones surgidas en el Dictamen Pericial del Perito Designado por el Tribunal Arbitral, en las presentaciones de las Partes o en los Dictámenes Periciales emitidos por Peritos Designados por las Partes;
 - (e) si el arbitraje está organizado en diferentes temas específicos o fases del procedimiento (tales como jurisdicción, cuestiones preliminares, responsabilidad y daños y perjuicios), las Partes podrán acordar o el Tribunal Arbitral ordenar que se programen los testimonios en forma separada para cada tema específico o fase.
 - (f) el Tribunal Arbitral, de oficio o a instancia de una Parte, podrá variar este orden de procedimiento, incluyendo la organización de interrogatorios sobre asuntos específicos o de modo tal que los testigos sean interrogados en forma simultánea y confrontándose unos con otros (interrogatorio simultáneo o careo de testigos);
 - (g) el Tribunal Arbitral puede interrogar a un testigo en cualquier momento.
4. Cualquier testigo que vaya a declarar deberá, en primer lugar, y en la forma que el Tribunal Arbitral considere apropiada, declarar que se compromete a decir la verdad o, en el caso de un

perito, su auténtica convicción acerca de las opiniones expresadas en la Audiencia Probatoria. Si el testigo ha presentado una Declaración Testimonial o un Dictamen Pericial, deberá ratificarlo. Las Partes podrán acordar, o el Tribunal Arbitral ordenar, que la Declaración Testimonial o el Dictamen Pericial sirvan como testimonio directo de dicho testigo o perito.

5. Sujeto a lo dispuesto en el Artículo 9.2, el Tribunal Arbitral podrá solicitar a cualquier persona que presente pruebas orales o escritas sobre cualquier asunto que el Tribunal Arbitral considere relevante para el caso y sustancial para su resolución. Cualquier testigo convocado e interrogado por el Tribunal Arbitral también podrá ser interrogado por las Partes.

Artículo 9 Admisibilidad y Valoración de la Prueba

1. El Tribunal Arbitral determinará la admisibilidad, relevancia, importancia y valor de las pruebas.
2. El Tribunal Arbitral podrá excluir, a instancia 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) Falta de relevancia suficiente o utilidad para la resolución del caso;
 - (b) existencia de impedimento legal o privilegio bajo las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el Tribunal Arbitral;
 - (c) onerosidad o carga excesiva para la práctica de las pruebas solicitadas;
 - (d) pérdida o destrucción del Documento, siempre que se demuestre una razonable probabilidad de que ello haya ocurrido;

- (e) confidencialidad por razones comerciales o técnicas que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes;
 - (f) razones de especial sensibilidad política o institucional que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes (incluyendo pruebas que hayan sido clasificadas como secretas por parte de un gobierno o de una institución pública internacional); o
 - (g) consideraciones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las Partes que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes.
3. Al evaluar la existencia de impedimentos legales o privilegios bajo el artículo 9.2 (b), y en la medida en que sea permitido por cualesquiera normas jurídicas o éticas obligatorias cuya aplicación fuera determinada por el Tribunal Arbitral, éste puede tomar en consideración:
- (a) cualquier necesidad de proteger la confidencialidad de un Documento creado o de una declaración o comunicación oral realizada en relación con o al efecto de proporcionar u obtener asesoramiento jurídico;
 - (b) cualquier necesidad de proteger la confidencialidad de un Documento creado o de una declaración o comunicación oral realizada en relación con y al efecto de negociaciones con el objeto de arribar a una transacción;
 - (c) las expectativas de las Partes y de sus asesores el tiempo en que se alega que ha surgido el impedimento o privilegio legal;
 - (d) cualquier posible dispensa de un impedimento o privilegio legal aplicable en virtud de consentimiento, revelación anterior, uso favorable del Documento, declaración, comunicación oral o recomendación contenida en ella, o de cualquier otro modo; y

- (e) la necesidad de mantener la equidad e igualdad entre las Partes, particularmente si ellas estuvieran sujetas a normas jurídicas o éticas diferentes;
4. El Tribunal Arbitral podrá, cuando considere apropiado, adoptar las medidas necesarias para permitir que la prueba sea presentada o considerarla sujeta a una adecuada protección de confidencialidad.
 5. Si una Parte no suministrare, sin explicación satisfactoria, un Documento requerido en una Solicitud de Exhibición de Documentos que ella no hubiera objetado en debido tiempo o no presentara un Documento que el Tribunal Arbitral hubiera ordenado aportar, el Tribunal Arbitral podrá inferir que ese Documento es contrario a los intereses de esa Parte.
 6. Si una Parte no cumpliera, sin explicación satisfactoria, con poner a disposición cualquier otra prueba relevante (incluyendo testimonios) solicitada por una Parte frente a la cual la Parte requerida no hubiera objetado en debido tiempo o no cumpliera con poner a disposición cualquier prueba, incluyendo testimonios, que el Tribunal Arbitral haya ordenado practicar, el Tribunal Arbitral podrá considerar que esa prueba es contraria a los intereses de esa Parte.
 7. 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.

BIBLIOGRAFÍA

AHBAD, Jalai y Amal BOUCHENAKI

2011 “Discovery in international arbitration: A foreign creature for civil lawyers”. En: Van den Berg, A.J. (editor). *Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series N° 15. Rio, 2010*. Kluwer Law International.

ANGULO, Pedro

2007 *El interrogatorio de testigos en el nuevo proceso penal*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

BAILEY, F. Lee

1995 *Cómo se ganan los juicios. El abogado litigante*. México D.F.: Noriega Editores.

BENDER, Raymond

2014 “Presenting witness testimony in U.S. domestic arbitration: Should written witness statements become the norm? *Dispute Resolution Journal*. New York, volume 69, número 4, pp. 39-58.

BIENVENU, Pierre y Martin J. VALASEK

2004 “Witness Statements and Expert Reports”. En BISHOP, Doak y Edward KEHOE (editores). *The Art of Advocacy in International Arbitration*. New York: Juris. pp. 609-620.

BISHOP, Doak y James H. CARTER

2004 “The United States Perspective and Practice of Advocacy”. En BISHOP, Doak y Edward KEHOE (editores). *The Art of Advocacy in International Arbitration*. New York: Juris. pp. 519-563.

BLACKABY, Nigel

2004 "Direct and Re-Direct Examination of the Witnesses". En BISHOP, Doak y Edward KEHOE (editores). *The Art of Advocacy in International Arbitration*. New York: Juris. pp 387-403.

BÜHLER, Michael y DORGAN, Carroll

2000 "Witness Testimony Pursuant to the 1999 IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration. Novel or Tested Standards?" *Journal of International Arbitration*. New York, volumen 17, número 1, pp. 3-30.

BULLARD, Alfredo y José Luis REPETTO

2016 "Charles Darwin y el arbitraje". En BULLARD, Alfredo. *Litigio arbitral: El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra Editores, pp. 15-30.

BUSTAMANTE, Reynaldo

1997 "El derecho fundamental a probar y su contenido esencial". En PRIORI, Giovanni y BUSTAMANTE, Reynaldo. *Apuntes de Derecho Procesal*. Lima: ARA Editores, pp. 63-95.

2001 *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso*. Lima: ARA Editores.

CABANELLAS, Guillermo y Eleanor G. HOAGUE

2001 *Diccionario Jurídico=Law Dictionary*. Tomo 1. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

CARNELUTTI, Francesco

1955 *La Prueba Civil*. Buenos Aires: Ediciones Arayú.

CAROFIGLIO, Gianrico

2010 *El arte de la duda*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

CHOCANO, Percy

1997 *La teoría de la prueba*. Lima: IDEMSA

COLLANTES, Jorge

2007 *El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho*. Segunda parte. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre. Consultada: 15 de octubre de 2016.

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/44D686718D847DB905257CFD006C8ED7/\\$FILE/ArbitrajeEnLasDistintas%C3%81reasDelDerechoVol4.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/44D686718D847DB905257CFD006C8ED7/$FILE/ArbitrajeEnLasDistintas%C3%81reasDelDerechoVol4.pdf)

CREMADES, Bernardo e Ignacio MAGDALENA

2010 “La Abogacía desde la óptica de un árbitro internacional”. *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, número 10, pp. 3-24. Consulta: 30 de enero de 2017.

http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_10_2010.pdf

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2007 La *Ley N.º 29057*. Ley que modifica diversos artículos del Código Procesal Civil. Lima, 28 de junio.

2010 *Ley N.º 29497*. Nueva Ley Procesal del Trabajo. Lima, 13 de enero.

2015 *Ley N.º 30293*. Ley que modifica diversos artículos del Código Procesal Civil. Lima, 27 de diciembre.

CYMROT, Mark

2007 “Cross-Examination in International Arbitration”. *Dispute Resolution Journal*. New York, volumen 62, número 1, pp. 52-65.

DAMASKA, Mirjan R.

2015 *El derecho probatorio a la deriva*. Traducción Joan Picó i Junoy. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando

1976 *Teoría general de la prueba judicial*. Dos Tomos. Tercera Edición. Buenos Aires: Víctor de Zavalía Editor.

EZCURRA, Huáscar

2016 Persuasión y litigio arbitral. ¿Cómo aprovechar la prueba testimonial para persuadir a la autoridad arbitral de nuestra verdad?”. En BULLARD, Alfredo. *Litigio arbitral: El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra Editores, pp. 281-298.

FERRER, Francisco

2015 *Psicología jurídica. Aportes psicosociales para la práctica del Derecho*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.

FORTIER, Yves y Stephen DRYMER

2004 “Advocacy from the Arbitrator’s Perspective”. En BISHOP, Doak y Edward KEHOE (editores). *The Art of Advocacy in International Arbitration*. New York: Juris. pp. 609-620.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola

1988 *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Tomo I. Madrid: Temis.

GACETA JURÍDICA

2003 *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo II. Derecho de Familia (Primera parte). Lima: Gaceta Jurídica.

GIBBONS, Margaret

1983 “Hearing Procedures in a Commercial Arbitration”. *The Arbitration Journal*. New York, volumen 38, número 1, pp. 11-15.

GONZÁLES DE COSSÍO, Francisco

2014 *Arbitraje*. Cuarta edición. México D.F.: Editorial Porrúa.

2017 “Profundización en las Reglas del Arbitraje”. En Revista de ICC México – Pauta- No. 84, 88 39 – 51.

HANOTIAU, Bernard

2005 “Civil Law and Common Law Procedural Traditions in International Arbitration: Who Has Crossed the Bridge?”. *Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millennium: Reports of the International Colloquium of CEPANI*. Bruylant: 15 October 2004. pp. 83- 92.

HYAM, Michael

1995 *Advocacy Skills*. Tercera edición. Londres: Blackstone.

HWANG, Michael

2004 “Ten Questions Not to Ask in Cross-Examination in International Arbitration”. En BISHOP, Doak y Edward KEHOE (editores). *The Art of Advocacy in International Arbitration*. New York: Juris. pp. 431-449.

HWANG, Michael and Andrew CHIN

2006 “The Role of Witness Statements in International Commercial Arbitration”. En: Van den Berg, A.J. (editor). *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series N° 13, 2007, Kluwer Law International 2007. pp. 650-660.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION

2010 Reglas de la IBA (International BAR Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional. London, 29 de mayo de 2010. Traducción de Inés de San Martín y Florencia Lebensohn. Consulta: 21 de setiembre de 2016.
http://www.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/practica-depruebas/practica_de_prueba.pdf

2016 *Report on the reception of the IBA arbitration soft law products*. New York. Consulta: 1 de marzo de 2017.
file:///D:/_DATA/Downloads/IBAsoftlawArbproducts-Arb-GuidelinesandRulesSubcommittee.pdf

GALLOWAY, Patricia

2012 “Using Experts. Effectively & Efficiently in Arbitration”. *Dispute Resolution Journal*. New York, volumen 66, número 3, pp. 26-34.

GRIFFIN, Peter R.

2000 “Recent Trends in the Conduct of International Arbitration – Discovery Procedures and Witness Hearings”. *Journal of International Arbitration*. New York, volumen 17, número 2, pp. 0019-0030

JURISTA EDITORES

2013 *Código Civil*. Lima: Jurista Editores.

KARRER, Pierre A.

2008 “The *Civil Law and Common Law Divide: An International Arbitrator Tells It Like He Sees It*”. *Dispute Resolution Journal*. New York, volumen 63, número 1, pp. 72-81

KEHOE, Edward

2004 “Cross-Examination and Re-Cross in International Arbitration”. En BISHOP, Doak y Edward KEHOE (editores). *The Art of Advocacy in International Arbitration*. New York: Juris. pp. 405-430.

LEDESMA, Marianella

2011 *Comentarios al Código Procesal Civil*. Cinco Tomos. Lima: Gaceta Jurídica.

LIEBMAN, Enrico

1980 *Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea.

LÓPEZ DE ARGUMEDO, Álvaro y Juliana DE UREÑA

2013 “Nuevas tendencias en la práctica de pruebas en el arbitraje internacional: Comentarios a las Reglas de la IBA sobre práctica de prueba en el arbitraje internacional (aprobadas el 29 de mayo de 2010)”. En SOTO, Carlos y Delia REVOREDO. *Arbitraje internacional: pasado, presente y futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. pp. 499-523.

LÖRCHER, Gino

1996 “Improving Procedures for Oral and Written Witness Testimony”. En: VAN DEN BERG, Albert Jan (editor). *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration*. ICCA Congress Series N° 7. Kluwer Law International 1996. pp. 145-153.

MADDEN, John

1993 “How to present witness evidence in an arbitration – American style”. *ASA Bulletin*. Geneve, volumen 11, número 3. p.p. 438-445.

MANTILLA, Fernando

s/f “La prueba en el arbitraje (IV): Los testigos”. En *LEGIS. Arbitraje Comercial Internacional*. Consulta: 30 de noviembre de 2016.
http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/L/la_prueba_en_el_arbitraje/la_prueba_en_el_arbitraje.asp?CodSeccion=15

MANZANERO, Antonio

- 1991 *Realidad y Fantasía: Credibilidad, Metamemoria y Testimonio*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Psicología. Consulta: 2 de febrero de 2017.
http://eprints.sim.ucm.es/26704/1/Realidad%20y%20Fantas%C3%ADa_Credibilidad%252C%20metamemoria%20y%20testimonio.pdf
- 2010 “Hitos de la historia de la psicología del testimonio en la escena internacional”. *Boletín de Psicología*. Valencia, número 100, pp. 89-104. Consulta: 2 de febrero de 2017.
<http://eprints.ucm.es/11470/1/N100-6.pdf>

MANZANERO, Antonio y José Luis GONZÁLES

- 2015 “Modelo holístico de evaluación de la prueba testifical (HELPT)”. *Papeles del Psicólogo*. Madrid, volumen 36, número 2, pp. 125-138. Consulta: 3 de febrero de 2017.
<http://www.redalyc.org/pdf/778/77839628006.pdf>

MANZANERO, Antonio y José Manuel MUÑOZ

- 2011 *La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio: reflexiones psico-legales* [informe técnico]. Madrid: Sepín. Consulta: 2 de marzo de 2017.
http://eprints.ucm.es/12544/1/CREDIBILIDAD_DEL_TESTIMONIO.pdf

MARCONDES, Fernando

- 2012 “Analysis of the development of the expert phase in arbitration”. *Revista del Club Español de Arbitraje*. Madrid, número 15, pp. 57-67.

MAZZONI, Giuliana

- 2003 *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Madrid: Editorial Trotta.

MINISTERIO DE JUSTICIA y ACADEMIA DE LA
MAGISTRATURA

- 1998 *Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil*. Lima: Ministerio de Justicia. Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos.
- 1998 *Código Penal*. Lima: Ministerio de Justicia. Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos.

MUÑOZ SABATÉ, Luis

- 1995 *Tratado de Probática Judicial*. Tomo IV: La Prueba de la culpa y el daño. Barcelona: Editor J.M. Bosch.
- 2007 *Introducción a la probática*. Barcelona: Editor J.M. Bosch.

MURO, Manuel y Miriam TOMAYLLA

- 2016 *Código Procesal Civil Comentado por los mejores especialistas*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

NEVES DE BAERS, Victorio

- 2012 “El guante que salvó a O.J. Simpson”. En *El Crimen Perfecto: El miedo a la muerte es la más grande fuerza del espíritu*. Consulta: 10 de febrero de 2017.
<https://elcrimenperfecto.wordpress.com/2012/11/14/el-guante-que-salvo-a-o-j-simpson/>

NEWMAN, Lawrence y Ben SHEPPARD

- 2010 *Take the Witness: Cross-Examination in International Arbitration*. New York: JurisNet.

PARRA, Jairo

- 1992 *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Parte General. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A.
- 1996 *Tratado de la prueba judicial*. Tomo I. Quinta edición. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Librería de Profesional.

PABÓN, Pedro

2005 *Oralidad: testimonio, interrogatorios y contrainterrogatorios en el Proceso Penal Acusatorio*. Barcelona: Iberia Jurídica.

PICÓ I JUNOY, Joan

1998 “La iniciativa probatoria del juez y sus límites”. *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima, número 2, pp. 15-28.

PRIORI, Giovanni

2015 Apuntes sobre las Reglas de la IBA sobre prácticas de prueba y su aplicación en el arbitraje en el Perú. En *Arbitraje. Panorama Actual del Arbitraje 2015*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, pp. 83-110.

LEY DE ARBITRAJE

2008 *Decreto Legislativo N.º 1071*. Decreto Legislativo que norma el arbitraje. Lima, 27 de junio.

QUIÑONES, Héctor

2003 *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño. Un análisis crítico del sistema oral en el proceso penal salvadoreño desde una perspectiva acusatoria adversativa*. República de El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura. Consulta: 30 de enero de 2017.

http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/pnacw581.pdf

QUIROZ, William

2015 *El interrogatorio cruzado en el modelo procesal acusatorio*. Lima: Ideas Solución Editorial.

RAFFO, Mauricio

1999 “Prohibiciones para la declaración de testigos y la libre valoración de la prueba”. *Revista peruana de derecho procesal*. Lima, número 3, pp. 215-222.

RODRÍGUEZ, Maribel

2012 “Los privilegios probatorios (*evidentiary privileges*) en arbitraje internacional, en especial el secreto profesional, privilegios abogado-cliente y privilegio de negociación (*settlement privilege*)”. *Revista del Club Español de Arbitraje*. Madrid, número 15, pp. 79-102.

RONEY, David

2003 “Effective Witness Preparation for International Commercial Arbitration”. *Journal of International Arbitration*. London, volumen 20, número 5. pp. 429-435.

SANDERS, Paul

1999 *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*. The Hague: Kluwer Lay International.

SCHNEIDER, Michael

2005 “Advocacy with Witness Testimony”. *Arbitration International*. London, volumen 21, número 2, pp. 583-592.

SENTÍS MELENDO, Santiago

1978 *La Prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América.

SERRA, Manuel

2009 *Estudios de Derecho Probatorio*. Lima: Communitas.

SCOTT, Teresa y Antonio MANZANERO

2015 “Análisis del expediente judicial: Evaluación de la validez de la pruebas testifical”. *Papeles del Psicólogo*. Madrid, volumen 36, número 2, pp. 139-144. Consulta: 3 de febrero de 2017.
<http://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/2569.pdf>

SOTO, Carlos (director)

2008 *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión. El Arbitraje en el Perú y el Mundo*. Tomo I. Lima: Magna.

2011 *Tratado de Derecho Arbitral*. Tomo 2. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

SOTO, Carlos y Alfredo BULLARD (coordinadores)

2011 *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Dos tomos. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.

SINCLAIR, Anthony C.

2004 “Differences in the Approach to Witness Evidence Between the Civil and Common Law Traditions”. En BISHOP, Doak y Edward KEHOE (editores). *The Art of Advocacy in International Arbitration*. New York: Juris. pp. 23-47.

TARUFFO, Michele

2005 *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer. Madrid: Editorial Trotta.

2009 *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons.

2010 *Simplemente la verdad. El juez y la constitución de los hechos*. Traducción de Daniela Accatino. Madrid: Marcial Pons.

2012 *Teoría de la Prueba*. Lima: Ara Editores.

TAWIL, Guido

2004 “Attacking the Credibility of Witnesses and Experts”. En BISHOP, Doak y Edward KEHOE (editores). *The Art of Advocacy in International Arbitration*. New York: Juris. pp. 451-462.

UNIVERSIDAD DE ALICANTE

2009 Psicología del testimonio. Tema 3. Exactitud y fiabilidad del testimonio [diapositiva]. Consulta: 15 de octubre de 2016.

https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/12918/3/TEMA_3_Psicolog%C3%ADa%20del%20Testimonio.pdf

VERGER, Joan

2003 “Disposiciones generales de la prueba, prueba de interrogatorio de parte y testigos”. *Revista peruana de derecho procesal*. Lima, número 6, pp. 501-563.

2004 “La técnica de las pruebas orales como presupuesto de eficacia del juicio acusatorio”. *Revista peruana de derecho procesal*. Lima, número 7, pp. 529-562.

VÉSCOVI, Enrique

1984 *Teoría general del proceso*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis.

VALERA, Casimiro

2007 *Valoración de la prueba. Procedimientos civil, comercial y penal*. Segunda edición. Buenos Aires: Editorial Astrea.

VAN HOUTTE, Hans

2004 “Counsel-witness Relations and Professional Misconduct in Civil Law Systems”. En V.V. VEEDER and Laurent LÉVY (editores). *Arbitration and Oral Evidence*. Dossiers of the ICC Institute of World Business law, volumen 2, Kluwer Law International. pp. 105-113.

VON SEGESSER, Georg

2002 “Witness Preparation in International Commercial Arbitration”. *ASA Bulletin*. Geneve, volumen 20, número 2. p. 222-228.

WOLF, John y Kelly PRETEROTI

2007 “Written Witness Statements. A Practical Bridge of the Cultural Divide”. *Dispute Resolution Journal*. New York, volumen 62, número 2, pp. 82-88.

LA TESTIMONIAL EN LAS REGLAS DE LA IBA:
ÁRBITRAJE Y PROCESO CIVIL
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
JULIO DEL 2018, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007
LIMA 33, PERÚ

