**Héctor Óscar Méndez**

**Agustina Mercedes Méndez**

# LAS REGLAS DE PRAGA

## Recuperación de la tradición jurídica del derecho continental en el procedimiento del arbitraje comercial internacional

## SUMARIO

1.- Las Reglas de Praga

1.1.- Antecedentes

1.2.- Método de trabajo

1.3.- Propósitos, objetivos y finalidad

1.4.- Aplicación práctica

2.- Las Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional.

2.1.- Antecedentes

2.2.- Alcance y efectos

2.3.- Críticas a las Reglas de IBA

3.- Análisis de las Reglas de Praga

3.1.- Aplicación de las Reglas

3.2.- Respeto del debido proceso

3.3.- La iniciativa del tribunal. Fijación de hechos litigiosos. Prueba a producirse

3.4.- La reunión (o audiencia) preliminar

3.4.1. Aclaraciones e indicaciones

3.4.2. Calendario de actuaciones

3.4.3. Determinación de cuestiones previas. Presentación de alegatos escritos

3.4.4. Iniciativa en la determinación de los hechos y aportación de pruebas

3.4.5. Fijación del plazo de prueba

3.5.- Carga de la prueba

3.6.- Aplicación en el proceso arbitral del *iura novit curia*

3.7.- La audiencia de recepción de pruebas

3.8.- Asistencia a un acuerdo transaccional

3.9.- Incumplimiento de órdenes o instrucciones del tribunal

3.10.- Imputación de costas

3.11.- Audiencia. Laudo final

3.12.- Laudo basado en prueba documental

4.- Regulación de pruebas en particular

4.1.- Prueba documental

4.1.1 En poder de la parte. Obligación de aportación

4.1.2. En poder de la contraparte

4.1.3 Prescindencia del Discovery y del E Discovery.-

4.2.- Prueba testimonial

4.2.1. Ofrecimiento por las partes y decisión

4.2.2. Declaraciones testimoniales escritas

4.2.3. Denegatoria

4.2.4. Dirección y control del interrogatorio por el tribunal en la audiencia

4.3.- Prueba pericial

4.3.1. Propuesta y designación

4.3.2. Acta de misión y gastos (costes)

4.3.3. Informe pericial

4.3.4. Peritos de parte

5.- Diferencias entre ambas reglas

5.1.- Aspectos generales

5.2.- Incorporación de dos nuevos institutos

5.3.- Algunas diferencias en el tratamiento de los medios de prueba en particular

5.3.1. Prueba documental

5.3.2. Prueba testimonial

5.3.3. Prueba pericial

6.- Críticas y apoyos

7.- La comprobación de la verdad de los hechos. Diferencias entre el proceso civil del *common law* y del derecho continental

8.- La desactualización de la dicotomía proceso adversarial / inquisitivo

9.- Ideologías y procesos

10.- El diferente rol de las partes y abogados

11.- Nuestra postura

12.- *Soft Law.* Aplicabilidad de las Reglas de Praga

13.- La necesidad de las Reglas de Praga. El ejemplo precursor del CIAR

14.- Conclusión y consejo. Cláusula arbitral

## 1.- Las Reglas de Praga

### 1.1.- Antecedentes

El 14 de diciembre de 2018 en el palacio Martinicky, en la ciudad de Praga, capital de la República Checa, producto de los estudios efectuados por un Grupo de Trabajo con la participación de especialistas en arbitraje comercial internacional, representantes de más de 30 jurisdicciones nacionales en su mayoría adscriptas al sistema jurídico del derecho civil continental (o *civil law*) se aprobaron las "*Reglas Sobre Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional"*, conocidas como Reglas de PRAGA[1].

### 1.2.- Método de trabajo

En la nota de elevación de dichas Reglas efectuada por el Grupo de Trabajo se señala que sus miembros investigaron las **tradiciones procedimentales aplicadas** en el arbitraje internacional en sus respectivos países, para lo cual se requirió la opinión de

[1] Las Reglas están disponibles en el sitio web www.pragarules.com así como los integrantes del Grupo de Trabajo en su apéndice 1 (Turquía, Bulgaria, Bielorusia, Hungría, Lituania, Suecia, Alemania, Francia, Rusia, República Checa, Rumania, Suiza , Eslovenia, Polonia, Armenia, Noruega, Portugal, Kazajistán, Finlandia, Azerbaijan, Albania, Austria, Brasil, Georgia, Serbia, Ucrania, Eslovaquia, Estonia , Malasia, Kyrgystán, Nueva Zelanda, Latvia, Reino Unido).

profesionales cuya lista se indica en el apéndice 1 de las Reglas y que se trabajó sobre la base de las conclusiones de ese estudio.

El grupo de trabajó elaboró un primer borrador de las Reglas difundido en enero de 2018.

Se ha dicho que la semilla de lo que se ha denominado el apartamiento de la "americanización" del arbitraje internacional fue sembrada por operadores del arbitraje internacional en abril de 2017 en la 4ta conferencia de la Asociación Rusa de Arbitraje donde se concluyó en la imperiosa necesidad de contar con **reglas alternativas a otras ya existentes** en materia de prueba[2].

En la citada nota del Grupo de Trabajo se destaca que este borrador generó un intenso debate entre los especialistas arbitrales, con discusiones sobre su contenido en diferentes eventos arbitrales celebrados en todo el mundo, incluyendo Austria, Bielorrusia, la República Popular China, España, Estados Unidos de Norte América, Francia, Georgia, Letonia, Lituania, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rusia, Suecia y Ucrania.

Se aclara asimismo que las Reglas han sido inicialmente concebidas para su aplicación en las controversias afectantes a **compañías radicadas en jurisdicciones del derecho civil**, aunque el contenido de los debates permitió comprender que la utilización de las mismas podría extenderse de hecho a cualesquiera otros procedimientos arbitrales en los que la naturaleza de la disputa o su importe justificase una tramitación procedimental más directa.

Se añade que los comentarios recibidos de los especialistas arbitrales permitieron mejorar la redacción del borrador de las Reglas que finalmente fueran firmadas el 14 de diciembre de 2018.

### 1.3.- Propósitos, objetivos y finalidad

En dicha nota, como en el Preámbulo de las Reglas, se dan las siguientes razones que llevaron a su aprobación. Son las siguientes:

---

[2] ARGERICH Guillermo – ARGERICH Sol; FRANCISCO DA SILVA ESTEVEZ Juan Jorge. "Reglas de Praga. Nuevas normas del *soft law* para procedimientos en el arbitraje internacional" Disponible en www.pragarules.com/publications.

a. La frecuente coincidencia de los usuarios del arbitraje en la insatisfacción sobre el **tiempo y los costos** de los procedimientos arbitrales.
b. Incrementar la **eficiencia** del arbitraje.
c. La **potenciación de la iniciativa y de un rol más activo** de los tribunales arbitrales en su tramitación como se viene haciendo **en muchas jurisdicciones del derecho civil**, como una manera disponible para mejorar la eficiencia de los procedimientos arbitrales, con una **mayor involucración activa** del tribunal en su gestión lo cual, se añade, es generalmente bienvenido por los usuarios del arbitraje.
d. La finalidad de las mismas **no es reemplazar** las reglas ya facilitadas por varias instituciones, sino que están diseñadas **para complementar el procedimiento** acordado por las partes o para ser aplicadas por los tribunales arbitrales a una controversia específica.

### 1.4.- Aplicación práctica

Finalmente, se señala que las partes y los tribunales arbitrales pueden acordar la aplicación de las Reglas de Praga de las siguientes formas: a) como un documento vinculante; b) como directrices para todo o parte del procedimiento; c) pudiendo excluir la aplicación de cualquier parte de las mismas o decidir su aplicación parcial solamente; d) los tribunales arbitrales y las partes también pueden modificar sus disposiciones valorando las circunstancias particulares del caso.

Este aspecto deberá ser analizado a la luz de las previsiones del art.1 de las Reglas de Praga (aplicación de las Reglas de Praga).[3]

## 2.- Las Reglas de IBA (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional[4].

### 2.1.- Antecedentes

---

[3] Ver ap. 3.3.1

[4] Aunque se previó su traducción futura a otros idiomas, originariamente las reglas se encontraron disponibles solo en inglés en www.tinjurl.com.iba–Arbitration-Guidelines
Pueden verse en español en www.camaralima.org.pe/repositorioaps

En el año 1983 la IBA elaboró las reglas suplementarias de esa entidad que regulan la **Presentación y Recepción de prueba** en el arbitraje comercial internacional, luego modificadas en el año 1999, conocidas como **Reglas de la IBA** sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional. Estas Reglas fueron preparadas por el Grupo de Trabajo del Comité de Arbitraje compuesto por distinguidos profesionales especialistas en arbitraje comercial internacional habiendo sido muy utilizadas en la comunidad arbitral internacional.

Años después por resolución del Consejo de la IBA del 29 de mayo de 2010 se aprobó una versión revisada de esas últimas Reglas de la IBA sobre prueba desarrollada por el subcomité revisor, asistidos por miembros del grupo de trabajo de 1999.

Sostiene la IBA que dictó esas reglas como un recurso para proporcionar a las partes y a los árbitros un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de la prueba en el arbitraje internacional brindando **mecanismos para la presentación de documentos, testigos, peritos e inspecciones**, así como para el **desarrollo de las audiencias** en las que dicha prueba se deba practicar. Se afirma también que las reglas fueron diseñadas y utilizadas conjuntamente con reglas institucionales, *ad hoc* u otras reglas y procedimientos que puedan resultar de aplicación en arbitrajes internacionales.

Finalmente se recomienda a las partes que deseen adoptar las Reglas de la IBA sobre prueba que incorporen en la redacción del **convenio arbitral** un **texto modelo** que se sugiere[5]. Sin perjuicio de ello, se aclara que las partes y los tribunales arbitrales pueden adoptar las Reglas de la IBA sobre prueba en todo o en parte al inicio del arbitraje o en cualquier momento posterior. Podrán también modificarlas o utilizarlas como guía para el desarrollo de su propio procedimiento[6].

**2.2.- Alcance y efectos**

Si bien en el prólogo de las Reglas de IBA sobre prueba (texto de 2010) se dice -creemos que con escasa sinceridad- que las mismas reflejan procedimientos empleados

---

[5] "[Además de las reglas institucionales, ad hoc u otras reglas elegidas por las partes] las partes acuerdan que el arbitraje se desarrollara conforme a las reglas de la IBA sobre prueba que se encuentran vigentes a la fecha de [este acuerdo/ el inicio del arbitraje]"

[6] Preámbulo ap.2

en **diferentes sistemas legales** y pueden ser de particular utilidad cuando las partes provienen de **diferentes tradiciones legales,** lo cierto es que como se desprende de su simple lectura, las mismas se basan y adecuan sustancialmente a los principios y lineamientos esenciales del proceso anglosajón basado en el principio dispositivo irrestricto del *adversarial system,* y no en los de otros tipos de procesos como los del proceso civil de los ordenamientos jurídicos de Europa Continental, Iberoamérica, Asia y Oriente Medio adscriptos al sistema del derecho civil (o continental romano germánico) que en muchos aspectos difiere de aquellos.

De allí el lógico reclamo del mundo regido por este tipo de derecho en punto a la necesidad de contar con reglas similares incluidas en la misma categoría del hoy denominado *soft law* (derecho blando o flexible), pero adaptadas o respetuosas de las tradiciones, cultura jurídica y bases esenciales del sistema probatorio en general del proceso civil continental que sin perjuicio de las características y propias y principios específicos del proceso arbitral reconocen vasos comunicantes, lo que desembocara en la aprobación de estas nuevas reglas conocidas como Reglas de PRAGA[7].

### 2.3.- Críticas a las Reglas de IBA

---

[7] No es del caso analizar las particulares características y operatividad de lo que se considera hoy como normas del *soft law* por oposición a las normas del *hard law* o derecho duro proveniente de los órganos estatales en el campo del derecho internacional privado, cuya sola mención puede causar sorpresa a quien no se encuentre habituado al manejo de ese derecho.
Se ha dicho que el *soft law* son aquellas reglas y principios generales no coercitivos (o no imperativos) que algunos consideran como pre derecho que regulan los contratos internacionales y cuya obligatoriedad se deriva de la autonomía de la voluntad, cuando las partes deciden incorporarlo a sus estipulaciones o para servir de guía para la toma de decisiones de los árbitros y jueces principalmente en conflictos donde las partes no han elegido la ley aplicable que regirá sus convenciones.
El *soft law* surgió en la década de 1980 como una respuesta a los nuevos planteamientos teóricos motivados por el denominado nuevo orden económico internacional.
Con la globalización las empresas celebran contratos y pactan sistemas de resolución de conflictos que no se someten a ninguna jurisdicción estatal, lo cual ha generado la aparición de un derecho económico no estatal y también de una jurisdicción no estatal como lo es el arbitraje en el que la autonomía de la voluntad juega un rol preponderante.
Se trata de normas no estatales no vinculantes aprobadas por organizaciones internacionales no estatales como la Ley Modelo CNUDMI de 1985, los principios UNIDROIT (1995) etc., creados fuera de la constitucionalidad estatal o supraestatal, lo cual ha llevado a algunos a hablar de una nueva lex mercatoria.
Se ha señalado también que el *soft law* corresponde a cuerpos normativos que no obstante no ser vinculantes, **tienen relevancia jurídica** y albergan heterogéneas manifestaciones consensos internacionales que independientemente de su valor jurídico, se incorporan al discurso internacional y producen efectos que repercuten de diferentes formas en la formación, desarrollo, interpretación, aplicación, cumplimiento del derecho internacional, tanto en el ámbito interno de los Estados, como en el propio seno del derecho internacional.
Véase MARTI MINGARRO Luis "*Del summun jus al soft law*". Comunicación en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (España) 16 de febrero de 2015

Las Reglas de IBA si bien han sido muy importantes para el desarrollo del arbitraje comercial internacional fundamentalmente a partir de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de las Naciones Unidas de 1985 conocida como Ley CNUDMI (o Uncitral por sus siglas en inglés) han sido objeto de críticas por la antes indicada adscripción de estas reglas al sistema probatorio propio del *common law* en el que no solo generalmente se utiliza como único idioma el inglés sino que también en muchos aspectos se aleja sobre los principios esenciales del sistema probatorio utilizado en el proceso civil continental.

Ello dificulta el acceso al arbitraje comercial internacional no solo de las partes sino también de los abogados de los países que abrevan en este tipo de ordenamientos del Derecho Civil, o continental entre ellos los de Iberoamérica, como se verá infra al analizar los motivos que llevaron a la creación del Centro Iberoamericano de Arbitraje Regional (CIAR)[8].

Las partes que no están regidas por el sistema del common law se ven obligadas así a afrontar mayores costos provocados por tener que manejar procedimientos diferentes con reglas probatorias más complejas a las que tradicionalmente no están acostumbradas, que además insumen una mayor duración. Se omite señalar, pero es una realidad, que ello obliga a recurrir a los servicios de un grupo muy selecto y reducido de grandes estudios que manejan los principios esenciales del *adversarial system* aplicados al procedimiento arbitral, que han hecho de ello su exclusivo objeto laboral utilizando fundamentalmente el arbitraje institucional de importantes y prestigiosas entidades con sede generalmente en París, Londres y Estados Unidos cuyos reglamentos se adecúan en general también a esos lineamientos probatorios angloamericanos.

Las críticas efectuadas desde el mundo del derecho civil contra la utilización de ese sistema en su órbita por considerarlo inadecuado a sus conocimientos, costumbres y cultura jurídica han sido recogidas en general por el Grupo de Trabajo que elaboró las Reglas de Praga sosteniendo que ello provoca plazos y costos excesivos con pérdida de efectividad del sistema arbitral fundamentalmente en estos aspectos: a) el rol activo de las

partes y sus abogados en el control y producción de las pruebas frente a un actuación excesivamente pasiva del Tribunal Arbitral según los principios básicos del *adversarial system*; b) la utilización de la mecánica del *Discovery y del E Discovery* extraños al sistema continental; c) la excesiva aportación o exhibición de documentos; d) la existencia de demasiados testigos y peritos que deben participar en una compleja y extensa audiencia probatoria; e) la formulación de extensos interrogatorios y contrainterrogatorios a los testigos y peritos en la citada audiencia (*cross examination*) y fundamentalmente el conferimiento del control exclusivo del proceso a las partes, dejando a los árbitros en un rol excesivamente pasivo-

**3.- Análisis de las Reglas de Praga**

Las Reglas de Praga se vuelcan en 12 artículos con una técnica legislativa "*lato sensu*" mucho más genérica y menos detallista que las Reglas de IBA. Se basan en principios generales[9] y en el conferimiento de generosas facultades al tribunal para resolver las cuestiones que se susciten previo escuchar la opinión de las partes, con lo cual se evitan excesivas tramitaciones y fundamentalmente nulidades por abuso de la utilización de las reglas del debido proceso en el sentido del *due procces of law* anglosajón[10].

Sin perjuicio de ello cabe anticipar que tal como surge de su propia lectura las Reglas de Praga no solo abordan la cuestión particular de la práctica de la prueba en el arbitraje comercial internacional con especial atinencia a la documental, pericial y testimonial (y la inspección o reconocimiento por parte del tribunal, en menor medida) como lo hacen las Reglas de IBA, sino que entran de lleno en la estructuración y trámite del procedimiento arbitral, luego de recepcionada la demanda arbitral y en su caso la

---

9 DAMASKA Mirjan R "*El derecho probatorio a la deriva*", Ed. Marcial Pons, Colección Proceso y Justicia, Bs.As. Madrid. 2015, pág. 26-1. "*El abrazo a la Complejidad"*

10 Destaca HENRIQUEZ Duarte G. en uno de los trabajos mas claros sobre el tema que contrariamente a las previsiones detalladas de las Reglas IBA las Reglas de Praga solo dan principios generales. Previsión abierta que permite al tribunal determinar las condiciones particulares y específicas de la audiencia, que es uno de los aspectos fundamentales donde el tribunal falla y donde se nota la habilidad del árbitro. En suma la norma confia en la experiencia y habilidades del tribunal para conducirla – "The Prague Rules: Competitor, Alternative or Addition to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration", publicado en ASA Bulletin (Volume 36, No. 2, 2018)

contrademanda y sus contestaciones, reconvención y sus contestaciones (que deberá contener la aportación de la prueba documental y el ofrecimiento de la restante de que las partes intenten valerse), incluyendo aspectos novedosos y no contemplados por las Reglas de IBA inspirados en el proceso continental como el *iura novit curia* o la ayuda por parte del tribunal arbitral a las partes en la autocomposición, que superan el aspecto probatorio. De allí que creemos adecuada su denominación como "*Reglas sobre tramitación eficiente de los procedimientos en el arbitraje Internacional*".

**3.1.- Aplicación de las Reglas:**

Conforme al principio general del respeto de la autonomía de la voluntad en el arbitraje se establece que la aplicación de las mismas procederá en los siguientes casos y oportunidades que vale la pena recordar y tener bien claro: a) por acuerdo de **las partes** antes del comienzo del arbitraje e incluso en cualquier etapa del mismo (art. 1.1.); b) por el tribunal arbitral a petición de las partes o en su defecto de oficio y después de haber oído a las partes (art. 1. 1.2).

Respecto de esta última posibilidad entendemos que como toda norma del *soft law* solo es de aplicación **voluntaria por las partes** razón por la cual pensamos que la aplicación de oficio por el tribunal solo procedería si las partes al ser escuchadas respecto de la voluntad del tribunal de utilizarlas lo aprueban expresamente o manifiestan que no tienen objeciones a su aplicación. También si guardan silencio frente a una concreta propuesta del tribunal respecto de la que tengan obligación de expedirse, pero nunca frente a la oposición de alguna de ellas porque las reglas del *soft law,* por su propia naturaleza, solo son aplicables ante el consentimiento de las partes. En todo caso se deberán observar además las disposiciones legales imperativas de la *lex arbitri* y la de los reglamentos (institucionales) aplicables de los acuerdos procedimentales de las partes (art. 1.3).

Por ello no compartimos las críticas que se le han efectuado a las Reglas en este aspecto y a la interpretación que se hace en cuanto consideran que con solo haber oído a las partes y aún ante la oposición de alguna de éstas o de ambas el tribunal arbitral podría aplicar no obstante las Reglas de Praga. No es eso lo que las Reglas disponen.

**3.2.- Respeto del debido proceso**

Se destaca en forma expresa que no solo en la aplicación de las Reglas sino también durante todas las fases del arbitraje, el tribunal asegurará **el trato justo y equitativo** a las mismas debiendo proporcionarles la oportunidad suficiente para exponer sus casos respectivos (conocidas como *reglas del debido proceso*, que resultan de obligatorio respeto e irrenunciables en los procedimientos del *civil law*) (art. 1.4.)

**3.3.- La iniciativa del tribunal**. **Fijación de hechos litigiosos. Prueba a producirse**

Este tema constituye sin dudas la piedra angular y el principal objetivo de las Reglas de Praga que, como se vio, pretenden adecuar la etapa de producción de las pruebas en el arbitraje comercial internacional a los lineamientos básicos o sustanciales de los procedimientos en el derecho civil o *civil law* fundamentalmente en lo que hace a la los *poderes* o *facultades o atribuciones de los árbitros* en esta etapa procesal. Y es así que respondiendo a la esencia misma del proceso civil del sistema continental europeo se confiere al tribunal arbitral -siempre claro está respetando como se vio las particularidades y principios propios del proceso arbitral- facultades y atribuciones superiores a las que se le confieren en el sistema procesal del *common law,* más ligado a la autonomía de la voluntad de las partes y al individualismo mediante el *adversarial system* que lo caracteriza (art. 2).

**3.4.- La reunión (o audiencia) preliminar**

Esa amplia iniciativa del tribunal arbitral, de consuno con los objetivos de las Reglas, contempla la obligación de celebrar sin demora injustificada después de recibido el caso una **reunión preliminar** que se paraleliza con la **audiencia preliminar** del proceso civil continental europeo[11].

Esta figura paradigmática del moderno proceso civil de fines del siglo XIX que luego se expandiera en general a varios países adscriptos al sistema del derecho civil

---

[11] FARIREN GUILLEN "*Estudios de derecho Procesal"*, Madrid 1955, p.223 y sig. id, "*Sugerencias prácticas sobre el contenido de la audiencia preliminar*", comunicación a Congreso "*Un códice tipo di Procedura Civiled Per l´America Latina*, Roma 1988

encuentra sus orígenes en el derecho procesal austríaco[12] y ha adquirido tal relevancia en el mismo que ha llevado a los procesalistas del derecho continental a considerarlo como **el fenómeno más importante del siglo XX**[13]**.**

Esta reunión previa o preliminar del proceso arbitral que adoptan las Reglas de Praga siempre bajo un marco de amplias y generosas facultades conferidas al tribunal, atiende en esta etapa inicial o **temprana** del proceso a satisfacer en un mismo acto varios objetivos conjuntos respecto a la fijación de los hechos y cuestiones litigiosas, pretensiones de las partes y sus fundamentos legales, aportación o exhibición de documentos en poder de la contraparte, medios de prueba que deberán producirse y la fijación del calendario de actuaciones, tendientes a ir saneando y delimitando el marco del proceso depurando lo que constituirá objeto de prueba.

De tal forma, mientras el sistema del *adversarial system* otorga un rol preponderante a la producción de toda la prueba de expresión oral en la audiencia de prueba (que en cierta forma se paraleliza con la audiencia de vista de la causa en el proceso civil por audiencias), en la que se limitan detallada y taxativamente las facultades del tribunal, en el proceso civil se repotencian las facultades y poderes del juez en esta etapa temprana con el objeto de ir fijando los hechos litigiosos o que realmente se encuentran controvertidos entre las partes y las pruebas que deberán producirse para

---

[12] Insertada por Franz KLEIN en la Z.P.O. austríaca de 1895 (*Zivilprozessordnung)* luego modificada en 1983. La institución fue también adoptada por el derecho alemán en la llamada "*experiencia de Stuggart*" en la que los tribunales de esa ciudad aun sin texto legal expreso la pusieron en práctica concentrando en una audiencia los trámites iniciales del proceso previos a la instancia probatoria, la delimitación de los hechos litigiosos, la prueba a producirse, la resolución de cuestiones previas y generalmente la concreción de un intento conciliatorio. Experiencia luego receptada en la Z.P.O alemana de 1976.
En la región iberoamericana fue recogida también en el *Código Modelo del Proceso para Iberoamérica* de 1988 y de allí en adelante en la mayoría de los regímenes procesales modernos.
El sistema anglosajón cuenta también con mecanismos que guardan cierta similitud aunque no se articulan concentradamente como la etapa del pre trial como una etapa preparatoria del juicio que tiene lugar predominantemente entre las partes, sin perjuicio de la intervención del órgano jurisdiccional, mediante el intercambio de escritos tendiente a determinar los materiales básicos, la determinación de las cuestiones –controvertidas- BERIZONCE Roberto O. "*La audiencia preliminar en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*", Comunicación a las XIIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Cernavaca,1992 publicada en XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal U.N.A.M. México 1993, pág. 451 y sig Ap. Las tendencias que se reflejan en la Legislación Comparada

[13] BARRIOS de ANGELIS Dante "*Audiencia Preliminar: Sistema y método"* La Ley (Buenos Aires) T. 1988-A Secc. Doctrina 11067, ap I.1.1.; también anteriormente en "*La audiencia preliminar*", en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Montevideo 1975 nro. 1 pág 11

probar su realidad, no solo según lo que consideren las partes, sino también las que el juez (o en su caso el árbitro) estime adecuado para la búsqueda de la verdad real .

3.4.1. Aclaraciones e indicaciones

En oportunidad de esta reunión el tribunal **deberá** (art. 2.1)

a) **Aclarar** con las partes sus respectivas posiciones sobre: pretensiones de las partes; los **hechos no controvertidos y controvertidos** para o entre ellas y los **fundamentos legales** en los que las partes basen sus posiciones (art. 2.2.b i, ii y iii).

En caso de que las partes no hayan expuesto razonablemente sus posiciones en esta reunión preliminar el tribunal **deberá** abordar las cuestiones indicadas en el apartado b) en una fase posterior del arbitraje (art. 2.3)

b) Se añade que en esta reunión o en una etapa procedimental posterior, el tribunal **podrá** también -si lo considera apropiado- **indicar** a las partes:

1.- Los hechos que considera no controvertidos y que considera controvertidos entre las partes;

2.- Sobre los hechos controvertidos, los medios de prueba que el tribunal arbitral considera apropiados para demostrar las respectivas posiciones de las partes;

3.- Su entendimiento de los fundamentos legales en los que las partes basen sus respectivas posiciones;

4.- Las acciones que las partes y el tribunal arbitral podrían adoptar para acreditar los hechos y fundamentos legales de la demanda y de la contestación;

5.- También se prevé que el tribunal arbitral podrá dar su opinión preliminar sobre: la distribución de la carga de la prueba (i), las pretensiones (ii) las cuestiones controvertidas (iii) y el valor y relevancia de la prueba aportada por las partes (iv)

Se aclara que estas opiniones no serán consideradas como una prueba de la falta de independencia o de imparcialidad del tribunal arbitral y no constituirán motivos de excusación en tanto no constituyen prejuzgamiento al no expedirse definitivamente sobre esos temas (art. 2.4).

3.4.2. Calendario de actuaciones

El tribunal deberá **discutir** el calendario de actuaciones con las partes y una vez oídas éstas establecerlo (arts. 2.1 y 2.5).

3.4.3. Determinación de cuestiones previas. Presentación de alegatos escritos

Finalmente, se establece que al determinar el calendario de actuaciones y una vez oídas las partes el tribunal podrá considerar algunas de las cuestiones de hecho o de derecho como de previo pronunciamiento, limitar los turnos de alegaciones escritas y su longitud y fijar plazos estrictos para su presentación.

3.4.4. Iniciativa en la determinación de los hechos y aportación de pruebas (art.3).

No solo se confieren facultades al Tribunal arbitral sino que además se lo alienta, para **adoptar la iniciativa** en el establecimiento de aquellos hechos del caso -obviamente dentro de los denunciados por las partes- que considere relevantes para la resolución de la controversia sin que ello las libere de su carga de la prueba (art. 3.1).

También se autoriza al tribunal para que de oficio y previa consulta a las partes y en cualquier fase del arbitraje (art. 3.2): solicite a cualquiera de ellas que aporte pruebas documentales relevantes o que ponga a disposición los testigos para que presten declaración durante la audiencia (a); nombre a uno o más peritos incluso sobre asuntos jurídicos (b); ordene inspecciones (o reconocimientos) oculares (c) y en general adopte aquellas otras medidas que considere apropiadas para la determinación de los hechos

3.4.5. Fijación del plazo de prueba

Se prevé finalmente que el tribunal arbitral podrá establecer un plazo perentorio para la remisión de la prueba a las actuaciones (tal vez hubiera sido mas conveniente que dicho plazo sea para la recepción de la prueba en las actuaciones) y rechazar la admisión de nueva prueba que se presente tras el vencimiento de dicho plazo, salvo la concurrencia de circunstancias excepcionales (art. 3.3).

**3.5.- Carga de la prueba**

Se mantiene el principio general de la carga de la prueba de sus pretensiones por las partes (art. 7.1) –hoy bastante flexibilizado por aplicación de otros principios morigeradores del mismo como el de **facilidad probatoria** que obliga a probar a la parte a la que le resulte más fácil hacerlo -.

Cabe señalar que este principio tampoco se opone al conferimiento de mayores facultades y poderes al tribunal para disponer la producción de alguna prueba de oficio que considere procedente para la investigación de los hechos controvertidos aunque no estuviese ofrecida por las partes siempre que se respete la bilateralidad y el derecho de defensa de las mismas.

**3.6.- Aplicación en el proceso arbitral del *iura novit curia***

Las Reglas de Praga admiten también en forma expresa la posibilidad del tribunal arbitral de aplicar -al dictar el laudo- disposiciones legales que no hayan sido invocadas por las partes cuando lo estime necesario, incluyendo, entre otras a las normas imperativas. Se aplica así el principio del *iura novit curia,* aforismo o brocárdico latino característico del proceso del derecho civil continental que significa que "*el juez conoce el derecho*" y consecuentemente aplica la norma que considera procedente sin perjuicio de la invocada por las partes.

Se ha entendido que la expresión *iura* se refiere a la aplicación del derecho objetivo, habiéndosele conferido al mismo un sentido amplio considerando no solo a la norma establecida por la ley sino también en el derecho consuetudinario, los usos y costumbres. Por aplicación de este principio se entiende que aunque las partes no invoquen el derecho o lo hagan de manera errónea, al juez (o en nuestro caso al árbitro) le corresponde calificar la relación sustancial de la litis y determinar la norma jurídica que rige[14]. La palabra *novit* significa conocer[15] mientras que el término ***curia***, ha sido entendido en un sentido amplio refiriéndose a la persona de un juez, tribunal o corte, lo cual creemos que no excluye al árbitro en el arbitraje de derecho, en cuyo caso alguna doctrina habla del *iura novit arbiter* (el arbitro conoce el derecho).[16]

Esta máxima acuñada por la jurisprudencia del derecho continental romano germánico en materia de derecho civil desde el siglo XVI, alude a la necesaria libertad

---

[14] ALSINA Hugo "Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", Bs.As. Ed. Ediar,1963 t. II pág. 246

[15] Proveniente de "*nosco*", *"noscis*", "*novi*", "*notu*," *"noscere"*

[16]MATHEUS LOPEZ Carlos "*Sobre la aplicación del principio Iura Novit curia en el arbitraje internacional"* Disponible en https://www.linkedin.com/pulse/sobre-la-aplicaci%C3%B3n-del-principio-iura-novit-curia-en-matheus-l%C3%B3pez

con que debe moverse el sentenciante o adjudicante para subsumir los hechos alegados y probados por las partes dentro del derecho objetivo que rige el caso[17].

Tiene relación con otro principio basado en otra locución latina "*da mihi, dabo tibi ius*"[18] (*o narra mihi factium, dabo tibi jus*), esto es "dadme los hechos yo pondré el derecho". Según este principio el tribunal tiene la facultad y el deber de examinar los litigios y de dirimirlos según el derecho vigente (en el caso del arbitraje el derecho objetivo convenido por las partes o en su defecto determinado por los árbitros o el tribunal), calificando de modo autónomo la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos legales que enuncien las partes, o aún en ausencia de ello, aunque siempre enmarcada dentro de las cuestiones sometidas por las partes y los términos de la litis.

Se ha dicho en tal sentido que suplir el derecho silenciado por las partes o mal invocado por éstas no es solamente una atribución propia del juez (o del árbitro de derecho, en su caso) sino que por el contrario ello constituye para él un deber irrenunciable. Ello así en tanto se trata de un órgano de carácter técnico cuya función es precisamente la de aplicar el derecho con rectitud[19]. Y por ello debe suplir la ignorancia de las partes contendientes e incluso subsanar los errores que éstas hayan cometido al fundar sus pretensiones y defensas[20]. Debe quedar claro que por aplicación de este

---

[17] DAMASKA Mirjan R, "Las caras de la justicia y el poder del Estado", cit.. Señala que en su origen se aplicaba solo a la ley romana y canónica en las que se entrenaban los jueces, no al derecho consuetudinario ni a las ordenanzas ciudadanas que eran desconocidas por los jueces. Añade que su origen se remonta aún a los juristas del siglo XII que ya distinguían la facultad del juez para "añadir" (suplere) a las teorías legales de las partes así como a los alegatos sobre cuestiones de hecho- pag.201 con cita de K.W. Nöbzeit, "Zur Stellung des Richters in Gelherten Prozess de Frübzeit, 18 (München,1967)

[18] MORON Palomino Manuel "Derecho Procesal Civil, Cuestiones Fundamentales, Madrid, Marcial Ponz 1993, pág 330. Observa el autor que el principio iura novit curia, se basa precisamente en la distinción entre *quoestio facti y quoestio juri*s

[19] Lo cual ratifica nuestra opinión de que independientemente de la voluntad de las partes, en el arbitraje de derecho el árbitro debiera ser necesariamente un profesional graduado en esa disciplina, siendo que por lo demás si las partes quisieran que dicha tarea la realizara cualquier persona y sin sujeción a normas legales pueden optar por el arbitraje de equidad

[20] PEYRANO Jorge W. "*El Proceso Civil"* Ed. Astrea, Bs.As. 1978 pág. 97

principio no se pueden alterar las bases fácticas del litigio, la *causa petendi* ni tampoco la admisión de hechos o defensas no esgrimidas por las partes[21].

En muchos sistemas continentales el juez puede decidir legítimamente un caso sobre una teoría legal no sometida a argumento de los abogados mediante la aplicación de este principio *iura novit curia*[22].

Este principio importa una limitación a la aplicación del principio dispositivo puro respecto de la formulación de las cuestiones de derecho característico del *adversarial system,* que enancado el principio de la autonomía de la voluntad y el exclusivo interés particular o individual de las partes reconoce el señorío, el pleno derecho sobre los derechos sustanciales y procesales involucrados donde la denuncia de su derecho por las partes compromete al adjudicador (juez o árbitro) que no podrá apartarse de lo manifestado o decidido por ellas. El adjudicador debe decidir el caso dentro de los límites jurídicos prescriptos por las partes (o sus abogados). La más calificada doctrina comparatista procesal ha destacado que hasta hace muy poco tiempo en muchas jurisdicciones del *common law* se ha discutido si el juez podía invocar una autoridad jurídica que las partes no habían citado e incluso muchos jueces ingleses siguen considerando impropio apoyarse en un precedente o un argumento jurídico que el abogado de las partes no haya sondeado y si al juez le parece que las partes han pasado por alto un poder importante, dejará que haya más vistas del caso[23].

Desde la última década del siglo pasado en procura del logro de decisiones más justas se ha notado una flexibilización de ese esquema clásico del proceso en el *common law* que acercándose al proceso del derecho continental civil ha reconocido la necesidad de conferir mayores facultades a los jueces, restringiendo las de las partes, sobremanera en materia de instrucción probatoria, reemplazando las **pruebas de los hechos** traídos

---

[21] LOUFTAYF Ranea Roberto G., director, AAVV, "*Principio dispositivo*", Ed. Astrea, Bs.As. 1ra reimpresión 2016 pág. 342/343

[22] DAMASKA Mirjan R. "Las caras de las justicia y el poder del Estado. Análisis comparativo del proceso legal", Editorial Jurídica de Chile, 2000, ap. 4. El proceso como resolución de conflictos. iii Control de las partes sobre los procesos. Formulación de las cuestiones de derecho pág. 201

[23] DAMASKA Mirjan R. "Las caras de las justicia y el poder del Estado. Análisis comparativo del proceso legal", ob. cit. loc. Cit. pág. 201

por las partes, por la **prueba de la verdad** de los hechos. En ese proceso de apertura las modernas regulaciones procesales han cambiado el rumbo clásico pasando a conferir mayores facultades a los jueces en el procedimiento probatorio como sucediera con los procesos judiciales con el dictado de las *Civil Procedural Rules* de 1998 en vigencia desde el año 1999, aspecto que abordamos en el capítulo 7.

El arbitraje no ha resultado ajeno a la tendencia hacia la flexibilización del modelo procesal clásico del *adversarial system* que domina los sistemas procesales del *common law*. En tal sentido cabe recordar que la ***Arbitration Act Inglesa* de 1996** admite y regula expresamente el *iura novit curia* –aunque sin mencionarlo como tal -al establecer que "*el tribunal decidirá las cuestiones procesales y de evidencias sujeto al derecho de las partes de acordar cualquier cuestión (1). Las cuestiones procesales y de evidencia incluyen (2) ….g) cuando y con que extensión el tribunal podrá por si mismo tomar la iniciativa en establecer los hechos y el derecho"*[24].

En el mismo sentido la "*International Law Association Recommendations on Ascertainting de Contents of de Aplicable Law in International Comercial Arbitration"* (Recomendaciones de la Asociación de Derecho Internacional para la fijación de los contenidos de la ley aplicable al arbitraje comercial internacional) ha señalado que si los árbitros quieren basarse **en fuentes no invocadas por las partes** deben brindar esas fuentes a las partes e invitarlos a comentarlas, al menos si esas fuentes van mas allá de las fuentes que las partes hayan invocado, y puedan afectar significativamente la solución del caso. Los árbitros pueden recurrir a esas fuentes adicionales sin noticia a las partes si esas fuentes meramente corroboran o refuerzan otras fuentes ya apuntadas por las partes (….) Si en el contenido de la ley aplicable, pueden considerar reabrir el procedimiento para permitir a las partes hacer mayores consideraciones sobre las cuestiones legales, pero solo en la extensión necesaria para fijar

---

[24] Sección 34 inc.1 y 2 literal g. Traducción propia. Cit por MATHEUS LOPEZ Carlos "*Sobre la aplicación del principio Iura Novit curia en el arbitraje internacional"* ob cit.-

las cuestiones legales abiertas y tomar en cuenta consideraciones de relevancia en tiempo y costos[25].

En suma, de conformidad con este principio arraigado en el proceso civil continental el juzgador tiene la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos litigiosos y resolver según el derecho vigente (en el caso de arbitraje de derecho), calificando en forma autónoma la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas que -dentro del derecho aplicable- la rigen con prescindencia de los fundamentos que hubieran enunciado las partes.

Las Reglas de Praga al receptar este principio prevén que el tribunal arbitral recabará el parecer de las partes sobre las **normas legales** que intenten aplicar pudiendo apoyarse también en **antecedentes legales** –aunque no hayan sido citados por éstas– (sin aclarar de qué tipo) siempre que se refieran a disposiciones legales alegadas por las partes y que éstas hayan tenido oportunidad de expresar su parecer sobre su contenido (art. 7.2).

En suma, si bien la aplicación de la máxima *iura novit curia* aparecería en principio reñida con la autonomía de la voluntad de las partes que ha de respetarse en el arbitraje -como lo es la de elegir el derecho aplicable-, creemos que no existe tal restricción toda vez que cabe entender que sin perjuicio de la elección por las partes del derecho de fondo aplicable (*lex arbitri*) los árbitros podrán aplicar para resolver el caso llevado a su decisión jurisdiccional otras normas legales (o consuetudinarias) diferentes de las señaladas por las partes, siempre claro está dentro de esa lex arbitri elegida por ellas.

**3.7.- La audiencia de recepción de pruebas**

Esta audiencia de recepción de pruebas o audiencia probatoria tiene en las Reglas de Praga una importancia más reducida que similar audiencia según las Reglas de IBA. En primer lugar, porque a fin de evitar costos innecesarios se realizará cuando el tribunal lo considere pertinente. Se pretende que con la finalidad de promover la eficiencia y siempre que resulte adecuado para un asunto concreto, el tribunal arbitral y las partes

---

[25] Resolución 6/2008 puntos 10 y 11.Cit por MATHEUS LOPEZ Carlos "*Sobre la aplicación del principio Iura Novit curia en el arbitraje internacional"* ob cit.

intenten resolver la controversia sobre la **base de los documentos remitidos a las actuaciones** (art. 8.1).

Si una de las partes solicita la celebración de una audiencia o el tribunal considera procedente su celebración, las partes y el tribunal organizarán la misma de la manera más eficiente posible, incluyendo la posibilidad de limitar su duración y la utilización de video y comunicaciones electrónicas o telefónicas para evitar que los demás miembros del tribunal arbitral, partes y otros participantes incurran en gastos innecesarios de desplazamiento (art 8.2.)

**3.8.- Asistencia a un acuerdo transaccional**

Receptando lo que también es común en el proceso del *civil law* y constituye una de las cuestiones que el juez debe abordar en la audiencia preliminar, las Reglas de Praga prevén no como obligación sino como facultad del tribunal arbitral "*ayudar"* a las partes a alcanzar una solución transaccional de la controversia durante cualquier fase del arbitraje, tanto en el caso que se lo soliciten éstas como de oficio salvo que concurra la objeción de una de las partes (art. 9.1.).

Se añade que cualquier componente del tribunal arbitral también podrá actuar *como mediador* para alcanzar una solución transaccional de la controversia, para lo cual se requiere un previo consentimiento escrito de **todas las partes** (art. 9.2).

Si la mediación no resulta en un acuerdo dentro del plazo acordado, el componente del tribunal arbitral que haya actuado como mediador: (art. 9.3) podrá continuar participando en el procedimiento arbitral solo si obtiene un nuevo consentimiento escrito de todas las partes al finalizar la mediación (inc. a); si no obtuviese tal consentimiento

escrito finalizará su mandato de conformidad con las disposiciones arbitrales aplicables (inc. b)[26]

### 3.9.- Incumplimiento de órdenes o instrucciones del tribunal

Bajo el título "conclusiones desfavorables" se establece que si una parte incumple las órdenes o las instrucciones del tribunal arbitral sin justificación, el tribunal arbitral, cuando corresponda, podrá derivar conclusiones desfavorables para esa parte sobre ese aspecto o sobre su asunto.

La norma no es más que la consecuencia de las amplias facultades instructivas y de averiguación de la verdad real que se confieren al tribunal arbitral y de la buena fe procesal que cabe presumir en quienes intervienen en un proceso de naturaleza tipo jurisdiccional (no judicial) (art. 10).

---

[26] Esta norma consagra el intento de autocomposición -en este caso intraprocesal- mediante la figura de la mediación

Si bien la autocomposición se encuentra acuñada en la historia del proceso civil continental y se aplicó con diferentes resultados, lo fue siempre exclusivamente bajo la figura de la *conciliación* que parece igual pero no es lo mismo que la novel mediación.

La conciliación continental no obstante su centenaria vigencia fue prácticamente desplazada sin mayor explicación con el repentino desembarco de la **mediación** norteamericana en los primeros años de la década de 1990, en América meridional, que llega a similar resultado de la solución del conflicto por las propias partes con la ayuda de un tercero imparcial, cuyas funciones y roles son diferentes en ambas figuras.

Precisamente el intento de conciliación de las partes por parte del juez o tribunal civil es una de los aspectos que deben ser abordados en la audiencia preliminar en la mayoría de los sistemas procesales continentales.

Cabe recordar que incluso algunas constituciones europeas como la Española de 1812 contemplaron la **conciliación prejudicial obligatoria** en todos los juicios de civiles o penales por injurias. Ese oficio era ejercido por el alcalde de cada pueblo quien ayudado por "dos hombres buenos" nombrados uno por cada parte, debía oír al demandante y al demandado debiendo enterarse de las razones en que respectivamente apoyen su intención. Luego de oír el dictamen de esos dos asociados, tomará la providencia que le parezca propia para poner el fin de terminar el litigio. Si las partes aceptan esa decisión extrajudicial que no resultaba obligatoria se terminaba el litigio.

No se podía entablar pleito alguno sin hacer constar que se ha intentado el medio de la conciliación (arts. 281/284)

No es el caso detenernos en analizar en esta oportunidad las diferencias entre esa **conciliación** –propia del *civil law* y la **mediación** -norteamericana o mediación lineal de la escuela de Harvard que es la que generalmente se ha introducido luego de la vigencia de la nueva economía en los últimos 20 años del siglo XX- señalando que mientras que la primera es una autocomposición según valores la segunda lo es solo según los intereses particulares de las partes.

La conciliación guardó siempre también relación con el arbitraje, llegándose a considerar que constituía una antesala necesaria del mismo para resolver los pleitos sin intervención de la justicia

Personalmente, consideramos que se debió hacer referencia a la conciliación sobremanera encontrándose vigente una norma del *soft law* que fija las bases de la conciliación como lo es la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional aprobada en la 52º Sesión plenaria del 19 de noviembre de 2002 (que genéricamente abarca otras figuras como la mediación). Consideramos que si de respetar las tradiciones y cultura jurídica se trata hubiera resultado conveniente seguir no solo su denominación sino también el procedimiento establecido por esta ley modelo que lamentablemente no ha tenido el mismo éxito que la de Arbitraje Comercial Internacional y llamativamente ha sido muy poco difundida y es poco conocida.

Hemos tenido oportunidad de analizar antes de esta ley modelo de conciliación sus aparentemente sutiles pero sustancialmente profundas diferencias con la mediación norteamericana en oportunidad del desembarco de esta última en la República Argentina por Ley 24.573 (1995) propiciando la conveniencia del mantenimiento de la conciliación del derecho continental aunque debidamente actualizada o modernizada. MENDEZ Hector O. "*La conciliación como revitalización como medio alternativo de resolución de conflictos Un proyecto trascendente para la Provincia de Bs.As*." - El Derecho, Bs.As., vol 176-1998 pág. 929

### 3.10.- Imputación de costas

Lo indicado en el punto anterior tiene incidencia también en lo que se relaciona con la imputación o imposición de costas previéndose que al decidir sobre su distribución en un laudo -según el resultado del mismo-, el tribunal arbitral *podrá valorar la conducta procedimental* de las partes en el arbitraje, incluida su cooperación y asistencia –o su carencia– en la tramitación eficiente y diligente del procedimiento, imputándolas (o imponiéndolas) a la parte que no haya cumplido con esa obligación, creemos que para morigerar el principio objetivo de la derrota inspirado en CHIOVENDA y graduarlas en consideración, además del resultado final obtenido a la conducta procesal de las partes (art.11).

### 3.11.- Audiencia. Laudo final

Se aborda la audiencia probatoria aunque sin adoptar su completa denominación como la clásica vista de la causa del proceso por audiencias, refiriéndose solamente a "*la audiencia*" cuando se ordena al tribunal a deliberar tanto "*antes de la audiencia"* y una vez finalizada la misma tan pronto y como sea posible (art. 12.2 primera parte), entrando en la faz preparatoria del laudo final, estableciendo bajo el término "deliberaciones", que el tribunal arbitral hará sus mejores esfuerzos para **emitir un laudo tan pronto como le sea posible** (art. 12.1).

### 3.12.- Laudo basado en prueba documental

En el supuesto de que el arbitraje esté basado exclusivamente en prueba documental, el tribunal arbitral deliberará tan pronto hayan sido aportados todos los documentos a las actuaciones, lo cual torna innecesario transitar por el proceso de producción de otras pruebas y transitar por la segunda audiencia o audiencia de vista de la causa (art. 12.2 segunda parte)

## 4.- Regulación de pruebas en particular

Las Reglas de Praga se detienen en particular en la regulación de los tres medios de prueba clásicos que suscitan mayores diferencias con el *adversarial system* como lo son la prueba documental, testimonial y pericial.

**4.1.- Prueba documental (art. 4)**

4.1.1 En poder de la parte. Obligación de aportación

La prueba documental de las que intente servirse cada pare deberá ser aportada a las actuaciones arbitrales "*tan pronto como sea posible*" (4.1).

4.1.2 En poder de la contraparte

Las Reglas de Praga prevén -como es costumbre en el sistema del *civil law*- que si una parte considera conveniente requerir a la parte contraria la **aportación** de determinados documentos *deberá* indicárselo así **al tribunal arbitral** en oportunidad de la realización de esta **reunión o audiencia preliminar** (creemos que si lo hizo antes debería reiterarlo en esta reunión) justificando los motivos por los que, en su opinión y en ese asunto específico, puede proceder la exhibición documental.

Esta solicitud procederá cuando el documento sea determinante para la resolución del caso, no sea de dominio público y esté en posesión o bajo el control de la parte contraria (art. 4.5. a, b y c).

En tal caso si el tribunal arbitral resulta convencido de la necesidad de la exhibición documental, deberá prever un incidente de aportación documental e incluir su tramitación en el calendario de actuaciones (art. 4.3. 2.5)

Sin perjuicio de ello, concurriendo circunstancias excepcionales la parte podrá solicitar también al tribunal arbitral que ordene la aportación documental durante una fase posterior del arbitraje y esta solicitud solo será estimada si el tribunal arbitral resulta convencido de que la parte solicitante no lo pudo haber previsto en esta reunión preliminar (art. 4.4.)

El tribunal arbitral podrá ordenar la aportación del documento solicitado, **tras haber oído** a la parte requerida sobre su pertinencia (art.4.6).

Los documentos deben ser aportados o exhibidos en fotocopias y/o electrónicamente y serán considerados como copias fieles de los originales, salvo que sean impugnados por la parte contraria. En todo caso, el tribunal arbitral, a solicitud de una parte o de oficio, podrá requerir a la parte que exhiba el original del documento para su comprobación o su análisis pericial (art. 4.7) estableciéndose la obligación de

mantener la confidencialidad del documento que sea aportado o exhibido por una parte en el arbitraje y que no sea de dominio público, aclarándose que solo podrá utilizarse en relación con ese arbitraje, salvo en la medida en que una parte sea requerida por la ley aplicable para su divulgación (art. 4.8)

4.1.3 Prescindencia del Discovery y del E Discovery.-

En lo que ha constituido creemos que uno de los objetivos fundamentales del dictado de estas Reglas de Praga, en contraposición a lo previsto en las Reglas de IBA y considerando que la práctica del *discovery* resulta propia del sistema del *common law* y que no es utilizada ni conocida por los operadores del *civil law,* como contrapartida y norma general se **invita** al tribunal arbitral y a las partes a "***evitar*** *cualquier método de exhibición documental, incluido el discovery electrónico"* (art. 4.2)

**4.2.- Prueba testimonial**

**4.2.1. Ofrecimiento por las partes y decisión**

Al presentar un escrito de demanda y/o de contestación, o en otra fase del procedimiento que el tribunal arbitral considere apropiado, cada parte identificará a cada uno de sus testigos y las circunstancias de hecho sobre las que prestará declaración y la relevancia de la declaración para la decisión del asunto (art. 5.1 ap. a, b y c).

El tribunal, luego de oír a las partes *decidirá* los testigos que serán citados para prestar declaración en las audiencias (art. 5.2)

**4.2.2. Declaraciones testimoniales escritas**

Las partes podrán aportar declaración testimonial escrita, que entendemos debe cumplir también los recaudos anteriores.

El tribunal arbitral podrá invitar a una parte (creemos que a las partes) a aportar la declaración testifical escrita de un determinado testigo antes de la audiencia (ap. 5.5.).

**4.2.3. Denegatoria**

Se faculta al tribunal a denegar la práctica del interrogatorio de determinados testigos durante la audiencia y en el caso de declaración testifical escrita antes o después de la aportación al procedimiento, especialmente, si considera que tal declaración es

irrelevante, superflua, demasiado gravosa, reiterativa o, por cualquier otro motivo, innecesaria para la resolución de la controversia (art. 5.3.)

Si el tribunal arbitral rechaza la práctica de la declaración oral de un testigo antes de la aportación de su declaración testifical escrita, ello no impedirá a la parte aportar la declaración escrita de ese testigo a las actuaciones (art. 5.4.)

Si una parte aporta una declaración testifical escrita luego de rechazada su declaración oral o tras la invitación del tribunal arbitral, el tribunal arbitral, una vez oídas las partes, podrá denegar, pese a todo, la práctica de la declaración de ese testigo durante la audiencia (art. 5.6.)

En el caso de ser rechazada una declaración escrita aportada a las actuaciones, si la parte insiste en la comparecencia el tribunal arbitral, como regla general, citará al testigo para que preste declaración en la audiencia, salvo que concurran razones justificadas para no hacerlo (art. 5.7)

La decisión denegatoria de la comparecencia en sala de un testigo cuya declaración escrita se haya aportado al procedimiento no limitará las facultades del tribunal arbitral para valorar el contenido probatorio de la misma (art. 5.8)

**4.2.4. Dirección y control del interrogatorio por el tribunal en la audiencia**

Las facultades de dirección y control del interrogatorio de los testigos por el tribunal en la audiencia son amplias pudiendo rechazar la formulación de preguntas si las considera irrelevantes, repetitivas o innecesarias para la determinación de la controversia o por cualesquiera otras razones.

El tribunal arbitral podrá adoptar también, oídas las partes, otras restricciones, incluidas las referidas al orden de comparecencia de los testigos o a los tipos de preguntas que serán admitidas o a la celebración de careos de testigos (art. 5.9)

**4.3.- Prueba pericial**

**4.3.1.- Propuesta y designación**

Se faculta al tribunal arbitral para que a solicitud de una parte o de oficio y una vez oídas las partes **nombre** a uno o más peritos para que dictaminen sobre aquellos asuntos discutidos que requieran un conocimiento especial (art. 6.1.). El tribunal arbitral deberá

recabar las sugerencias de las partes sobre quién debería ser nombrado perito pudiendo establecer los requisitos que deberán cubrir los peritos a nombrarse tales como su cualificación, su disponibilidad o sus costes y comunicarlos a las partes.

Los candidatos propuestos por las partes **no vinculan al tribunal** el que podrá nombrar a un candidato propuesto por cualquiera de las partes o identificado por el tribunal arbitral o constituir una comisión conjunta de peritos, compuesta por los candidatos propuestos por las partes o recabar una propuesta para el nombramiento de un perito adecuado de una organización neutral, como una cámara de comercio o una asociación (o colegio) profesional (art.6. 2 a i, ii y iii)

**4.3.2. Acta de misión y gastos (costes)**

El tribunal podrá también aprobar el acta de misión del perito nombrado por el tribunal arbitral tras haber oído a las partes y solicitarles el abono de un anticipo por mitad de los gastos (o costes) del trabajo pericial. En caso que una parte se abstenga de adelantar su porción de los gastos, la misma será adelantada por la otra parte.

Asimismo, el tribunal podrá solicitar a las partes que proporcionen al perito nombrado por el tribunal arbitral toda la información y documentos que pueda requerir para el desempeño de sus funciones relacionadas con la elaboración del dictamen pericial, supervisar el trabajo del perito y mantener a las partes informadas sobre su progreso (art. 6.2 a, b, c, d y e)**.**

**4.3.3. Informe pericial**

El perito nombrado por el tribunal arbitral emitirá su informe al tribunal arbitral y a las partes pudiendo ser convocado por el tribunal para la ratificación del mismo en la audiencia, bien de oficio o a solicitud de cualquiera de las partes (art. 6.3 y 6.4)

**4.3.4. Peritos de parte**

Las partes podrán también aportar su propio dictamen pericial, en cuyo caso este perito de parte estará disponible para la ratificación de su informe durante la audiencia, a instancia de la otra parte o, de oficio, por el tribunal arbitral (art. 6.5)

En este caso oídas las partes, el tribunal arbitral podrá instruir a cualquier perito nombrado por las partes y/o a los nombrados por el tribunal arbitral para acordar una lista

conjunta de preguntas sobre los contenidos de sus respectivos informes periciales, que contemple las cuestiones cuya revisión consideren necesaria o para celebrar una reunión y emitir un dictamen pericial conjunto en el que proporcionen al tribunal arbitral una lista de las cuestiones en las que los peritos coincidan en su criterio, o sobre las cuestiones sobre las que los peritos discrepen y, de resultar procedente, indiquen los motivos de las discrepancias de los peritos (art. 6.7. a, b, y c).

## 5.- Diferencias entre ambas reglas[27]

### 5.1.- Aspectos generales

Si bien las Reglas de Praga contemplan algunas previsiones semejantes a las de la IBA en lo que hace a la práctica en particular de la prueba documental, testimonial y pericial y algunas que se diferencian, lo cierto es que adoptan otras no contempladas por éstas últimas, fundamentalmente en lo que hace al propósito de adecuar algunos aspectos del proceso arbitral -y en especial con relación al período probatorio- a los grandes lineamientos de la moderna estructuración del proceso civil contradictorio continental, sin perjuicio claro está y no nos cansaremos de reiterarlo, de las diferencias propias del proceso arbitral respecto del judicial.

En tal sentido, por sobre todas las cosas se destaca el conferimiento al tribunal arbitral de un rol más activo que el que le otorgan las Reglas de IBA que también de su lado si bien respetuosas del específico proceso arbitral se mantienen aferradas al esquema clásico del proceso civil del *adversarial system* tal como se expresa en el preámbulo de las mismas -que como se vio ya ha sido superado-.

Así en lo que hace a su estructuración general transitando por las antípodas de las Reglas de la IBA y receptando los modernos lineamientos del proceso civil continental, se establece en forma obligatoria la celebración de la antes indicada **audiencia preliminar**, previa, ordenatoria o saneatoria, que no se encuentra contemplada en el esquema procesal del *adversarial system* anglosajón y que es considerada fundamental en la estructura del moderno proceso civil continental europeo.

---

[27] En este aspecto resulta de obligada referencia el citado trabajo de Guillermo Argerich y otros "Reglas de Praga. Nuevas normas del soft law para procedimientos en el arbitraje internacional", Ob. cit.

De tal forma se confieren al tribunal arbitral amplias y facultades para ir ordenando y saneando en forma temprana el proceso arbitral (art. 2), para delimitar los hechos relevantes del caso (art. 3.1) y tomar cualquier **iniciativa** que se considere oportuna con el propósito de esclarecer los hechos del caso (art. 3.2), establecer una fecha límite para la presentación de pruebas -salvo que concurran circunstancias excepcionales- (art. 3.3.) y de las alegaciones (art. 8.2).

**5.2.- Incorporación de dos nuevos institutos**

También se incorporan dos institutos fundamentales propios del proceso continental romano germánico muy utilizados en los países de Europa, Asia y América Latina: el principio del *iura curia novit curia* (el juez conoce el derecho), confiriendo en consecuencia facultades al tribunal arbitral para aplicar disposiciones legales no invocadas por las partes lo cual puede ser definitorio para la suerte de un arbitraje (art. 7.2)[28] y también posibilidad del tribunal en ejercicio de ese rol más activo de ayudar y asistir a las partes en la **solución amistosa** del conflicto mediante una autocomposición (bajo la forma de mediación) en cualquier parte del proceso y en especial en oportunidad de la reunión o audiencia preliminar (art. 9.1 entre otras).

Si bien calificada doctrina ha considerado a estos dos aspectos como los más controversiales, creemos que ello puede ser así si se analizan las Reglas de Praga bajo el prisma del proceso adversarial clásico del *common law* ya superado, pero no si se las mira desde una encuadre más moderno y menos individualista como el que ha registrado el propio proceso angloamericano, y menos aún desde la óptica del moderno proceso continental europeo en tanto son habitualmente aplicadas en el mismo[29].

Por su parte, resultan trascendentes las facultades que se confieren al tribunal arbitral como verdadero director del proceso en punto al control del comportamiento procesal de las partes frente al incumplimiento -sin justificación- de sus órdenes e instrucciones, lo cual podrá derivar en conclusiones desfavorables sobre ese aspecto o sobre su asunto (art. 10). Lamentablemente la previsión resulta ambigua en tanto no

---

[28] En rigor de verdad esta disposición se relaciona con las facultades del tribunal respecto de la resolución en el laudo del fondo de la cuestión y no del período de prueba.

[29] AREGERICH Guillermo, ob. cit. ap. V Conclusiones

permite determinar cuáles serían las conclusiones desfavorables a las que el tribunal arbitral podrá arribar sobre un aspecto (creemos que se trataría de un aspecto procesal determinado, una prueba etc.) o sobre su asunto en lo que pareciera hacer referencia al resultado del laudo final.

**5.3.- Algunas diferencias en el tratamiento de los medios de prueba en particular**

5.3.1. Prueba documental

Respecto de la práctica de las pruebas en particular, cabe señalar que en punto a la **prueba documental** que es uno de los aspectos que más distancian al procedimiento probatorio en ambos sistemas, las Reglas de Praga transitando por las antípodas de las de IBA aconsejan **evitar** cualquier modo de exhibición documental (anticipada) sea por vía del "*Discovery"* o del "*E Discovery"* (art. 4.2) permitiendo que el tribunal pueda impedir el aporte masivo de documentación excesiva incluyendo la electrónica (art. 4.3, 4.5.) evitando con ello complejidades, dilaciones y costos innecesarios.

5.3.2. Prueba testimonial

Con relación a la **prueba testimonial** se permite al tribunal excluir a aquellos testimonios o contrainterrogatorios que considere inconducentes para el caso (arts. 5.2 y 5.3) o imponer otras restricciones a la declaración de los testigos incluyendo el orden del interrogatorio de los testigos, los plazos para el examen o los tipos de preguntas que se permitirán según lo considere apropiado (art. 5.7.); restringir el número de preguntas que se les puedan formular (art. 5.9) o valorar sus declaraciones por escrito, aun en caso de que su comparecencia a la audiencia haya sido denegada.

Lo cierto es que le mecánica de la práctica de esta prueba que es considerada la piedra fundamental en el esquema del *adversarial system* dista mucho de la del sistema del proceso civil continental, que en materia de prueba testimonial el testigo deja de ser tan solo un testigo de la parte para pasar a ser un testigo del proceso arbitral. A título de ejemplo cabe señalar que el art. 4.3 de las Reglas de IBA atendiendo a la tradición del sistema procesal anglosajón establece que no será considerado impropio que una parte, sus directivos, empleados, asesores legales u otros representantes, entrevisten a los

potenciales testigos y discutan con ellos sus posibles testimonios, práctica que se encuentra prohibida y sancionada en los regímenes procesales continental europeos. Y por ello las Reglas de Praga no lo contemplan. También se faculta al tribunal arbitral para ordenar a cada parte la presentación ante el tribunal y las demás partes, dentro de un plazo específico que se fije una declaración testimonial de cada testigo en cuyo testimonio intente basarse (art. 4.4.).

5.3.3. Prueba pericial

Como se dijo, se contempla la posibilidad de la designación de peritos de oficio, sin excluir a los que fueran elegidos por las partes, aunque según se ha advertido poniendo mayor énfasis en los nombrados por el tribunal (arts. 6.1 y 6.5)[30].

Esta prueba recibe una regulación menos detallista que la prevista en las Reglas de la IBA, y más acorde con la práctica de la misma en el proceso continental, dando más preeminencia a lo expresado en la faz escrita del dictamen o informe pericial que a su declaración testimonial en oportunidad de la audiencia probatoria, que opera como si se tratase de un testigo y no de un perito como lo hace la primera. Todo ello sin perjuicio de preverse tan solo la posibilidad de que sea convocado para la **ratificación** de su informe en la audiencia por el tribunal de oficio o a solicitud de cualquiera de las partes, sea que se trate de un perito propuesto por las partes o por el tribunal (arts. 6.3.6.4 y 6.5)

Se pretende que el tribunal arbitral y las partes intenten resolver la controversia sobre la base de los documentos remitidos a las actuaciones concentrando la actividad del tribunal en la reunión o audiencia preliminar de realización obligatoria, priorizándola sobre la audiencia de prueba que puede ser requerida por las partes y cuya fijación depende de la decisión del tribunal (art. 8).

## 6.- Críticas y apoyos

Las Reglas de Praga han sido objeto de más críticas que apoyos las primeras, generalmente de los profesionales operadores del arbitraje comercial internacional acostumbrados al manejo de los lineamientos procesales del *adversarial system del*

---

[30] HUMPHRIES-KERSTETTER "Las reglas de Praga sobre la evidencia en el arbitraje internacional. Una alternativa viable a las reglas de IBA, 25-I-2019 disponible en *www.humphrierskerstetter.com*

*common law* basado en un principio dispositivo puro y en la exclusiva autonomía de la voluntad de las partes, mientras que los segundos provienen en general de los agentes adscriptos al sistema del derecho continental romano germánico habituados al manejo del proceso civil según su cultura y tradiciones. Y ello resulta explicable porque es común que el abogado se aferre al manejo de las técnicas que conoce y que se adecúan a su sistema y cultura jurídica. Pero también resulta justificado que los abogados provenientes de ambos sistemas que trabajan en el arbitraje comercial internacional se adecúen o conozcan las bases sustanciales del otro, pero no que deban hacerlo solo los del derecho continental respecto del *common law.* Creemos que debe haber puentes entre ambos sistemas pero con tránsito hacia ambos lados.

Si bien, ambas posturas pretenden la protección de sus respectivos intereses comprometidos, lo cual dificulta una apreciación objetiva de su conveniencia, lo cierto es que maguer la especificidad del proceso arbitral no pueden desprenderse de su evidente y estrecha relación con la noción de la estructuración del proceso civil de conocimiento en cada uno de los sistemas a la luz de los cuales fueran acuñadas.

6.1.- Las objeciones son realizadas en general bajo diversos argumentos en muchos casos coincidentes o similares con que en su momento se efectuaran con respecto a la *Civil Procedural Rules* (CPR) de 1998 en vigencia desde 1999[31] demostrando una airada insatisfacción por el desplazamiento o su superposición con las Reglas de IBA sobre práctica de las pruebas, que como se vio se encuentran mayormente inspiradas en sistema adversarial y son habitualmente utilizadas en arbitraje comercial internacional.

En general todas las críticas parecen converger en la no aceptación de la posibilidad de que las partes puedan optar por la adopción de otras reglas probatorias distintas a las de IBA, más adecuadas al proceso civil continental o en el mejor de los casos en la inconveniencia de hacerlo, pretendiendo colocar a las Reglas de IBA en un sitial de superioridad conceptual que no es aceptable.

6.1.1.- Así, se ha considerado con cierto recelo que si bien las Reglas de Praga son bienvenidas cuando son de consideración por las partes que se inician (sic) se recomienda

---

[31] Véase infra capítulo 7

una evaluación temprana de su adecuación basada en el asesoramiento de representantes legales, lo cual puede resultar atendible para los profesionales habituados al manejo de las reglas de IBA y del *advrsarial system*, pero no para todos los demás. Para los críticos, la capacidad de las Reglas de Praga de *desplazar* a las Reglas de IBA como guía para las cuestiones probatorias del arbitraje internacional **está abierta a debate** aunque ellas podrían ser apropiadas solo en determinadas circunstancias[32] mientras que en otros casos se afirma lisa y llanamente que las Reglas de Praga intentan *reemplazar* a las Reglas de IBA en materia probatoria[33].

Creemos que no se trata de reemplazar unas reglas por otras ni menos aun determinar cuál es mejor para el arbitraje, sino tan solo establecer una nueva avenida de doble vía, una alternativa, una opción.

6.1.2.- También partiendo de los puntos de contacto que siempre existen entre todos los sistemas probatorios pero soslayando sus importantes disimilitudes y esencia procesal, pretendiendo defender la vigencia y operatividad de las Reglas de la IBA se afirma que ambas reglas simplemente **no son diferentes** o que **no exhiben grandes diferencias entre sí** teniendo tantas similitudes que lleva a preguntarse si las Reglas de Praga no han sido una reacción desmesurada a una descabellada visión de las Reglas de IBA[34].

No consideramos que las Reglas de Praga merezcan esta dura crítica, en tanto no constituyen una reacción y menos aún descabellada sino por el contrario permiten la universalización del arbitraje comercial internacional alejado de barreras culturales.

6.1.3.- Otros distinguidos especialistas, en postura que tampoco compartimos afirman que si bien las Reglas de Praga suponen una interesante y potencialmente útil

---

[32] HUMPHRIES - KERSTETTER ob cit.

[33] KOCUR Michael "*Por que los abogados del civil law no necesitan las Reglas de Praga"*. Dipsonible en https: // www.linkedin.com/pulse/ why-civil-la-lawyers-do-need-prague-rules-michal-kocur

[34] RIZZO AMARAL Guillermo RIZZO AMARAL Guillermo "*Reglas de Praga vs. Reglas de IBA y la prueba en el arbitraje internacional*"- Disponible en www.kluwerarbitrationblog.com

**ampliación** de las Reglas de IBA, en vigor se las debe considerar como un cuerpo jurídico **complementario** a dichas reglas más que una **alternativa** a las mismas[35].

En forma similar se ha dicho que la finalidad de las Reglas de Praga **no es reemplazar** a las existentes por ejemplo las de IBA sino que más bien buscarían complementar **el procedimiento acordado por las partes** lo cual creemos que es algo diferente[36].

Si bien compartimos la opinión de aquellos que consideran que las Reglas de Praga no tienen por misión sustituir a las Reglas de IBA, no creemos que pueda considerárselas como **complementarias** de estas últimas, en tanto conforman una clara ***alternativa*** a las mismas con ópticas, soluciones y consecuencias procesales diferentes.

En tal línea no puede atribuirse un sentido diferente a la referencia del rol complementario que se efectúa en el Preámbulo de las Reglas de Praga en tanto resulta claro que el mismo se refiere a "*complementar* ***el procedimiento acordado por las partes***" y no a las Reglas de la IBA como alguna doctrina ha pretendido[37].

La idea de que las Reglas de Praga complementarían a las Reglas de IBA puede dar lugar a confusión en un pretendido uso conjunto o promiscuo de las mismas lo cual creemos que no solo no ha sido el propósito de las Reglas de Praga sino que sería contraproducente en tanto en muchos aspectos consagran soluciones incompatibles que generarían inseguridades y perjudicarían decididamente la marcha del arbitraje.

Se trata de reglas alternativas, diferentes, que las partes pueden acordar elegir según consideren más adecuadas a sus intereses, complementando como bien lo expresa

---

[35] GLUZCO Eliza, "*Las reglas de Praga sobre la práctica de la prueba ¿implicarán algún cambio para el arbitraje internacional?"* Disponible en https://www.garrigues.com/latam/es_ES/noticia/reglas-de-praga-sobre-la-practica-de-la-prueba-implicaran-algun-cambio-para-el-arbitraje; ARGERICH Guillermo ob cit p. V *Conclusiones*; LAQUIDARA Jose Luis *"Las reglas de Praga de 2018 ¿aire fresco para el arbitraje comercial internacional*?", disponible en https://Ciarglobal.com/las-reglas-de-praga-de-2018-aire-fresco-para-el-arbitrae-comercial-internacional-jose-luis-laquidara/; Carlos de LOS SANTOS y Jose TIRAO, "*Resumen del Arbitraje en 2018: Achmea, El Brexit y las Reglas de Praga entre los temas candentes",* Lexology, disponible en https://lexolgy.com/library/detail.aspx?g=9e9d6225-1d47-44ea-bb9c-cc32023a0d6

[36] VAZQUEZ Ricardo *"Las nuevas reglas de Praga en el arbitraje internacional"* enero 11 de 2019, disponible en https://dstadodiario.com/columnas/las-nuevas-reglas-de-praga-en-el-arbitraje-internacional

[37] JUAN JORGE "L*anzamiento de las reglas de Praga. Nuevo Soft para regir procedimientos arbitrales*·, cit.-

el Preámbulo de las Reglas de Praga "*el procedimiento* acordado por las partes y para ser aplicado en una controversia específica"[38].

6.1.4.- También se afirma que la mayoría de las soluciones previstas en materia probatoria **ya estarían mayormente contenidas en las Reglas de IBA** y otras resultan **innecesarias, sobreabundantes o inconvenientes** postulando el **mantenimiento** de las Reglas de IBA, pues en caso contrario claudicaría el principio cardinal en materia de arbitraje de la autonomía de la voluntad considerándose que esas Reglas han codificado los procesos internacionales por años[39].

Creemos que como se verá infra, con las reglas de Praga se amplía el campo efectivo de la autonomía de la voluntad en lugar de conculcarlo o restringirlo en tanto los operadores y las partes tendrán no solo una visión no solo de la práctica probatoria sino del procedimiento en el arbitraje, sino dos a los efectos de optar por la que más les satisfaga o responda a su cultura y tradición jurídica. Además según el esquema de las Reglas de Praga, dicho principio solo recibe algunas morigeraciones en materia probatoria y del control del proceso en función de su adaptación a la tradición y cultura procesal del derecho continental como también lo recibe el proceso arbitral en general en materia recursiva en función del respeto del debido proceso y el orden público, tanto en la convención de Nueva York como en la Ley Modelo precisamente en función de la jurisdiccionalidad de la función y de la decisión que recae.

6.1.5.- Incluso se ha llegado a lanzar en algunos casos pronósticos apocalípticos sobre el destino del arbitraje comercial internacional para quienes osen utilizar las Reglas de Praga, augurándose que será objeto de grandes controversias e injusticias en los procesos arbitrales[40], o que eliminar el *discovery* es una visión retrógrada[41], o que las

---

[38] VAZQUEZ Ricardo "Las nuevas reglas de Praga en el arbitraje internacional " enero 11 de 2019), disponible en https://dstadodiario.com/columnas/las-nuevas-reglas-de-praga-en-el-arbitraje-internacional HENRIQUES Duarte G. ob cit loc cit

[39] KOCUR Michael. Ob cit. oc cit

[40] LOPEZ Juan Gabriel, "*Análisis crítico de las Reglas de Praga*", disponible en https: //ciarglobal.com/ analisis-critico-de-las-reglas-de-praga

[41] RIZZO AMARAL Guillermo "*Reglas de Praga v Reglas de IBA y la prueba en el arbitraje internacional*" cit

Reglas de Praga son deplorables porque incluso muchas de las características del *common law* bien usadas ayudan a hacer un proceso arbitral más justo y a asistir a los árbitros para arribar a mejores decisiones[42].

Se señala que consciente y deliberadamente las Reglas de Praga hacen una subestimación del sistema adversarial y que se oponen a lo que la mayoría del mundo, no solo el mundo del *common law,* advierte como un gran valor. Las Reglas de Praga -se añade- reemplazarían al *sistema adversarial* con un enfoque más paternalista o *autoritario* con el que los redactores la mayoría de ellos de Europa del Este y Central, podrán sentirse cómodos, pero otros no[43].

Sin embargo, pareciera que quienes dieron a luz la *Civil Procedural Rules* (CPR) de 1998 no pensaban lo mismo.

6.1.6.- Se parte también de un equivocado preconcepto adverso a las bondades del **sistema procesal** imperante en el *civil law* considerándolo -creemos que erróneamente- como un sistema **inquisitivo** que se pretendería introducir a través de las Reglas de Praga[44].

El rol más activo que tienen los jueces (y árbitros) en el sistema del civil law no implica que el proceso pase a ser **inquisitivo** ni que el juez o árbitro puedan hacer lo que quieran desconociendo la voluntad y los derechos de las partes en esa importante etapa probatoria donde se pretende reconstruir los hechos que llevaron a la situación de conflicto.

Se trata de determinar el mayor o menor grado de facultades de los jueces o árbitros de indagar, averiguar o examinar por su propia iniciativa, esto es de *inquirir*[45] la verdad de los hechos.

---

[42] KOCUR Michael , ob cit loc cit

[43] NEWMAN Lawrence W. y ZASLOWSKY David: "*Vienen los Rusos y quieren cambiar como conducimos el arbitraje internacional"* New York Law Journal, marzo 23 de 2018, disponible en https://www.law.com/newyorklawjournal/2018/5/23/the_russians-are-coming-and-.they-want-to-change-how-we-conduct-international-arbitration/ Cabe advertir que tan desmesurada crítica de autoritarismo se ha realizado también en oportunidad de ponerse en vigencia el *Civil Procedural Rules* (CPR) inglés de 1998

[44] KOCUR Michael, ob cit loc cit.

[45] En su acepción lexicográfica **inquirir** en la lengua española significa. "*Indagar, averiguar, examinar cuidadosamente algo"* Diccionario de la lengua española cit. Vol. H/Z 2001 pág. 1282

Pero de allí a considerar que las Reglas de Praga fuesen una manifestación del **acercamiento inquisitivo** al arbitraje internacional por estar inspiradas en la tradición del sistema procesal del *civil law* al que se considera *inquisitivo*[46] para diferenciarlo del *adversarial system* anglosajón como si ambos conceptos (inquirir e inquisitivo) fueran sinónimos (error en el que se incurriera en el primer texto de la Nota de Elevación y que fuera corregido en su versión final aprobada en diciembre de 2018 del que no resulta exenta la misma nota de elevación de las Reglas de Praga no sin cierto demérito o intencionalidad peyorativa hacia este último), creemos que hay mucha distancia.

Sobre la desactualización de la dicotomía entre procesos adversariales e inquisitivos nos remitimos a lo que se señala infra Capítulo 8.

6.1.7.- Si bien se reconoce que es la falta de un manejo robusto del caso (por parte de los árbitros) la causa de que los casos se demoren y cuesten más caros[47], lo cierto es que con sustento en las Reglas de IBA los árbitros rechazan o se niegan a manejar activamente el procedimiento arbitral que de tal forma queda en manos de los abogados de las partes.

6.1.8.- Los detractores de las Reglas de Praga consideran que empoderar al tribunal para tomar un **rol más activo** en el establecimiento de los hechos es un aspecto controversial que ni siquiera es común en el derecho del *civil law*[48].

Como se vio creemos que ello no es así, o al menos no se adecúa a la moderna corriente publicista del proceso normativamente instaurada desde la ZPO austríaca de 1895.

6.1.9.- Se sostiene también que la promesa de que un tribunal arbitral más activo incrementará la eficiencia del arbitraje es falsa y las soluciones propuestas estarían mal orientadas. Se afirma que el rol activo de los tribunales en establecer los hechos tiene

---

[46] Inquisitivo en la misma acepción de nuestra lengua significa "*Perteneciente o relativo a la indagación o averiguación*, ob cit loc cit

[47] KOCUR Michael, ob cit, loc cit

[48] KOCUR Michael, ob cit loc cit

desventajas y no sustituyen el *case management* (gestión de casos) aconsejando a quien busque una guía recurrir al reporte de la ICC más que a las Reglas de Praga.

En este aspecto se considera además que hay que distinguir entre el rol activo en la audiencia preliminar y el rol activo en la fijación de los hechos del caso, considerándose que mientras lo primero es deseable lo segundo no, porque las partes conocen los hechos mucho mejor que los tribunales. Se afirma que las Reglas de Praga se basan en una asunción paternalista de lo contrario, que es el tribunal quien mejor conoce cómo fijar los hechos, considerándose que ello implica distorsionar el objeto del caso y que puede ayudar a una parte y perjudicar a la otra, y que no ayudará el objetivo de reducir costos y tiempos.

Aunque se reconoce que en el sistema adversarial es posible que las partes provean mucha prueba y que incurran en costos innecesarios, se considera que es el precio justo que debería pagarse para la autonomía de las partes y que las Reglas de Praga no resuelven esto[49].

No vemos que la crítica sea acertada. El señorío de las partes en la acción y en los hechos no se restringe en ninguno de los dos sistemas, habida cuenta que desde la órbita del derecho continental se considera que se trata de determinar la verdad objetiva y material de los hechos, que muchas veces no coincide con la que plantean o prueban las partes.

6.1.10. No más felices resultan algunas críticas que con cierto tono peyorativo afirman que las Reglas de Praga operan bajo las sombras de una guerra aparente entre el *common law* y el *civil law* por el dominio del arbitraje internacional o que impliquen un ataque a las ineficiencias del sistema adversarial[50].

Creemos que se trata simplemente de dar la posibilidad a las partes de optar por el procedimiento arbitral que más se adecúe a sus necesidades y tradiciones.

---

[49]KOCUR Michael, ob cit loc cit

[50] En tal sentido que algunas expresiones como la de sostener que las Reglas de Praga como en Don Quijote confunden molinos de viento con gigantes ", son poco felices-RIZZO AMARAL Guillermo, "*Reglas de Praga vs. Reglas de IBA. y la prueba en el arbitraje internacional*"-cit.

6.2.- Por su parte, desde las voces de apoyo que se han hecho oir **y** que son menos- creemos que interesadamente- **,**se ha señalado que si bien no se puede predecir si las Reglas de Praga serán populares, indudablemente las partes y sus asesores podrán usarlas si se sienten más cómodos con ellas por ser más parecidas a los procedimientos de sus países. Se añade que algunos pueden darle a las Reglas de Praga una oportunidad por la publicidad que recibieron o con el deseo de restringir tiempo y costos, aunque también pueden ser adoptadas cuando el arbitraje tiene un tiempo limitado y sea necesario que los árbitros sean proactivos en el diseño y control del proceso.

Aunque otros puedan sentirse incómodos al darle tanto control a los árbitros se reconoce que el mayor impacto será estimular un cambio en animar a los árbitros a ser más atrevidos en las elecciones del proceso y darle más responsabilidad a las partes para que piensen activamente qué quieren del arbitraje[51].

HENRIQUES en uno de los trabajos más claros y objetivos que hemos podido consultar pone el acento en la inadecuada utilización práctica de las Reglas de IBA. Se pregunta qué pasa si darle más poderes al tribunal arbitral haciéndolo más proactivo en el control de los procedimientos redunda en un arbitraje más expedito y eficiente? Qué pasa si los tribunales arbitrales no lo hacían porque existían reglas y un marco legal que no se los permitía? Qué pasa si las partes no saben que pueden darle más poderes a los tribunales arbitrales y que no se sienten cómodas en hacerlo porque no hay reglas expresas en tal sentido?.

Destaca que las Reglas de PRAGA abordan fundamentalmente esos temas constituyendo una alternativa y no una competencia con las Reglas de IBA, aunque pretendiendo aclarar esta última expresión, considera que no solo las complementan y viceversa, sino lo que es más importante juegan un papel fundamental al darle a las partes **más opciones** con un proceso a medida de sus intereses y necesidades. Observa que la libertad de las partes y su libertad contractual son la piedra fundamental del arbitraje y por ello el tribunal arbitral debe estar sujeto a la voluntad de las partes con respecto al procedimiento.

---

[51] GIARETTA Ben. “Reglas de Praga. OK?” Spring 2019 CIARB.ORG Disponible en www.ciarb.org

Pero también -añade- una vez designado, el árbitro no puede permanecer preso de la voluntad de las partes y no puede aceptar cada cosa que las partes le presenten.

Reconoce con valentía y sin eufemismos que hay dos culturas legales en conflicto en el manejo del proceso arbitral. Una amarrada a la autonomía de las partes y que entonces propone un enfoque **más adversarial y confrontativo**, el típico enfoque del *common law;* y otra que le da más poderes de investigación e inquisitivos al tribunal arbitral dejando a la autoridad decidir virtualmente cada aspecto del procedimiento. Es el enfoque del civil law (o derecho continental).

Y esa división -añade- no se refleja solo en el manejo del caso (*case management*) sino en lo que es más importante: el rol asignado al tribunal. Así mientras en el primer sistema las partes consideran que el tribunal debe decidir el caso usando solo las herramientas (esto es los hechos y el derecho) que las partes deben proveer (y no más) como sucede en la cultura del *common law* en el otro caso las partes entienden que el tribunal arbitral debe actuar como una verdadera corte estatal, y por ello debe tomar el control de la investigación de los hechos y del derecho aplicable (cultura del *civil law*).
Así para los abogados del *common law*, los tribunales arbitrales deben permanecer en silencio cuando ven que las partes pueden arreglar la disputa, mientras que para los abogados del *civil law*, el tribunal tiene el **deber de facilitar y animar** el arreglo (autocompositivo) de la disputa.

En todo caso el arbitraje es y siempre será el producto del consentimiento de las partes y consecuentemente éstas pueden elegir desde el principio la filosofía o la cultura legal que el tribunal deba tomar.

Lo que sucede -reconoce- es que hasta ahora la elección estaba constreñida (o creemos que limitada, por no haber otra alternativa) al enfoque adversarial reflejado en las Reglas de IBA, y por ello algunos se han quejado de que esas reglas fueron aplicadas en una moda del *common law* más que con un espíritu neutral, criticándolas por ser más adversariales que inquisitivas y que de alguna manera limitan los poderes del tribunal arbitral.

Presumiblemente -señala- debería haber unas reglas escritas que permitan a las partes **elegir** si quieren un tribunal más en el control del caso, todo el tiempo, y esa es precisamente la mentalidad de las Reglas de Praga que juegan el papel fundamental de darle a las partes **más opciones** con un proceso a medida de sus intereses y necesidades y más opciones es por supuesto una forma de promover su uso. Aclara finalmente en tal sentido que su apoyo a las Reglas de Praga no es una crítica a las Reglas de IBA sino una promoción de opciones diferentes y de diferentes modos de pensar en la toma de decisiones.

Concluye admitiendo que la falta de diversidad en las reglas puede resultar en la cristalización de la práctica internacional y producir un efecto adverso en el que muchos pueden rechazar la aceptación de tales reglas y muchos más rechazarlas vigorosamente, como sucede en muchas comunidades arbitrales del civil law donde se ha generado una resistencia severa (y rechazo) a las Reglas de IBA.

En tal sentido las Reglas de Praga brindan una nueva perspectiva proveyendo a las partes, abogados, árbitros e instituciones de arbitraje internacional unas **reglas más proactivas para los tribunales arbitrales** que promoverán el uso del arbitraje haciéndolos sentir más cómodos en la resolución de la disputa.

Concluye en suma que si el arbitraje es y será siempre producto del consentimiento de las partes, por qué no usar ese pilar de legitimación para que los árbitros usen sus poderes de forma más proactiva y eficiente para conducir el caso[52].

**7.- La comprobación de la verdad de los hechos. Diferencias entre el adversarial system del *common law* y del proceso civil continental**

1.- Las Reglas de Praga, como se dijo, tratan de brindar un instrumento normativo del *soft law* y por ende deben ser consideradas como opcionales y alternativas aunque no complementarias de las Reglas de la IBA, con el propósito de adecuar no solo el procedimiento probatorio sino los procedimientos arbitrales en general y las facultades del tribunal arbitral a las **tradiciones y cultura jurídica** del proceso civil continental, acotando plazos y costos excesivos y fundamentalmente dando un rol más gravitante en

---

[52] HENRIQUES ob cit

la iniciativa y dirección por parte del tribunal arbitral facilitando su mejor comprensión y manejo, fomentando su utilización por los operadores del *civil law* para llegar a la búsqueda de la verdad real de los hechos y la subsunción de los mismos (en el caso del arbitraje juris) al derecho aplicable.

Sin pretender caer en dogmatismos que en general no son bienvenidos en el arbitraje más cercano a la practicidad y la eficiencia, creemos que para poder comprender la verdadera motivación y razón de ser de la aprobación de estas nuevas Reglas de Praga y sin pretender agotar el complicado tema del análisis de las marcadas diferencias existentes en punto a la **prueba de los hechos** entre los dos clásicos sistemas procesales o de juzgamiento esto es los procesos de conocimiento civil (que también comprenden en general al comercial) del *common law* y del derecho continental respectivamente, partiendo de la base de que el proceso civil y el arbitraje se hermanan en su resultado final, la **sentencia o laudo arbitral**, como acto de juicio de indiscutible carácter y efectos jurisdiccionales que pone fin al conflicto entre las partes de manera definitiva haciendo cosa juzgada material, creemos necesario recordar las características y lineamientos diferenciales más notorios entre ambos sistemas jurídicos al menos en sus grandes rasgos.

En tal sentido la doctrina comparatista procesal más calificada ha destacado que en la cultura jurídica y filosofía norteamericana la idea de la *procedural justice* en sus diferentes versiones que campea en la misma como una nota característica ha tenido sobre todo el efecto de distraer la justicia o injusticia **sustancial** de la decisión final para centrar el discurso sobre la justicia o injusticia **del procedimiento en sí mismo,** demarcado exclusivamente por la voluntad y actividad de las partes, como si éste absorbiese por sí solo o asegurase a *priori* la justicia del resultado final en lo que hace al fondo de la cuestión, o como si ello fuera suficiente para lograr un resultado decisional justo.

Lo anterior produce diferencias en la manera de concebir el proceso civil y su función en ambos sistemas jurídicos que guardan relación con las diferentes concepciones respecto del mismo y su finalidad y, por qué no, sus diferentes ideologías.

En tal sentido cabe señalar que las teorías de la *procedural justice* excluyen de su ámbito de atención **la calidad y el contenido de la decisión final,** sin tener en cuenta la eventualidad de que la verdad de los hechos sea o no verificada por el juez o árbitro.

Así mientras un sistema endereza su objetivo en la resolución del conflicto esto es ponerle fin a la disputa resolviendo los intereses de las partes en conflicto, el otro atiende también a la calidad de la decisión (o adjudicación) que le da fin, mediante la aplicación del derecho de la forma que se considere jurídicamente correcta desde el plano sustancial o sea un pronunciamiento justo[53].

El sistema procesal al que mejor se han adaptado esas concepciones en el sistema del common law es el del originario o clásico *adversarial system* utilizado principalmente en Inglaterra, Estados Unidos de Norteamérica, Escandinavia y los países que integran el Commonwealth, incluidas las ex colonias británicas. Se ha considerado que éste resulta incapaz de asegurar la búsqueda de la **verdad real** conformándose con la **verdad formal -**o verdad legal- según las pruebas aportadas por las partes al proceso, en tanto la verdad real en el proceso **adversarial (**clásico o típico) no solo no es un fin perseguible sino que se ha considerado que hasta molesta y es contraproducente[54].

En este contexto -se añade- la verdad de los hechos no constituye un objetivo digno de ser perseguido más **allá de la voluntad de las partes** sino que más bien puede ser un obstáculo para la eficiente solución del conflicto. Todas estas conclusiones son aplicables a los tipos de procedimientos estructuralmente fundados en la **libre iniciativa de las partes** y en la idea de que el proceso consiste en una **competencia o lucha** entre las mismas, en la cual éstas combaten ante un juez (o tribunal) que asume una conducta totalmente ***pasiva y neutral*** que solo vela porque se respeten los principios procesales básicos de esa confrontación[55].

---

53 TARUFFO Michele, "*Páginas sobre la justicia civil"* Ed Marcial Pons, Madrid 2009, Cap.12 La Justicia Civil, parag.5 Conclusiones pag. 186/188

54 TARUFFO Michele, "*Páginas sobre la justicia civil"*, cit.cap.1 Leyendo a Ferrajoli: Consideraciones sobre la jurisdicción parág. 2 Naturaleza de la jurisdicción, pág.22/25. Cap.21 "La recolección y presentación de las pruebas en el proceso civil Tradiciones culturales y tendencias teóricas". Parte1. Aspectos generales Parág. 2 Modelos procesales acusatorios vs. Inquisitivos pag.336/341.

55 TARUFFO Michele "*Páginas sobre la justicia civil"*, cit Cap.21 *La recolección y presentación de las pruebas en el proceso civil. Tradiciones Culturales y tendencias teóricas* pág. 335 y sig

De la simple lectura de las Reglas de IBA sobre la práctica de las pruebas en el proceso arbitral se advierte que las mismas se adecúan más a los lineamientos esenciales del adversarial system anglosajón que al proceso continental, de forma tal que la autonomía de la voluntad (y con ello el individualismo) es la prioridad más alta y como resultado pone límites significativos a la búsqueda de la verdad[56] sobre la base de un órgano decisor extremadamente pasivo en el control procesal[57].

Pero lo cierto es que como se anticipó, en las últimas décadas del siglo pasado se fue advirtiendo una notoria insatisfacción por el desempeño de la justicia civil del common law atada a esos principios, habiéndose señalado el origen de muchas de las causas de esos defectos en gran parte por la fisonomía **exageradamente adversarial** del modelo tradicional, y en particular el hecho de dejarse al cuidado de las partes a través de sus abogados con exclusión prácticamente del juez (o del árbitro, en su caso) el trámite del pleito, en especial de la instrucción probatoria[58].

Precisamente en virtud de la insatisfacción con las decisiones jurisdiccionales y las escasas facultades y poderes de los jueces encorsetados por esos principios, en el año 1998 Inglaterra produjo una modificación sustancial del proceso civil sustituyendo la clásica figura del juez **pasivo** por la de un juez mucho más **activo**. Ello se produjo mediante la aprobación de las antes referenciadas *Civil Procedural Rules* (CPR) de 1998 que entraron en vigor el 26 de abril de 1999 compilando en un solo acto un verdadero y propio Código de Procedimiento Civil –complementado por posteriores *practice directions*- que no solo cambió la tradicional imagen del derecho procesal inglés como derecho no escrito, sino que además otorgan al juez numerosos e incisivos **poderes de gobierno y dirección del procedimiento,** como el que se refiere a la determinación del *track* que deberá seguir la causa (esto es el tipo de procedimiento aplicable según la

---

[56]DAMASKA Mirjan R. "Las caras de las justicia y el poder del Estado…cit.. Búsqueda de pruebas pág. 207

[57] TARUFFO Michele Ob cit, cap. 6. Los sistemas judiciales en las tradiciones jurídicas del Civil Law y del Common Law, prag.5 El juez y el proceso, pag. 88/90

[58] BARBOSA MOREIRA ob cit, pag 547. Modificaciones progresivas del modelo tradicional"

naturaleza de la causa), a la fijación de las audiencias y a la asunción de las pruebas[59]. Se señaló como objetivo principal de habilitar al tribunal para tratar las causas de modo justo, entre los que cobra singular importancia la recopilación de la verdad de los hechos[60].

Esta sustancial modificación del régimen procesal civil inglés ha producido según los más calificados autores procesalistas una revolución procesal en Inglaterra e importa también **una mudanza cultural**, toda vez que la filosofía liberal individualista con una clara autonomía de los interesados, limitaba la actuación del órgano jurisdiccional, al que no le caía mal la divisa *laissez-faire*. Con las CPR predomina ahora la idea contraria del "*active case management*" que implica la concesión de **amplios poderes de dirección** del proceso al juez, con la colaboración de las partes y de sus abogados. Se ha considerado que si tal mudanza importa el abandono del esquema del clásico *adversarial system* o tan solo una atenuación del mismo, dependerá de las preferencias de los diferentes observadores resultando incontrastable que se está en presencia de un cambio fundamental en el proceso civil y litigación[61].

La misma tendencia se advierte también en los Estados Unidos de Norteamérica aunque con una modificación no tan profunda y en un único acto como en Inglaterra, sino a través de diferentes regulaciones a partir de los años setenta que tuvieron por objetivo dejar de lado la imagen tradicional del juez como *passive umpire* adoptando la figura del *managerial judge*, como las *Federal Rules of Civil Procedure y finalmente la Civil Justice Reform Act* de 1990.

Y también con el dictado de la *Federal Rules of evidence* introducidas en 1975 con validez tanto para el proceso civil como para el penal confiriendo al juez mayores poderes de iniciativa instructiva entre las que se destaca el poder ordenar de oficio el

---

[59] TARUFFO Michele "*Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*" pág. 66

[60] BARBOSA MOREIRA Jose Carlos, *"La revolución procesal inglesa"*, en Revista de Derecho Procesal, Ed. Ruinzal Culzoni, 2009-2, Pág. 550/551, Dislocamiento de la tónica-de los poderes de las partes a los del juez"

[61] BARBOSA MOREIRA ob cit pag. 545 y sig, con cita en nota 14 de ZUCKERMAN, ,vol I, 1996 *,pag.1*

interrogatorio de los testigos no llamados por las partes, de formular preguntas de oficio a los testigos y poder ordenar también de oficio la consulta técnica[62].

Como consecuencia de esas sustanciales reformas se fue modificando la clásica figura del juez del *common law* como un mero veedor privado de tales poderes habiéndose llegado a considerar que en el esquema clásico del *adversarial system* angloamericano se limitaba a "*pitar las faltas procedimentales*" para pasar a tomar un rol marcadamente activo fundamentalmente en el plano de las iniciativas probatorias[63].

En una orientación semejante aunque con mayor profundidad en los sistemas procesales del *civil law* se ha advertido también fundamentalmente desde la segunda mitad del siglo XX con la *publicización* del proceso civil impulsada entre otros, desde Alemania por Oskar Von Bulow en 1868 y su regulación normativa por la ZPO austríaca de 1895 de la mano de F. Klein la tendencia a atribuir al juez civil un rol cada vez más activo en la adquisición de las pruebas y en la averiguación de la verdad real, porque ésta importa en el objetivo de arribar a un proceso justo, en el cual están interesadas no solo las partes sino la comunidad toda.

No podrá negarse que sin perjuicio de las diferencias existentes entre el proceso civil judicial y el arbitral como procesos de conocimiento para la heterocomposición de conflictos, dotado este último de características y principios propios y diferenciales por las cuales precisamente las partes optaron por esa vía privada pero con similares efectos jurisdiccionales (o equivalente, en el caso de España)[64] que un proceso judicial, no es menos cierto que como instituto fundamentalmente procesal que algunos principios y características del primero se trasladan al segundo, como sucede por ejemplo en materia probatoria o en el acto de juicio de la decisión final y también en otros aspectos procedimentales propios del proceso civil en general como la demanda y contestación,

---

62 Reglas 614(a) y (b) y 706. Cit por TARUFFO Michelle, ob cit ,Cap.3. La cultura de la imparcialidad en los países del Common law y del derecho continental.ap.5 La Imparcialidad del juez en el curso del proceso, pag.48/53

63 TARUFFO Michele, ob cit pág. 67.

64 Art. 117.3 Constitución Española de 1978

traba de la litis y sus efectos, rebeldía, transacción, pronunciamiento de la decisión, medios de impugnación con sus limitaciones y sus efectos.

En suma si bien las particularidades y principios propios del arbitraje impiden la aplicación de todas las normas propias del proceso de conocimiento y la litigación civil, existen ciertos aspectos y principios propios del proceso civil que se espejan en el proceso arbitral como proceso jurisdiccional.

Creemos por todo ello que los defensores a ultranza de las Reglas de IBA y críticos de las de Praga a las que consideran erróneamente como inquisitivas o autoritarias, olvidan que hoy, como consecuencia de esas reformas no puede afirmarse que en el *adversarial system angloamericano* en el que se inspiran las primeras el juez continúe manteniendo un rol absolutamente pasivo frente a la actividad de las partes como lo hacía en el siglo XIX y buena parte del siglo XX controlando tan solo la buena marcha del proceso, ni que éstas mantengan el poder total respecto del período probatorio en el proceso civil, cuyos conceptos basales puedan trasladarse al tribunal arbitral en el proceso arbitral.

En suma, se advierte que como consecuencia de esos cambios, en el *adversarial system* moderno se han conferido mayores facultades inquisitorias al juzgador que en cierta forma han acercado los sistemas, con cierto efecto centrípeto, sin perjuicio de mantener sus características esenciales[65].

No obstante, lamentablemente pareciera que ello no fue registrado ni se trasladó adecuadamente al mundo del arbitraje comercial internacional, aun dentro de la propia órbita del derecho continental en el que algunos abogados especializados en su práctica pretenden mantenerse aferrados al respeto de las Reglas de IBA en materia probatoria enhebradas bajo el concepto clásico del *adversarial system* angloamericano que de tal forma se mantienen alejadas del objetivo de la búsqueda de la verdad real, contentándose

---

[65] Estas modificaciones esenciales del adversarial system clásico y su traspaso hacia un proceso con mayores facultades inquisitorias del juez como consecuencia de las reformas procesales inglesas de 1998 ha sido reconocida por la más calificada doctrina especializada en arbitraje comercial internacional - REDFERN Alan - HUNTER Martin; BLACKABY Nigel –PARTASIDES Constantine "*Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional"* 4ta ed. Thomson-Aranzadi Navarra 2006, cap. 6 "*La conducción de proceso*", parág. d. *Procesos adversariales e inquisitivos* 6-10 pág. 393 nota. 30

con la versión de la verdad formal o procesal que le llevan las partes para todo tipo de arbitraje. Precisamente a evitar esas dificultades tienden las Reglas de Praga.

**8.- La desactualización de la dicotomía proceso adversarial / inquisitivo**

Tradicionalmente los procesos se han diferenciado entre dos grandes géneros de contornos no muy bien definidos pero caracterizados por determinados rasgos o características propias conocidos como **adversariales o inquisitivos**, en una terminología que ha perdido actualidad y aplicación práctica, fundamentalmente por la indebida utilización de este último término que puede dar lugar a confusiones o desinterpretaciones.

Es más aún calificada doctrina considera que en lo que se refiere a los sistemas del civil law, la afirmación de que son esencialmente inquisitivos es también descriptivamente falsa en tanto semejante afirmación no refleja la historia de los sistemas del Civil Law. Desde los orígenes del procedimiento civil continental en la Edad Media el proceso civil fue esencialmente acusatorio hasta la aparición de la ZPO austríaca de 1895 vigente desde 1898 esto a fines del siglo XIX, a partir de la cual muchos países fueron dando a los jueces poderes gerenciales e incluso algunos poderes para recopilar pruebas de oficio. Todo ello sin perjuicio de respetar la autonomía de la voluntad en el inicio del proceso (acción), en la definición del objeto del proceso mediante sus pretensiones y oposiciones, fundamentalmente la denuncia y definición de los hechos esenciales del caso y el ofrecimiento de todas las pruebas que deseen.

Por ello se ha dicho que las descripciones del modelo inquisitivo que se atribuyen como presentes en el sistema continental no son fiables, sobremanera algunas provenientes de la doctrina estadounidense, como cuando tratando de elevar al sistema acusatorio se afirma "*que el resto del mundo tiene un sistema inquisitivo en el que el juez juega el papel crucial al alegar los hechos y decidir todos los casos"*. Es más aún, se ha señalado que la dicotomía acusatorio/inquisitivo parece ser una preocupación específicamente estadounidense, porque el "*adversarialism"* es una especie de base fundamental de la manera estadounidense de pensar el derecho, de forma que cualquier desviación del esquema del modelo acusatorio tiende a ser percibida como un ataque a

los valores esenciales de la sociedad estadounidense, sin advertir que en otros países del sistema del common law como en el régimen procesal civil ingles en vigencia desde 1999 se ha producido un cambio radical del anterior sistema adversarial[66]

Creemos que la utilización del término "*inquisitivo*" para identificar a los sistemas que confieren más facultades y poderes de investigación de la verdad de los hechos no ha sido feliz y muchas veces es manejada por los defensores del sistema adversarial con cierto matiz peyorativo o descalificante como si se tratara de un tribunal inquisidor al estilo de la justicia del **Tribunal Eclesiástico de la Inquisición de la Edad Media** donde no solo daba impulso de oficio a la investigación de los hechos sino que se encontraba facultado para extraer la verdad de estos según su voluntad mediante la violación de todos los derechos de las partes presionándolas o forzándolas a reconocer hechos que no son ciertos por cualquier medio inclusive la tortura.

Si bien en el siglo XII ya se usaba una dicotomía para distinguir un proceso que requería el impulso de una parte para ponerse en marcha (*processus per accusationem*), de un proceso que podía iniciarse en su ausencia (*processus per inquisitionam*), con el avance de los siglos esta distinción fue utilizada por los juristas continentales en una diversidad de contextos adquiriendo diversos significados técnicos, permaneciendo razonablemente cierto solo el significado básico de la oposición.

El método *advesarial* surge a partir de una contienda o disputa, se desarrolla como el compromiso de dos adversarios que son quienes organizan la ingeniería procesal de la disputa ante el *adjudicador* como lo denomina Damaska -en el cual consideramos comprendido no solo al juez estatal sino también al árbitro en el ejercicio de similar función jurisdiccional- aunque asumiendo un rol pasivo, cuyo deber primordial es dictar un veredicto sobre las pruebas y el derecho que le arriman las partes y fundamentalmente sus abogados. Mientras que el otro sistema, inquisitivo, al que por lo antes expuesto preferimos llamar *no advesarial* está generalmente estructurado como una investigación oficial sobre la base de los hechos denunciados fijados por las partes, en procura de la búsqueda de la verdad real.

---

[66] TARUFFO Michelle, Paginas sobre justicia civil.cit, Aspectos Generales. 2 Modelos procesales acusatorios vs inquisitivos, pag.336/341

Bajo el primer sistema los dos adversarios se hacen cargo de la acción, mientras que bajo el segundo la mayor parte de las acciones en el proceso legal son llevadas a cabo por los funcionarios encargados de administrar justicia.

Se ha dicho que más allá de ese significado esencial, comienzan las incertidumbres en tanto cada concepto está dotado de rasgos diferentes cuando la discusión se centra en casos criminales, litigios civiles o en la administración de justicia en general. La cuestión se complica aún más frente al hábito de incorporar en los dos modelos de procedimientos diversos rasgos cuya relación con la oposición de las ideas de contienda o investigación son en el mejor de los casos tenues y mientras más cobra cada concepto la vasta gama de características, resulta más evidente que las premisas en que se basa la oposición son inciertas o ambiguas. Y -se añade- buena parte de la confusión se debe también a que los criterios para incluir rasgos específicos de los tipos *advesarial o inquisitivo* siguen poco claros, todo lo cual ha llevado a la conclusión que la tipología (y la dicotomía) es actualmente engorrosa y difícil de emplear como instrumento de análisis y resulta de utilidad muy limitada para proporcionar una orientación comparativa más allá de los sistemas jurídicos continentales[67].

Se argumenta resumidamente que su aplicación a las tramitaciones desnaturalizaría el arbitraje comercial internacional en la forma en que generalmente se lo viene practicando, en tanto los árbitros podrían aplicar *reglas inquisitivas* transformando al arbitraje en un sistema procesal *inquisitivo* de marcado carácter jurisdiccional que se considera inadecuado a su naturaleza contractual, desconociendo el rol de la autonomía de la voluntad en el procedimiento arbitral.-

Si bien como se vio en el concepto clásico del *adversarial system* se confiere en general al juez o árbitro un rol excesivamente pasivo al que no le preocupa la búsqueda de la verdad real sino tan solo la obtención de la verdad formal sobre la base de los hechos y prueba de los mismos que plantean las partes vigilando fundamentalmente que se respeten las garantías procesales, creemos que resulta desacertado considerar al

---

[67] DAMASKA Mirjan R. "*Las caras de la justicia y el poder del Estado*". cit, pág. 12/17

moderno proceso del *civil law* como *inquisitorio* o *inquisitorial*[68] tan solo porque no sigue o se aleja de esos cánones y tradiciones jurídicas propias del common law.. Creemos que tal vez resulte más prudente considerar que en el sistema procesal continental el tribunal judicial (o arbitral) *goza de facultades inquisitorias*[69] *y de instrucción* más amplias, como lo hacen algunos autores en criterio que compartimos[70].

Pretendiendo graficar esas características y diferencias creemos que mientras en el *adversarial system* acuñado según las costumbre, cultura jurídica e idiosincrasia propias de los países adscriptos al mismo las partes reservan mayores poderes de disposición a la hora de resolver con intervención de un tercero o adjudicador sobre sus derechos en conflicto, en un esquema más liberal y privatista que en el sistema del proceso civil del derecho continental donde el principio dispositivo aparece cada vez más acotado o morigerado como consecuencia del conferimiento de poderes y atribuciones del juzgador, con la mira puesta no solo en el respeto a las reglas en ese enfrentamiento procesal sino fundamentalmente en la obtención de una decisión justa. Considerándose que esta verdad no podrá ser lograda si el juez mantiene ese esquema pasivo en el procedimiento, en la fijación y determinación de los hechos litigiosos y en la forma de probar los mismos.

Es importante considerar entonces respecto del arbitraje comercial internacional las diferencias que aún se mantienen en la aplicación práctica de las Reglas de IBA en punto a las facultades e iniciativa del tribunal en la etapa probatoria en tanto advertimos que muchas de las críticas u observaciones que se han efectuado a las Reglas de Praga son hechas desde la óptica de intérpretes que lo hacen bajo influjo de conceptos y principios clásicos del *adverarial system* que como se vio ya han sido superados o al menos notoriamente morigeradps desde el marco de los procedimientos civiles en el **propio sistema** del *common law* en las últimas décadas del siglo XX.

---

[68] *Perteneciente o relativo al inquisidor o al antiguo Tribunal Eclesiástico de la Inquisición //2. Dicho de un procedimiento parecido a los del antiguo tribunal de la inquisición.* Diccionario de la lengua española "Real Academia Española, Ed. Espasa Calpe, 22 ed.

[69] *Que tiene capacidad para inquirir //2. Perteneciente o relativo a la inquisición o averiguación de las cosas*

[70] Como bien lo referencian Guillermo Argerich y otros, ob cit loc cit, ap. I Las Reglas de Praga.

En los sistemas adscriptos al derecho continental, en el proceso civil, sin perjuicio de respetarse el principio dispositivo respecto de las facultades de las partes en la etapa inicial de la promoción de la acción, denuncia de los hechos y del derecho aplicables, se fueron concediendo al adjudicador mayores facultades o poderes para disponer, aún de oficio otras medidas de prueba diferentes de las arrimadas por las partes y adecuar las normas de derecho aplicables sin perjuicio de las denunciadas por las partes en sustento de sus pretensiones. Lo anterior sin perjuicio de dar intervención a las partes respecto de las mismas, escuchando su opinión a fin de que pueda ejercer sus derechos. Todo ello con el objetivo de determinar si la verdad formal que surge de los hechos probados del proceso según la voluntad de las partes -con el cual el *adversarial system clásico* parecía contentarse- se adecúa o hermana o no con *la verdad material* que satisface mejor -desde su concepción- el objetivo de una decisión justa.

**9.- Ideologías y procesos**

Superada la división acusatorio/inquisitivo pareciera que la tendencia para caracterizar el sistema acusatorio gira actualmente alrededor del poder de las partes en el proceso frente al poder que se le confiere al adjudicador (juez o árbitro).

Es necesario tomar conciencia que si bien el proceso es tal vez la rama técnica por excelencia del derecho no por ello constituye un fin en sí mismo y ninguna técnica es neutral desde el punto de vista ideológico[71]. El conflicto entre la autonomía de la voluntad y el Estado (en este caso como regulador y no como ejecutor) se traslada también al proceso judicial y sobremanera al arbitral en el cual la primera cobra mayor gravitancia y va variando según las diferentes ideologías imperantes en cada época.

Como se ha dicho, el *adversarial legalism* no se refiere solo al proceso, se trata mas bien de una ideología que inspira practicamente todas las areas del derecho norteamericano, basada en la idea de que la mejor manera de resolver cualquier problema jurídico consiste en dejar el campo libre a la competición entre abogados que representan

---

[71] CAPPELLETTI Mauro, *"Proceso, Ideologías, Sociedad"*, Ed. Ejea BsAs. 1974 –Colección Ciencia del Proceso", trad. S. Sentis Melendo y Tomas A.Banzhaf, Cap.VII Procedimiento e ideologías. Parag. 26 Los fundamentos filosóficos, Ideológicos y Políticos del Derecho Procesal. Primer ejemplo. El antagonismo entre método científico y método escolástico reflejado en el sistema de las pruebas judiciales" pág. 83/84

a individuos que persiguen sus propios intereses particulares en el convencimiento de que de este modo se consigue el equilibrio ideal de los intereses en conflicto[72]

El proceso civil (y también el arbitral) no constituye una característica única y homogénea en todos los ordenamientos jurídicos, variando las concepciones relativas a la función que debe desarrollar el proceso y con ello también las ideas relativas a las modalidades en las que aquel debe estructurarse. En suma existen diversas ideologías del proceso civil (comprensivo entre otras modalidades del comercial, laboral y también del arbitral) y en función de ellas se atribuyen significados diversos a lo que puede designarse como modelo acusatorio del proceso civil.

Así, de un lado se piensa que el proceso solo tiene que servir para resolver controversias o conflictos (*adversarial system*). De otra (proceso continental) se piensa que si bien el proceso civil se encuentra orientado a resolver controversias, ello debe ser mediante decisiones justas en tanto fundadas en la correcta aplicación de las normas que regulan el supuesto de hecho objeto del proceso. Y si bien en ambas es fundamental la idea de que el proceso gira en torno a la actividad de las partes, éstas asumen connotaciones muy diversas según se siga una u otra orientación[73].

La realidad indica que toda expresión normativa sea legal o para legal como las normas del *soft law*, obedece y encuentra su razón de ser en determinados valores, actitudes, orientaciones e ideologías[74].

Así por ejemplo como consecuencia de las ideas económicas que emergieron triunfantes después de la caída del Muro de Berlín, ayudadas por la globalización que rompió el concepto decimonónico de los Estados y del Estado de Bienestar se fue advirtiendo una notoria uniformidad de fenómenos jurídicos relevantes, produciéndose la traslación e imposición de los modelos jurídicos propios de los sujetos económicos

---

[72] TARUFFO Michele. "Simplemente la verdad.". El juez y la construcción de los hechos", ed. Marcial Pons, 2010, traducción Daniela Accatino Scagliotti, Cap.III Notas acerca de la verdad en el proceso. Parag. 4.2 Verdad e ideologías del proceso, pag. 125/131, con cita de KAGAN R, 2001 " Adversarial Legalism. The American Way of. Law:61,99,126,159,181,207

[73] TARUFFO Michele "Páginas sobre la justicia civil" cit Cap.22. Consideraciones sobre el Proceso Civil Acusatorio. 2. Modelos e ideologías del proceso

[74] TARUFFO Michelle "Sobre las fronteras", cit Cap.I Dimensiones transculturales de la Justicia Civil, cit. pag.6

dominantes[75] con una traspolación no solo de los institutos y las costumbres económicas sino también jurídicas desde el mundo del *common law* hacia el del *civil law* que se evidenciaron tanto en el ámbito del derecho sustancial como procesal[76].

En ese contexto, en el derecho adjetivo del proceso civil continental comenzó a hablarse de *garantismo procesal* haciendo referencia a esa esfera de derechos y garantías reservados de las partes en las que el juez y en el caso del arbitraje, el árbitro, no pueden inmiscuirse. Ello se planteó como una reacción frente a lo que se denominó *intervencionismo* o *activismo procesal* cada vez más notorio en el proceso continental desde los trabajos de Oscar VON BULOW que marcaron su independización del Derecho Privado y la publicización del Derecho Procesal[77] hasta la ZPO austríaca de F. KLEIN que delineara las facultades del juez o del árbitro más allá de esas garantías, sin perjuicio de reservar siempre el ejercicio del derecho de defensa de las partes y las reglas del debido proceso. El derecho procesal y las reglamentaciones procesales luego de la ZPO dejaron de ser una disciplina individualista y privatista para ser considerado como algo en el que no solo se encontraba comprometido el interés privado e individual sino también -aunque en menor medida- el interés público como en todo instrumento de justicia.

Si bien la exitosa Ley Modelo de la de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o ley CNUDMI (1985), más conocida como ley UNCITRAL por sus siglas en inglés, suministró normas y principios generales en materia de arbitraje comercial internacional (que también fueran utilizados en el arbitraje comercial interno o nacional logrando también su crecimiento y expansión) para tratar de contar -y lo ha logrado-, con un régimen legal armónico y compatible, se cuidó de no establecer la aplicación de ciertos principios y procedimientos determinados y propios de uno de los dos sistemas, en los que existían diferencias inconciliables.

---

[75] TARUFFO Michelle, Sobre las fronteras Escritos sobre la justicia civil" ob cit Cap. II globalización y Proceso civil pag.17 /21

[76] Hemos abordado el tema en anteriores trabajos "La crisis económica global y el fideicomiso argentino" r Méndez, Agustina Mercedes y Méndez, Héctor Oscar. ED, 232-819; "Globalización y Justicia" Méndez, Agustina Mercedes y Méndez, Héctor Oscar. Citar ABELEDO PERROT Nº: 0003/015567 Fecha: 14/9/2011 Publicado: SJA 14/9/2011.

[77] VON BULOW Oscar "La teoría de las Excepciones Procesales y los presupuestos procesales", Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein, EJ.E.A. bs.As., 1964.

Y si bien la Ley Modelo trató de compatibilizar los procedimientos e institutos procesales arbitrales más importantes del proceso arbitral -al los que llamó tímidamente como actuaciones arbitrales- lo cierto es que precisamente habida cuenta las disparidades existentes entre ambos sistemas procesales en materia de producción de pruebas y rol del árbitro en la conducción del proceso -entre otros temas- esos aspectos no fueron tratados quedando librados a los acuerdos de las partes o las reglamentaciones estatales.

En lo que hace al rol del tribunal arbitral dispuso que recién a falta de acuerdo se confiere al tribunal arbitral la posibilidad de **dirigir** el arbitraje del modo que considere apropiado **-con sujeción a lo dispuesto por la ley-** (art. 19.1) incluyendo las facultades de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas (art. 19.2).

Ante la ausencia de una reglamentación especial para la práctica de las pruebas en el arbitraje se comenzaron a utilizar en la mayoría de los arbitrajes internacionales las **Reglas de la IBA** cuya primera versión data de 1983, inspiradas en el sistema probatorio propio del *adversarial system,* aunque las partes fuesen de otro sistema jurídico.

Como se vio, no puede discutirse que las Reglas de la IBA al seguir esos lineamientos generales enancadas en lo que es la esencia del adversarial system, priorizan el interés individual y las facultades dispositivas de las partes en el procedimiento probatorio por sobre las del tribunal, dejando a éste el rol de un mero ejecutor de las mismas, con escasas o reducidas facultades de iniciativa pretendiendo alcanzar tan solo la verdad formal o procesal por sobre la verdad material o sustancial. Todo ello sin perjuicio de reconocer a los árbitros respecto de la práctica de algunas pruebas en particular ciertas facultades que se asemejan a las del proceso del *civil law*.

Cierto es que ese sistema si bien fue de mucha utilidad cubriendo el vacío que –como se vio- deliberadamente había sido dejado por la LM precisamente para respetar las particularidades procedimentales de cada sistema, no obstante su general aplicación en tanto era el único instrumento disponible, generó insatisfacción y críticas desde el lado de los operadores del arbitraje internacional adscriptos al sistema del derecho civil que reclamaron por un régimen probatorio más afín al mismo, fundamentalmente con un tribunal desempeñando un rol más activo y directivo.

De allí la razón de ser de las Reglas de Praga que consideramos han de ser bienvenidas por todos los operadores del arbitraje que podrán ejercer la autonomía de la voluntad optando por uno de los dos sistemas en lugar de verse obligados a recurrir a uno solo. Y también por las partes del mundo del civil law que se verán más entusiasmadas a utilizar el arbitraje comercial internacional al poder desarrollarse bajo reglas procesales que conocen.

Si bien los redactores de la LM han reconocido que uno de los problemas más delicados y complejos en la confección de dicha ley ha sido "*lograr el equilibrio entre el interés de las partes de establecer libremente el procedimiento a seguir, y el interés del sistema jurídico que le otorga reconocimiento y efectos a dicho procedimiento*"[78], se ha advertido una clara tendencia desde el *common law* fundamentalmente en las dos últimas décadas del siglo XX de dar no solo al procedimiento arbitral sino también al arbitraje en general una impronta y una conformación predominantemente contractualista o privada.

En cambio en el mundo de los países del derecho continental se ha mantenido en general con un carácter mixto, contractual y jurisdiccional o cuasi jurisdiccional con una preponderancia de este último, salvo algunas excepciones como la Ley Argentina 26.994 que considera al arbitraje en general como un contrato típico demostrando la notoria influencia anglosajona en la materia.

La naturaleza mixta del arbitraje obedece a que sin perjuicio de la mayor o menor injerencia de la autonomía de la voluntad en el procedimiento arbitral no puede dudarse que éste desemboca en sustancia en el dictado por parte de los árbitros de una decisión héterocompositiva de carácter jurisdiccional (o cuasijurisdiccional según la justicia española) resolviendo en forma obligatoria y vinculante conflictos de interés individuales disponibles en forma definitiva con autoridad de cosa juzgada material que no podrá ser revisada -por lo general- en cuanto al mérito o fondo de la cuestión resuelta por ningún

---

[78] Doc. ONU a/ cn.9/207, párrafo 21.

tribunal judicial, lo cual le confiere una indiscutible característica jurisdiccional en la que se encuentra comprometido además el interés general[79].

Por esas razones podrá comprenderse entonces el móvil y la razón de ser que llevó al dictado de las Reglas de Praga en tanto pretenden la mejor adecuación del procedimiento del arbitraje comercial internacional a las tradiciones, principios, cultura y esencia de los sistemas jurídicos vigentes en la mayor cantidad de países.

**10.- El diferente rol de las partes y abogados**

Se ha observado que la cuestión de las doctrinas y prácticas del *common law* respecto de la presentación adversarial de las pruebas por parte de los abogados es una de las cuestiones que a estos profesionales del sistema del derecho civil más le cuesta comprender.

Ante la perspectiva de aplicar las reglas probatorias del *common law* es común que los abogados extranjeros se quejen de que sus doctrinas y prácticas son enigmáticas y que se apartan demasiado de sus modos tradicionales de investigar los hechos[80].

Se añade que esas particularidades son producto principalmente del destacado juego de las estrategias de las partes y sus abogados en la búsqueda del material probatorio y su representación en los tribunales. Y desde esa perspectiva, la prueba en el *common law* es primero y principalmente el resultado del sistema adversarial.

Por ello, el destacado papel de las partes y especialmente de los abogados en la resolución de las controversias judiciales y arbitrales es otro de los rasgos característicos de este sistema, a lo que se suma la lucha competitiva entre las partes en la obtención de

---

[79] Hemos abordado la equivocada consideración del arbitraje como un contrato típico en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino en diversas oportunidades a la que nos remitimos: "Recursos en el arbitraje a tenor del nuevo Código" Méndez, Héctor O. Méndez, Agustina M. Publicado en: LA LEY 28/12/2015, 28/12/2015, 1 Cita Online: AR/DOC/3367/2015; "El nuevo "Contrato de Arbitraje" en el proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial" Hector Oscar MENDEZ Publicado en Revista de Derecho Procesal 2013-1 "Proyecto de Código Civil y Comercial" Ed. Rubinzal Culzoni 2013. Pág. 285

[80] DAMASKA Mirjam R. "El Derecho Probatorio a la Deriva", colección Proceso y Derecho, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, Introducción, pág. 19

la prueba, en la que combaten los abogados para hacer suyo el caso derribando a su oponente[81].

La amplia e irrestricta actividad y control de las partes en la recopilación del material probatorio es una característica del sistema adversarial aunque a finales del siglo XX se advirtió -como se viera supra- una atenuación de ese control prevaleciendo actualmente una sensación de crisis de las preciadas tradiciones anglosajonas sobre la investigación de los hechos[82].

Graficando lo antes expuesto podría afirmarse que mientras que en el procedimiento adversarial el primer rol lo ocupan las partes y fundamentalmente sus abogados, en el sistema no adversarial o continental ese rol lo ocupa el juez (o árbitro) como director del proceso.

**11.- Nuestra postura**

Sin perjuicio de las diferencias entre la visión clásica de ambos sistemas procesales antes señaladas fundamentalmente en materia civil, el tema puede resumirse diciendo que mientras en la visión clásica del adversarial system las partes reservan las más amplias facultades para la determinación del derecho aplicable y la averiguación de la verdad de los hechos, confiriendo al juez o en el caso el árbitro el rol de un mero espectador de esa porfía o lucha procesal entre las mismas[83], en el derecho continental europeo el juez o árbitro adquiere un rol más activo (o proactivo) en la recolección de pruebas tendiente a comprobar la verdad real de lo acontecido sin que por ello se lo pueda considerar como un tribunal de la inquisición como peyorativamente pretenden algunos.

Cierto es que el arbitraje en tanto importa en definitiva el ejercicio privado de una función jurisdiccional impartiendo justicia mediante el dictado de un laudo o sentencia

---

[81] DAMASKA Mirjan R, ob cit, pag. 21/22

[82] DMASKA Mirjan ob cit pag. 23

[83]Graficando la postura del sistema dispositivo puro o adversarial system se ha considerado que "el proceso es negocio privado de las partes, ellas conducen soberanamente, detienen cuando les plazca, entorpecen sin consecuencias relegando al juez a un plano secundario de simple observador, a quienes los litigantes manejan según sus conveniencias (RODRIGUEZ J.J. "*Justicia Civil"* , Colombia, s/f p.104

arbitral que adquiere carácter de cosa juzgada material y ejecutoriedad judicial directa en igualdad de efectos con una sentencia dictada por un juez estatal, no resulta exento de las consecuencias de la diferente esencia y tradiciones de cada uno de estos sistemas, pero no por ello puede considerarse a un procedimiento arbitral que se adecua al sistema del derecho civil como inquisitivo.

También pensamos que no estamos frente a una cuestión dicotómica de confrontación entre ambos sistemas.

Creemos que la esencia del problema pareciera transitar por una cuestión de medida o de intensidad de **las facultades de los jueces o árbitros** en el aspecto más importante de un proceso como es la reconstrucción histórica de los hechos, mediante un procedimiento probatorio tendiente a determinar la verdad de los hechos controvertidos- aunque con diferente profundidad- bajo los que se enmarca el conflicto que se lleva a su resolución héterocompositiva y vinculante.

Es necesario recordar -como se vio- que los dos sistemas responden a culturas y tradiciones jurídicas distintas -ambas respetables por cierto- de las que no puede decirse que una sea mejor que la otra, sin olvidar que no son intercambiables y en algunos aspectos resultan incompatibles entre sí.

Desde la óptica de la propia estructura de ambos sistemas procesales y el rol que juegan las partes interesadas y el juez, es tal vez donde se advierten las mayores diferencias, sin perjuicio del reciente acercamiento del *common law* hacia el *civil law* advertido en las reformas procesales antes señaladas.

Mientras en el *adversarial system* y en general en todos los instrumentos de juzgamiento acuñados bajo el concepto clásico en ese modelo las partes delegan en el tercero héterocompositor sea órgano estatal (juez) o privado (árbitro) solo las limitadas y expresas facultades que consideren convenientes reservándose todo lo demás y en particular en la forma de probar la verdad de los hechos, la cuestión en el proceso continental es diferente. En este último sin perjuicio de las amplias facultades de disposición de las partes en cuanto a la acción, la denuncia de los hechos, las pruebas y el derecho aplicable, se confiere al juez -o árbitro- mayores *facultades instructorias e*

*inquisitorias,* convirtiéndolo en un verdadero **director** del proceso, con un rol claramente **proactivo** en la reconstrucción histórica de los hechos, lo cual -como se vio- no implica conferirle el rol de un "inquisidor" como se le achaca. La verdad, en el primer sistema, no queda más que en umbral de lo **formal,** mientras que en el segundo pretende llegar a lo **sustancial** o material sobre la base de la realidad de lo acontecido.

Por todas esas razones se ha dicho que hay una fuerte y descarada ambición del derecho angloamericano de influir o dirigir el razonamiento que el juez de los hechos realiza sobre las pruebas. Y ello constituye el núcleo central que anima dicho derecho[84].

## 12.- *Soft Law*. Aplicabilidad de las Reglas de Praga

Respecto a la aplicabilidad de las Reglas de Praga se ha dicho que las mimas llaman la atención al preveer que conforme al art. 1.2 el tribunal arbitral podrá aplicar estas disposiciones de oficio o tan solo después de haber oído a las partes, considerándose que esto lo podría hacer **aún si no hubiere consentimiento de las mismas**, mientras que las Reglas de IBA permiten su adopción total o parcial previo acuerdo de las partes y el tribunal. Esto es que a diferencia de las Reglas de Praga no contemplan disposición alguna que faculte al tribunal arbitral para aplicar sus disposiciones **sin acuerdo de partes o de oficio**[85]**.**

Sin perjuicio que las Reglas de IBA establecen también que las partes **podrán acordar o los tribunales arbitrales** resolver su aplicación **respeto a la identidad cultural, tradición y cultura jurídica regional** no compartimos esa postura.

Resulta aconsejable que para evitar sorpresas ante la alternativa de la aplicación de reglas distintas, que las partes pacten la aplicación total o parcial de las reglas que consideren más convenientes **en cada caso**, en la forma antes indicada.

Por lo demás ambas reglas integran el llamado *soft law* constituyendo normas de derecho *blando* cuya aplicación no es imperativa sino que depende en principio de la

---

[84] DAMASKA Mirjan," El derecho probatorio a la deriva" cit. pag. 40t

[85] ARGERICH Guillermo, ob cit, ap.II

voluntad de las partes que podrán descartarlas o aceptarlas ya sea en forma total o parcial o adecuarlas conforme a sus necesidades[86].

Por todo ello creemos que corresponderá a las partes convenir claramente que reglas se utilizaran según lo consideren adecuado a su particular situación, sin confundirlas ni considerarlas como complementarias en tanto obedecen a principios, tradiciones y naturaleza diferentes que obviamente pueden llegar a desembocar en decisiones también distintas.

## 13.- La necesidad de las Reglas de Praga. El ejemplo precursor del CIAR

Creemos que los operadores del arbitraje comercial internacional adscriptos al sistema del *common law* no tienen que sorprenderse porque la comunidad internacional del sistema del derecho civil continental europeo romano germánico haya reclamado por el reconocimiento en el procedimiento del arbitraje comercial internacional y no solo respecto de la práctica de las pruebas, la aplicación de institutos y procedimientos propios de su sistema jurídico adecuado a las costumbres jurídicas, cultura e idiosincrasia de sus integrantes empezando por el de la aplicación de su propia lengua.

En atención a esos reclamos y necesidades el **3 de octubre de 2012** casi seis años antes de que se aprobaran las Reglas de Praga -del **14 de diciembre de 2018-**, un nutrido y calificado grupo de Cámaras y organizaciones empresarias y de comercio así como de Colegios y de las principales asociaciones de abogados de Iberoamérica impulsados por los mandatos de la Asamblea Plenaria de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos celebrada en el año 2010 y de la XX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en 2010 en la República Argentina, suscribieron un **Acuerdo Marco** en que decidieron participar en el proceso constituyente de un Centro Iberoamericano de Arbitraje, que atienda controversias internacionales tanto de carácter comercial como de inversiones[87].

---

[86] JUAN JORGE "*Lanzamiento de las Reglas de Praga: nuevo soft law para regir procedimientos arbitrales* " disponible en https://cartasblogatorias.com/2019/01/07/lanzamiento-de-las-reglas-de-praga-nuevo-soft-law-para-regir-procedimientos-arbitrales

[87] Cláusula primera. Disponible en *www.centroiberoamericanode arbitraje.org*

Luego de diversas reuniones entre los representantes de las diferentes personas jurídicas signatarias, el **19 de marzo de 2015** en la sede de la Cámara de Comercio y Servicios Argentina (CCA), se aprobaron el acta fundacional y el Estatuto Social del CENTRO IBEROAMERICANO DE ARBITRAJE (CIAR). Se trata de una persona jurídica, de carácter privado e independiente (asociación civil inscripta en España) que cuenta también con el apoyo de los gobiernos de los países iberoamericanos, lo cual constituye un hito trascendente en el reconocimiento de la importancia del arbitraje comercial internacional, moldeando con formas especiales a esta nueva entidad.

En los considerandos del Acuerdo Marco se pone especial énfasis en la necesidad de **respetar la identidad cultural, tradición y cultura jurídica regional**. Se destaca en tal sentido que: *Iberoamérica constituye* ***un espacio multinacional fundamentado en principios y valores y en una identidad cultural, histórica y lingüística compartida***[88]**;** **"***los intercambios culturales, humanos y económicos dentro del espacio iberoamericano - tanto los transatlánticos como los que se han dado en América Latina en su conjunto y en sus subregiones en particular– tienen siglos de historia, han variado de intensidad, y han sido muy enriquecedores"*[89]. Se destaca fundamentalmente que "*existe, también,* ***una tradición y cultura jurídica igualmente compartida y rica, que los distingue de otras regiones"***[90].

En el mismo sentido se señala que "*los países iberoamericanos comparten no sólo historia, idiosincrasia e idiomas, sino también una cultura jurídica común, basada en el Derecho continental, que tiene al arbitraje como una de las más antiguas formas de administración de justicia, que se proyecta en sistemas jurídicos comparables en muchos aspectos. Necesitan por ello contar con instituciones arbitrales propias, especialmente para la administración de los arbitrajes intra-iberoamericanos, hoy dispersos en centros diversos generalmente fuera de la región"*[91].

---

[88] cons. 1ro

[89] cons. 2do

[90] cons.5to

[91] Acuerdo Marco cons. 14to

El CIAR tiene como misión principal ofrecer un procedimiento arbitral de alta calidad, dinámico, poco burocratizado, rápido, lo menos costoso para las partes y ***fundado en la cultura jurídica común de los países iberoamericanos, atendiendo muy especialmente a las necesidades de las PYMES[92].***

Entre sus objetivos se destaca que "***la seguridad jurídica*** *no es tan sólo un trascendente valor jurídico sino, cada día más, un requisito del desarrollo económico. En este sentido -se añade- no cabe duda que el incremento del comercio internacional y de las inversiones reclama la articulación de mecanismos de resolución de controversias que den respuesta a dicha exigencia y, al tiempo, que permitan alcanzar soluciones rápidas y adecuadas*[93].

Y esta "*seguridad se reafirma cuando las partes saben que* ***los árbitros, la normativa procedimental y el idioma*** *a utilizar en el arbitraje no serán extraños a los del sistema jurídico continental europeo, romano germánico o del civil law que forma parte de su cultura".*[94]

Por todas esas razones se concluye que "*parece evidente* ***la necesidad de crear*** *una institución arbitral de carácter regional que dé rápida y adecuada respuesta a las demandas de los países iberoamericanos y de sus operadores económicos, que atienda a sus* ***particularidades, costumbres jurídicas y necesidades y que permita unificar los esfuerzos e iniciativas que se vienen desarrollando en los últimos años"***[95].

Se reconoce que "*se observa la necesidad de abrir las puertas a juristas iberoamericanos en el ámbito del arbitraje comercial, en general, destacándose que su escasa presencia en él se debe a sus reducidas posibilidades de acceder tanto a la función de árbitros como de abogados de parte* ***por la falta de preparación específica y***

---

***92*** Cons. 3ro

93 Cons. 6to

*94* Cons.7mo

95 Cons. 16to

***experiencia en la materia por la preponderancia de principios y procedimientos propios del common law"***.[96]

Se admite finalmente que a pesar de todas las consideraciones reseñadas precedentemente, así como las señaladas de identidad compartida, flujos humanos, comerciales y de inversión "*no existe un mecanismo constituido y concreto que atienda a la resolución de conflictos que sea* ***específicamente iberoamericano***[97]**.**

Las anteriores expresiones no albergan duda alguna en punto a la necesidad de respetar la tradición y cultura jurídica del proceso civil continental sobremanera en materia tan importante como la probatoria donde -como se vio- las diferencias entre ambos sistemas se acentúan, respuesta que creemos vienen a dar las Reglas de Praga, sin perjuicio de las modificaciones y adaptaciones particulares que su aplicación práctica pudiera aconsejar.

**14.- Conclusión y consejo. Cláusula arbitral.**

Creemos que las Reglas de Praga no son un complemento de las Reglas de IBA ni pretenden competir con las mismas. Por el contrario, constituyen una alternativa válida que viene a satisfacer las necesidades y justos reclamos de un sector importante del tráfico comercial internacional mundial, que no se veía atraído por ir a un arbitraje comercial internacional con procedimientos y un rol del tribunal arbitral ajenos o contrarios a sus costumbres. Todo ello sin perjuicio de las facultades de las partes para que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, opten voluntariamente por alguna de ellas en todo o en parte, cuando lo consideren conveniente como toda regla del *soft law*.

Las diferencias entre las características esenciales y tradiciones jurídicas del procedimiento probatorio entre los sistemas jurídicos del common law y del derecho civil continental europeo tornan comprensible y razonable que las partes adscriptas a un sistema procesal distinto del *adversarial system* angloamericano hayan deseado optar por

---

[59] Cons. 18vo

[60] Cons. 19 no

un procedimiento -no solo en la etapa probatoria sino también respecto de las facultades de conducción y dirección del proceso- adecuado a su cultura y tradición jurídica.

Las Reglas de Praga pretenden tan solo la compatibilización del procedimiento en el arbitraje comercial internacional a esa realidad, sin que pueda verse en ello algo perjudicial para el arbitraje, sino todo lo contrario. Se aspira a un fomento y utilización del arbitraje comercial internacional por las partes afincadas en una cantidad considerable de países adscriptos al sistema jurídico del derecho civil continental europeo. Desde este punto de vista no podrá dudarse que habrá más y no menos arbitrajes internacionales que es lo que importa.

No puede obligarse a las partes bajo una visión uniformista a continuar utilizando un único procedimiento probatorio extraño a su cultura, costumbres y tradición jurídica e idiosincrasia al que no se encuentran habituadas forzándolas a comprender sus particularidades y vericuetos considerando que se encuentran en juego importantes intereses económicos que pueden sellar la suerte de empresas y trabajadores.

No debe encontrarse en ello tampoco ninguna visión antiamericanista, anticapitalista, ni menos aún una consideración más estatista del arbitraje ni nada por el estilo. Por el contrario debe entendérselo como una expresión del principio de la autonomía de la voluntad de las partes en la elección del procedimiento arbitral que consideran que se adecúa en mejor manera a la protección de sus derechos e intereses ante una situación de conflicto que someterán a la resolución héterocompositiva y privada de un tribunal arbitral internacional.

Finalmente, creemos que las Reglas de Praga no hacen más que confirmar que dentro del mundo del derecho continental o del derecho civil el arbitraje continúa configurándose como una particular institución con características propias y esencia mixta, contractual o privatista desde el consentimiento de las partes en su utilización y en la opción por las normas de procedimiento y de fondo aplicables, pero **fundamentalmente jurisdiccional** por sus funciones y efectos. A lo que cabe añadir ahora las mayores facultades de los árbitros para la toma de una decisión héterocompositiva más preocupada por la búsqueda de la verdad real. Y creemos que con

ello, jerarquizando al arbitraje. Ello obliga a equilibrar razonablemente el individualismo de la autonomía de la voluntad y el interés contractual particular de las partes con el interés social y general comprometido en todo instrumento de justicia.

El énfasis agregado en las críticas y el panorama que se presenta como apocalíptico si se dejan de aplicar las Reglas de la IBA creemos que es interesado y no viene asistido de razón. Por el contrario, entendemos que ello permite avizorar que sin perjuicio de los supuestos inconvenientes y desventajas que ello podría causar al arbitraje comercial internacional -que no advertimos- lo cierto es que esas críticas no logran disimular importantes intereses económicos en juego no tanto de las partes sino fundamentalmente de las instituciones y profesionales actualmente intervinientes en el arbitraje comercial internacional "a su manera".

Cabrá esperar el resultado de la aplicación práctica de las Reglas de Praga con el correr de los años.

Por ello si las partes desean adoptar esas Reglas resulta aconsejable incluir en las cláusulas arbitrales el siguiente texto:

"*Además de las reglas (institucionales o ad hoc elegidas por las partes) las partes acuerdan que el procedimiento arbitral se sujetará y conducirá conforme a las Reglas de Praga sobre Tramitación eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Comercial Internacional*"