

Recibido: 8 agosto 2018
Aceptado: 3 septiembre 2018

Arbitraje, vol. XI, n° 2, 2018, pp. 365–402

Desarrollo del equilibrio entre la autonomía de las partes y el poder discrecional privativo del árbitro en la práctica probatoria del arbitraje internacional

Pedro J. MARTÍNEZ–FRAGA *

*“La mejor parte del valor es la sensatez;
en virtud de esa mejor parte, he salvado la vida.”¹*

Sumario: I. Introducción. II. La naturaleza única de la discrecionalidad del árbitro en la compilación y presentación de la evidencia como autoridad implícita y explícita sin parangón. 1. Límites ortodoxos respecto a la autonomía de las partes. 2. Factores que distinguen la autoridad del árbitro de los paradigmas clásicos de restricción a la autonomía de las partes. 3. La naturaleza única de la discrecionalidad arbitral, es un poder inherente: un poder explícito e implícito sin parangón. 4. La discrecionalidad de los árbitros es intrínsecamente diferente al ejercicio ortodoxo de autoridad inherente a ellos. III. Las reglas institucionales ofrecen fundamento textual para la discrecionalidad de los árbitros en cuanto a las reuniones y presentación de evidencias, pero sin calificación estándar. IV. Las reglas de la IBA de 2010 sobre la práctica probatoria en el arbitraje internacional ayudan a adecuar la discrecionalidad del árbitro. V. Conclusión.

Resumen: Desarrollo del equilibrio entre la autonomía de las partes y el poder discrecional privativo del árbitro en la práctica probatoria del arbitraje internacional

* Socio de Bryan Cave Leighton Paisner LLP, donde es Codirector del Grupo de Arbitraje Internacional. En 2015, el presidente Barack Obama lo designó miembro del Panel de Conciliadores del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Es profesor adjunto de Derecho en la Universidad de Nueva York y profesor visitante en la Universidad de Navarra, España. El Sr. Martínez-Fraga es graduado de St. John's College (Annapolis) (B.A., *Institutional Honors*), egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia (J.D., *Harlan Fiske Stone Scholar*), y posee un doctorado de la Universidad de Madrid (*Cum Laude*).

¹ W. Shakespeare, *Enrique IV*, Primera Parte, 1596.

Autonomía de las partes y poder discrecional del árbitro: dos factores fundamentales del arbitraje. La autonomía de las partes es el fulcro del proceso arbitral, de donde derivan la decisión de comprometer la solución del conflicto mediante arbitraje, la cláusula arbitral, la elección de la ley aplicable y de la institución que velará por el desarrollo del arbitraje, el número de árbitros, el idioma del arbitraje, y al final, la propia elección de los árbitros. De igual importancia es el poder discrecional del árbitro, el cual se traduce en la capacidad de fijar las reglas del proceso, interpretar la ley arbitral, fijar plazos, valorar las pruebas, fijar gastos y honorarios arbitrales e incluso resolver su propia competencia. Dada la naturaleza de ambos factores, se esperaría que fluyeran de forma armónica. Sin embargo, estos aspectos del arbitraje internacional a menudo entran en conflicto. La discrecionalidad del árbitro tiende a arrebatar el ejercicio de la autonomía a las partes, debilitando la legitimidad del proceso al hacer imposible la presentación de nuevos elementos al proceso debido a algún requerimiento de tiempo, a la ausencia de valoración o por el ejercicio de esa discreción que hace todopoderoso al árbitro. Este artículo analiza cómo la discrecionalidad puede afectar la presentación de un caso, en particular en cuanto a la fase probatoria se refiere, la que incluye la toma de las pruebas y la ejecución de las mismas. De hecho, el escrito sugiere que el principio del debido proceso y/o derecho no es suficiente a fin de resguardar a las partes y proporcionarle legitimidad al tribunal. La discreción arbitral solo se puede reconciliar con el principio de autonomía de las partes con base a un principio que es hermano gemelo al debido proceso. Este principio lo hemos marcado como el principio del derecho de las partes a *cómo* presentar su caso. Cómo se presenta un caso determinará qué caso es el que ha de ser adjudicado. ¿Puede el árbitro acabar con el principio de la autonomía de las partes, durante una fase meramente procesal? ¿No sería esta la negación del concepto de autonomía de las partes en el arbitraje? Las anteriores y otras preguntas similares dan lugar a este análisis. Adicionalmente, se revisan las reglas de las instituciones arbitrales que fortalecen el poder discrecional del árbitro. El análisis culmina con la conclusión de que es necesario avanzar académicamente para que el poder discrecional no se convierta en un obstáculo para las partes a la hora de poder presentar su caso y hacer valer sus derechos. Para desarrollar la presente propuesta se ha aplicado una metodología descriptiva y prescriptiva.

Palabras clave: DERECHO INTERNACIONAL— AUTONOMÍA DE LAS PARTES— PODER DISCRECIONAL— ÁRBITRO — ARBITRAJE — DEBIDO PROCESO — PRÁCTICA PROBATORIA — DERECHO A PRESENTAR UN CASO —DERECHO DE CÓMO PRESENTAR UN CASO.

Abstract: Development of the Counterweight Between the Autonomy of the Parties and the Inherent Discretionary Power of the Arbitrator in the Taking of Evidence in Arbitration International

Party—autonomy and the power of arbitrator discretion represent two foundational elements of international arbitration. Yet, these two precepts often are at odds. It would be a legitimate narrative to assert that the strategic prosecution and defense of an arbitration entails harmonizing, and at times reconciling, these two tenets. To be sure, arbitrators are accorded great latitude in virtually every procedural phase of an arbitral proceeding. Most notably, arbitrator discretion stands paramount i) in evidence gathering, ii) the conduct of the arbitral proceeding, iii) the admission, credibility, and weight accorded to evidence, iv) the application of law to fact, v) the nature and extent of expert testimony, including the form and substance of written expert reports and witness statements, vi) the conduct of oral advocacy, as well as (vii) the form and substance of the written presentation of claims and defenses. Moreover, the rules of the major arbitral centers, ICC, LCIA, DIS, ICDR, and SCC, to name just a few, have long enshrined arbitrator discretion, often masking it behind the euphemistic aspiration contained in

the language "subject to agreement of the parties". This writing posits that the orthodox safeguard of due process, as manifested in the right of a party to present its case, is insufficient to protect against arbitrator discretion wresting from the parties the right of how to present a case. Indeed, how a case is presented determines what case is actually arbitrated. Accordingly, the author asserts that because of the unique and singular nature of the inherent power of arbitrator discretion, which unlike other limits to party-autonomy (such as mandatory laws, competency of the parties, and subject matter arbitrability) is not foreseeable and cannot be addressed at the time of negotiating an arbitration agreement, a more refined iteration of due process is compelled. The right of how to present a case tears deeply into due process considerations, but not enough to be protected by the orthodox enunciation of the doctrine. New conceptual categories are necessary providing for a cognizable right of how to present a case that would temper arbitrator discretion and lead to equipoise between the two strictures: arbitrator discretion and party-autonomy. Nonetheless, the formation and transformation of such doctrinal workings are not self-executing. Ultimately, as with so many aspects of the nature of change within the law and beyond, the stakeholders shall need the clairvoyance and courage to translate academic ideas into practical principles that will safeguard the parties and contribute to process legitimacy.

Keywords: INTERNATIONAL LAW – PARTY–AUTONOMY – ARBITRATOR DISCRETION – ARBITRATION – DUE PROCESS, EVIDENCE GATHERING, THE RIGHT TO PRESENT A CASE, THE RIGHT OF HOW TO PRESENT A CASE.

I. Introducción

La autoridad congénita de discrecionalidad del árbitro en la recopilación y presentación de las pruebas a lo largo de la sustanciación de las actuaciones en el arbitraje internacional está plagada de paradojas aparentemente inexplicables. A modo de ejemplo, esta autoridad está tan presente que es ignorada. Dicha discrecionalidad es omnipresente, pero se escribe poco sobre el tema. Lleva un "asiento trasero" proverbial a otros ejercicios menos destacados pero "más materiales" de la autoridad privativa del árbitro². Su importancia, en cuanto a la ma-

² C.S. Wha, "Inherent Power of the Arbitral Tribunal to Investigate its own Jurisdiction", 29 *J. Int'l Arb.* 171 (2012); S. Luttrell e I. Devendra, "Inherent Jurisdiction and Implied Power to Stay Proceedings in Aid of Arbitration: 'A Nice Question'", 32 *J. Int'l Arb.* 493 (2015); A. Leañez, "The Future of Anti-Suit Injunctions: The Power of the Arbitral Tribunal to Issue Anti-Suit Injunctions", 14 *Vindobona J. Int'l and Comm. L. & Arbitration* 33 (2010); Ch. Brown, "The Inherent Powers of International Courts and Tribunals", 76 *British Yearb. Int'l L.* 195 (2006); R. Pietrowski, "Evidence in International Arbitration", 22 *Arb. Int.* 373, 379 (2006) (observando que el "poder inherente del tribunal para determinar el valor probatorio de todas las pruebas"); J.A. Rosen, "Arbitration Under Private International Law: The Doctrines of Separability and Competence de la Competence", 17 *Fordham Int'l L.J.* 599, 610 (1994) ("Se acepta ampliamente que el tribunal arbitral tiene la facultad de investigar su propia jurisdicción (compétence de la compétence) lo que constituye un poder inherente al nombramiento del tribunal"); A. Redfern, "The Jurisdiction of an International Commercial Arbitrator", 3 *J. Int'l Arb.* 19,

terialidad del resultado de un procedimiento, es incomparable. Sin embargo, existe escasez de autoridad doctrinal (académica, judicial y arbitral), a la hora de abordar hasta qué punto, el ejercicio de esta discrecionalidad: i) pone grilletos a la autonomía de las partes (el precepto fundamental del arbitraje internacional)³, y ii) las formas en que el marco conceptual que distingue doctrinalmente esta autoridad

27 (1986) (“En general, se acepta que un tribunal arbitral tiene poder para determinar su propia jurisdicción”). Ch. Brown, “Inherent Powers in International Adjudication”, *Oxford Handbook of International Adjudication* 829 (C.P.R. Romano, K.J. Alter & Ch. Avgerou eds. 2013); M. Moses, “Inherent Powers of Arbitrators to deal with Ethical Issues”, Loyola University Chicago School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2014–016

³ La autonomía de las partes es universalmente reconocida como la doctrina fundamental más destacada del arbitraje comercial internacional. *Vid.*, por ejemplo, G. Cordeiro–Moss, *General Report on Iura Novit Arbitrator, Iura Novit Curia in International Arbitration* 475, (F. Ferrari y G. Cordeiro–Moss 1 ed. 2018) (comparando comentarios académicos que describen los poderes de los tribunales arbitrales en quince jurisdicciones nacionales y el Derecho internacional público, y observando que: Los informes muestran que la autonomía de las partes mantiene sólidamente su prominencia en el campo del arbitraje. Los poderes del tribunal arbitral derivan de la voluntad de las partes, expresada en el acuerdo de arbitraje, los términos del contrato y los alegatos. Si el tribunal excede el poder otorgado por las partes, el laudo puede ser anulado o se puede denegar la ejecución. Con respecto a los argumentos legales, este principio no parece restringir la posibilidad del tribunal de hacer inferencias legales de los hechos probados, aplicar la ley vigente o, en gran medida, incluso para considerar reglas que no pertenecen a la ley elegida por las partes, pero en muchas jurisdicciones se restringe la posibilidad del tribunal de ordenar recursos que no fueron solicitados por las partes, a pesar de que estos recursos derivan del razonamiento jurídico independiente del tribunal); J.M. Graves, “Party Autonomy in Choice of Commercial Law: The Failure of Revised U.C.C. § 1–301 and a Proposal for Broader Reform”, 36 *Seton Hall L. Rev.* 59, 100–05 (2005) (que demuestra el amplio consenso de la autonomía expandida de las partes en jurisdicciones extranjeras y el Derecho internacional). Sin embargo, algunas convenciones internacionales van incluso más allá de la sección 1–301, y existe apoyo sustancial a la idea de que otras deberían ampliarse para permitir que las partes elijan cualquier ley, ya sea adoptada o no por cualquier nación o estado. Por tanto, mientras discutimos en este país sobre si deberíamos “modernizar” nuestras disposiciones de elección comercial, como se establece en la sección 1–301, muchos otros países están debatiendo el siguiente paso en la autonomía de las partes, o ya lo han tomado. *Karaha Bodas Co., L.L.C. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Nebara*, 264 F. Supp. 2d 490, 495 (S.D. Tex. 2003) (sosteniendo que el contrato suscrito entre las partes demuestra que seleccionaron la ley de arbitraje suizo, y se impide a Pertamina imponer la ley de Indonesia tras un resultado adverso). El Tribunal está de acuerdo con la afirmación de Pertamina de que las partes tienen autonomía contractual para [elegir] la ley de arbitraje aplicable. *Vid.* A.J. van Den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Toward a Uniform Interpretation* 267 (1981) (Ex. 41 a la 60 (b) Moción de Pertamina). “La primera es la regla fundamental de la autonomía de las partes, según la cual, las partes tienen la libertad para someter el acuerdo de arbitraje a la ley de su elección. La segunda regla es la regla subsidiaria de territorialidad, según la cual, el acuerdo de arbitraje es, a falta de una elección de ley por las partes, regido por la ley del país donde se emitió el laudo”, *id.* en 291. (énfasis añadido)

congénita, difiere en términos teóricos y prácticos, de todas las expresiones de los poderes inherentes de los árbitros.

El ejercicio omnipresente de la discrecionalidad del árbitro como autoridad inseparable conduciría inexorablemente a la conclusión de que el funcionamiento teórico y la aplicación de tal discrecionalidad estarían sujetos a un estándar objetivo que lo armonizaría con el principio de la autonomía de las partes. Sin embargo, semejante postulado no está establecido en lugar alguno. En este mismo sentido, descriptiva y prescriptivamente, parecería que el derecho al debido proceso de una de las partes, destinado a presentar un caso, debe garantizar la protección adecuada de la autonomía de la partes⁴. De esta suerte nos hallamos ante una nueva paradoja.

El derecho al debido proceso, para presentar el caso de una parte, solo servirá para proscribir y proporcionar garantías en instancias extremas de abuso, que son evidentes por sí mismas⁵. Pasar al ámbito de la recopilación de pruebas, el orden de los testigos o la admisibilidad de las pruebas documentales es un lugar común. Difícilmente tales adjudicaciones pueden elevarse al nivel de limitar la presentación de un caso. El ejercicio de la discrecionalidad del árbitro en la práctica y presentación de las pruebas únicamente puede atenuarse por una subespecie del derecho al debido proceso para presentar un caso. Este derecho se llama “el derecho de *cómo* presentar un caso”.

El derecho al debido proceso, a ser escuchado y presentar un caso, ha eclipsado, si no completamente eviscerado, su principio gemelo del “derecho de *cómo* presentar un caso”. De hecho, tal derecho no ha sido reconocido por la ley.

El ejercicio de la discrecionalidad en el arbitraje, para abordar la práctica y presentación de las pruebas, adopta la forma material de resoluciones múltiples, virtualmente imperceptibles, para: i) el momento, forma y contenido de la divulgación de evidencia; ii) el alcance

⁴ Se propondrá que el desarrollo de la protección fundamental del debido proceso no se haya ampliado para abordar la necesidad de equilibrio entre las partes, el derecho de las partes a presentar un caso y la discrecionalidad del árbitro.

⁵ *Vid.*, por ejemplo, *CEEG (Shanghai) Solar Signs and Technology Co., Ltd. c. Lumos LLC*, 829 F.3d 1201, 1207 (10^o Cir. 2016) (afirmando la “pesada carga de demostrar que la notificación insuficiente causó perjuicio, al hacer que el apelado no pueda participar en el nombramiento del panel arbitral, por lo que los procedimientos restantes son inválidos en virtud de la Convención de Nueva York”); *Iran Aircraft Industries et al. c. Avco Corporation*, 980 F.2d 141, 146–147 (2d Cir. 1992) (sosteniendo que “el Tribunal negó [al apelado] la oportunidad de presentar su reclamación de manera significativa”, después de que el Tribunal “condujera [al apelado] a creer que había usado un método apropiado para fundamentar sus reclamos, el Tribunal rechazó la demanda [del apelado] por falta de pruebas”).

probatorio de la recopilación de evidencia; iii) el contrainterrogatorio (*cross-examination*); iv) la posterior examinación (*redirect examination*) y el segundo contrainterrogatorio (*re-cross-examination*); v) el estándar y la metodología aplicables a las inferencias adversas derivadas de la ausencia de presentación de pruebas⁶; vii) el orden de la prueba; viii) la carga de la prueba; ix) la bifurcación; y x) el uso de testimonios expertos, por nombrar solo algunos ejemplos. La discrecionalidad del árbitro gobierna la disposición de estos problemas.

Tal discrecionalidad a menudo arrebató la autonomía de las partes y de esta manera debilita a ambas partes y la legitimidad del proceso. Las consecuencias de tal signo caen profundamente en el debido proceso, pero no tienen un efecto preclusivo en el ejercicio de discrecionalidad del árbitro⁷. En efecto, es habitual en el arbitraje internacional que las partes se vean privadas de lo que debería ser un derecho procesal inalienable de cómo presentar un caso. *Cómo* se presenta un caso determina *qué* caso es realmente susceptible de adjudicación. En consecuencia, el ejercicio de la discrecionalidad del árbitro en la recopilación y presentación de pruebas, analíticamente debe realizarse, *in pari materia*, con este derecho⁸.

El presente escrito reivindica que la naturaleza de la discrecionalidad del árbitro replantea la comprensión conceptual de un arbitraje como un delicado equilibrio entre los principios inherentes a la *autonomía de las partes* y a la *discrecionalidad del árbitro*. En ninguna parte esta tensión es más singular y evidente que en la segunda fase⁹ más importante de cualquier procedimiento arbitral: la práctica y *presentación* de las pruebas. Entender la totalidad del proceso arbitral de manera exhaustiva, en un intento de establecer un equilibrio sostenible entre la autonomía de las partes como un control conceptual y práctico sobre la discrecionalidad del árbitro, plantea cuestiones esenciales para las cuales no existen respuestas claras. Sin embar-

⁶ Aquí se hace referencia tanto a la evidencia testimonial como a la documental.

⁷ No hay informes de opiniones que demuestren que un laudo arbitral haya sido anulado como consecuencia de un patrón de resoluciones adversas, en cuanto a la forma en que se recopila o presenta la evidencia, o que esta cuestión se haya planteado en un tribunal federal de EE UU.

⁸ El entimema principal es que en un número material de escenarios hay una correlación directa entre: i) cómo se presenta un caso desde una perspectiva probatoria, y ii) una disposición de un procedimiento. La suposición de trabajo es rudimentaria, a saber, la defensa en asuntos de arbitraje internacional. Un corolario de esta suposición es que la mera presentación de pruebas, sin más, probablemente causaría perjuicio a una de las partes.

⁹ No hay una coyuntura procesal más consecuente y determinante de los resultados que el proceso de selección del árbitro.

go, incluso la simple presentación de estos interrogantes contribuye a la formación y transformación del desarrollo doctrinal sobre el tema. Por tanto, obligan a un análisis sostenido.

¿Contemplan realmente las partes interesadas en un arbitraje comercial internacional, la posibilidad de un proceso de decisión razonada que, en consonancia con el estado actual de discrecionalidad del árbitro, anule el derecho de cómo presentar un caso? ¿Esta representación semiótica de las partes en virtud del proceso de selección del árbitro, es una justificación conceptual y práctica satisfactoria para la disminución del derecho de cómo presentar un caso? Dicho de otra manera, la subordinación de la autonomía de las partes a la discrecionalidad del árbitro con respecto a las diligencias probatorias ¿evidencia un *status* que encuentra justificación en la ficción legal de que el proceso de selección de árbitro semióticamente hace presente o representa, y así preserva, la autonomía de las partes dentro del ejercicio real de la discrecionalidad del árbitro?¹⁰. Profundamente conectado con estas dos dudas está si ¿la “práctica de la cultura del arbitraje” amplía, indebidamente, la discrecionalidad del arbitraje en la compilación y presentación de las pruebas?¹¹

Endémico a cualquier análisis que aborde la discrecionalidad del árbitro es, hasta qué punto las reglas institucionales de los principales organismos internacionales de arbitraje amplían, tal vez indebidamente, los parámetros de arbitraje a discreción, al institucionalizar este poder inherente, explícito e implícito, sin calificación alguna en cuanto al derecho de cómo presentar un caso¹². Aquí se sugerirá que las reglas institucionales de arbitraje comercial internacional carecen

¹⁰ Los defensores de esta teoría afirman que el ejercicio de la discrecionalidad del árbitro se ve atenuado por la autonomía de las partes, de conformidad con el proceso de selección del árbitro. El reclamo es que el ejercicio de voluntad por las partes en la selección de los árbitros y las reglas que rigen el nombramiento de un presidente del tribunal lleva a una representación semiótica (una nueva presentación) de las partes reales en la forma del panel de árbitros. Bajo este punto de vista, como dice el argumento, el ejercicio de la discrecionalidad del árbitro constituye una expresión de la autonomía de las partes, porque el panel no es más que una expresión directa, delegada e interpretada, de la autonomía de las partes.

¹¹ Como se expone más detalladamente a continuación, la práctica de: i) el examen directo; ii) las objeciones; y iii) las declaraciones de cierre y las sesiones informativas posteriores a la audiencia se examinarán a continuación.

¹² Se han realizado considerables esfuerzos en el análisis de las facultades inherentes del árbitro al basarse en construcciones analíticas tales como: i) la base normativa de los poderes inherentes; ii) la medida en que dicha autoridad es implícita o explícita, así como iii) en la medida en que dichos factores tienen el consentimiento, la previsibilidad y la necesidad, pueden, bajo circunstancias específicas, justificar el ejercicio de la autoridad del árbitro.

de un estándar según el cual la discrecionalidad del árbitro pueda ser moldeada. ¿La discrecionalidad del árbitro con respecto a la compilación y presentación de las pruebas es distinta y singular en su relación con la autoridad inherente del árbitro y, en términos más generales, a su relación con la doctrina de la autonomía de las partes? Si es así, ¿cómo y por qué esta singular especie de autoridad afecta la autonomía de la parte?

Esta contribución no pretende proporcionar respuestas definitivas a tales dudas. Su aspiración es más modesta. En su lugar: i) analizará la naturaleza particular de la autoridad explícita e implícita de la discrecionalidad del árbitro; ii) trazará los contornos de las restricciones ortodoxas sobre la autonomía de las partes y subrayará las características estructurales que distinguen la discrecionalidad del árbitro en las diligencias probatorias; y iii) analizará las características estructurales que distinguen la discrecionalidad del árbitro, de la “clásica” aserción de la autoridad inherente y explícita del árbitro.

En segundo lugar, este análisis somete a consideración una selección de la recopilación de las pruebas y de los artículos sobre la presentación de las pruebas relativos a las reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) del Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIADI), de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), y del Instituto Alemán de Arbitraje denominado *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.* (DIS)¹³. En esta sección se avanzará que estas y otras reglas institucionales comparables: i) institucionalizan la discrecionalidad del árbitro respecto a la toma y presentación de las pruebas; ii) lo hacen sin preocuparse por el derecho de las partes a la presentación del caso; y iii) sitúan tal autoridad bajo el estandarte de la eficiencia y la flexibilidad sin tener en cuenta un estándar y, por lo tanto, sin preocuparse por el equilibrio entre la autonomía de las partes y la discrecionalidad del árbitro.

En tercer y último lugar, se sugerirá que los enfoques estructurales, como el signo establecido por las *Reglas de la IBA sobre sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional (2010)* (“las Reglas”), representan una metodología convincentemente viable para la creación y mantenimiento del equilibrio entre la autonomía de las partes y la discrecionalidad del árbitro. A pesar de las virtudes de este marco, los múltiples déficits que inciden en estas reglas generan bases normativas perjudiciales para la discrecionalidad del árbitro en espa-

¹³ Las siglas DIS se refieren a las Reglas de Arbitraje del Instituto Alemán de Arbitraje o *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.*

cios donde no se pretendía tal cosa. En su búsqueda por la universalidad y el compromiso, las Reglas están plagadas de deficiencias conceptuales y prácticas. Se invitará al lector a considerar si tales deficiencias son, en su mayoría, cuestiones sustantivas de definición que una próxima versión de las Reglas estaría en condiciones de remediar. Las Reglas, sin embargo, dan lugar, implícitamente, al principio de *transparencia* como un estándar para el juzgamiento que encuentra resonancia transcultural.

II. La naturaleza única de la discrecionalidad del árbitro en la compilación y presentación de la evidencia como autoridad implícita y explícita sin parangón

1. Límites ortodoxos respecto a la autonomía de las partes

La autonomía de las partes se ha consagrado como el elemento más sobresaliente y fundamental del arbitraje comercial internacional¹⁴. Así pues el arbitraje comercial internacional se describe, casi visceralmente, como “una criatura de contrato”¹⁵; se dice que la autonomía

¹⁴ Aunque la autonomía de las partes es también un elemento material del arbitraje con fundamento en tratados (inversor–estado), la premisa básica del consentimiento está soportada en tratados entre naciones y no en contratos privados suscritos entre individuos. *Vid.*, *Venezuela U.S., S.R.L. c La República Bolivariana de Venezuela*, Caso PCA No. 2013–34 (26 julio 2016), para un debate general sobre el “consentimiento” en el contexto del arbitraje con base en tratados.

¹⁵ *Vid.*, por ejemplo, M. McIlwrath & J. Savage, *International Arbitration and Mediation. A Practical Guide* 13 Wolters Kluwer (2010) (“El arbitraje es una criatura de contrato. Un acuerdo de arbitraje, o acuerdo para arbitrar es, en sí mismo, el contrato en el que las partes acuerdan resolver las disputas que surjan entre ellos a través del arbitraje”); W. M. Reisman, *The Systems of Control in International Adjudication and Arbitration* 5 Duke University Press (1992) (“La jurisdicción arbitral es completamente consensuada. Como en la ley romana y los sistemas influenciados por ella, el arbitraje es una criatura de contrato. Así el poder de los árbitros deriva del contrato”); D.L. Carper, J.A. McKinsey y B. W. West, *Understanding the Law* 187 Thompson Press (2002) (“Dado que el arbitraje es la criatura del contrato, las partes en el arbitraje son libres de diseñar un proceso de arbitraje de la forma que consideren más conveniente”); P.J. Martínez–Fraga, *The American Influence in International Commercial Arbitration: Doctrinal Developments and Discovery Methods* 2 Cambridge University Press (2009) (“[L]a Corte Suprema de EE. UU. ha interpretado el ‘contrato internacional’ como una base normativa para otorgar deferencia a los procedimientos de arbitraje en un contexto internacional”); *United Steelworkers of America c. American Manufacturing Co.*, 363 U.S. 564, 570, 80 S.Ct. 1363, 4 L.Ed.2d 1432 (1960) (“Ciertamente, dado que el arbitraje es una criatura de contrato, un tribunal siempre se debe preguntar, cuando una parte busca invocar su ayuda para forzar a la otra parte, reacia a la mesa de arbitraje, si ambas partes han acordado arbitrar una disputa en particular”); *Bell c. Cendant Corp.*, 293 F.3d 563, 566 (2d Cir. 2002) (“[E]l arbitraje es

de las partes constituye el precepto fundamental que convierte al arbitraje en una metodología de resolución de disputas que ejemplifica la voluntad de las partes en múltiples niveles prácticos y conceptuales. La principal expresión de tal aseveración, como un asunto rudimentario, abarca la intención de las partes de personalizar el procedimiento en cuanto a: i) derecho sustantivo aplicable; ii) sede arbitral; iii) idioma(s); iv) configuración y selección del tribunal; y v) reglas de procedimiento que serán aplicables¹⁶. A pesar de los pronunciamientos expansivos sobre los parámetros aparentemente ilimitados del rol y el alcance de la autonomía de las partes en el arbitraje internacional¹⁷, tal alcance está sustancialmente restringido¹⁸.

una criatura de contrato, y una persona solo puede ser obligada a arbitrar una disputa en la medida en que haya acordado hacerlo”).

¹⁶ Estos elementos básicos, por supuesto, son los principales componentes de la mayoría de las cláusulas de arbitraje, pero la lista no es exhaustiva.

¹⁷ Pronunciamientos tales como “[e]l arbitraje es —enteramente— una criatura de contrato. Las reglas que gobiernan el arbitraje, su ubicación, la ley que los árbitros aplicarán efectivamente, incluso las disputas que están sujetas a arbitraje, están determinadas en su totalidad por un acuerdo entre las partes”, *Sole Resort S.A. De C.V. c. Allure Resorts Mgmt.*, 104 (2d Cir. 2006), o que de alguna manera “[d]esde que el arbitraje es criatura de contrato, las partes en arbitraje son libres de idear el proceso de arbitraje de la forma que estimen conveniente”, debe ser sustancialmente calificado. *Vid. supra Understanding the law*, p. 187.

¹⁸ G. Cordero—Moss, *General Report on Iura Novit Arbitrator, Iura novit curia in International Arbitration* 475 (F. Ferrari y G. Cordero—Moss 1 ed. 2018) (comparando comentarios académicos que describen los poderes de los tribunales arbitrales en quince jurisdicciones nacionales y Derecho internacional público, e identificación de limitaciones comunes a la autonomía de las partes con respecto a la aplicabilidad de “reglas contra la corrupción o el lavado de dinero, leyes de competencia, regulaciones de importación o exportación. En esas áreas, los estados generalmente emiten reglas obligatorias primordiales, o *lois de police*, y los principios subyacentes a menudo se consideran fundamentales (orden público, *ordre public*). Otras áreas en las que la autonomía de las partes está restringida, para preservar los derechos de terceros y la certeza del sistema legal, corresponden al derecho de sociedades, así como la ley que regula la insolvencia y los gravámenes”). R. Engle, “Party Autonomy in International Arbitration: Where Uniformity Gives Way to Predictability”, 15 *Transnat'l Law* 323, 335–36 (2002) (citas internas omitidas). Actualmente, muchos países reconocen la autonomía de las partes por estatuto o mediante jurisprudencia, pero no sin limitaciones. En primer lugar, los tribunales generalmente no defienden la elección de la ley de una de las partes, si el objetivo de la elección es evitar las disposiciones de ley que se aplicarían si no existiera la opción. En segundo lugar, las leyes nacionales o los principios legales pueden limitar la elección expresa de las partes. Por ejemplo, en países de derecho civil europeo, aunque la tendencia es respetar la elección hecha por las partes, algunos países han sostenido que tal elección de ley solo se aplica cuando es consistente con las reglas de conflicto de leyes del foro o aquellas del sitio del arbitraje. D.P. Fernández Arroyo, “Arbitrator’s Procedural Powers: The Last Frontier of Party Autonomy?”, *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration* 202–06 (F. Ferrari, edición 2016) (resume tanto las reglas públicas obligatorias como las reglas privadas obligatorias que establecen “claros límites” a la autonomía de las par-

La atención se ha centrado en las limitaciones a la autonomía de las partes que comparten elementos clave pero cuya configuración es distinta, por ejemplo i) la naturaleza de la discrecionalidad del árbitro; y ii) la manera en que la discrecionalidad del árbitro circunscribe la autonomía de las partes. El énfasis en este enfoque analítico es crítico para la administración práctica de la discrecionalidad del árbitro como autoridad inherente que elude la autonomía de las partes como antes se señaló. Estos dos puntos de partida pueden deducirse mejor si entendemos el poder inherente de discrecionalidad del árbitro, a través de la lente de los límites paradigmáticos más ortodoxos para la autonomía de las partes¹⁹. No todas las personas son competentes para suscribir un contrato y formar parte de él²⁰. Por lo tanto, el límite

tes.) I. Hanefeld, en *Limits to Party Autonomy Imposed...*, *loc. cit.*, 402–13 (identificando tres categorías de límites a los aspectos sustantivos de la autonomía de las partes, a saber i) la legislación europea sobre la competencia; ii) las Directivas de la Agencia Europea” y iii) la ley de sanciones). Asimismo, en el Restatement (Second) of Conflict of Laws § 187 (1971), *vid.* también Comment on Subsection (2), pp. 11–14: (1) La ley del estado elegida por las partes para regir sus derechos y obligaciones contractuales se aplicará si el tema particular es uno que las partes podrían haber resuelto mediante una disposición explícita en su acuerdo; (2) Se aplicará la ley del estado elegida por las partes para regir sus derechos y obligaciones contractuales, incluso si el asunto particular es uno que las partes no podrían haber resuelto mediante una disposición explícita en su acuerdo, *a menos que (a) el estado elegido no tiene una relación sustancial con las partes o la transacción y no hay otra base razonable para la elección de las partes, o que (b) la aplicación de la ley del estado elegido sería contraria a una política fundamental de un estado que tiene un interés materialmente mayor que el estado elegido en la determinación del asunto particular y que, según la regla de la § 188, sería el estado cuya ley sería aplicable en ausencia de una elección efectiva hecha por las partes* (la cursiva es nuestra).

¹⁹ Para el presente propósito, se analizan cinco categorías de límites a la autonomía de las partes: i) parte considerada; ii) acuerdo de las partes sobre fundamentos específicos para anulación no contenidos en la ley nacional vigente; iii) acuerdo de las partes para la apelación judicial de segunda instancia en revisión de un posible laudo arbitral; iv) calificaciones en cuanto al tema de autonomía de las partes; y v) límites del orden público a la autonomía de las partes.

²⁰ El Relator del Restatement (Second) of Conflict of Laws § 187 (1971) p. 7, observa lo siguiente con respecto a la cuestión de la autonomía de las partes cuando una de las partes carece de la capacidad para consentir en contratar: “No se ha encontrado ningún caso que plantee directamente la cuestión de si la ley elegida se aplicaría para determinar si una parte, como, por ejemplo, un menor, tiene la capacidad para obligarse por contrato”, G. Cordero–Moss, “The Arbitral Tribunal’s Power in Respect of the Parties’ Pleadings as a Limit to Party Autonomy”, *Limits to Party Autonomy Imposed... loc. cit.* (citando G. Cordero–Moss, *International Commercial Contracts*, 177–180, Cambridge, 2014). “La ley de competencia cae fuera del alcance de la autonomía de las partes. Esto significa que la elección de la ley por las partes no se extiende a esta área. Otras áreas que quedan fuera del alcance de la autonomía de las partes son, por ejemplo, la *capacidad legal*, el derecho de sociedades, el derecho de propiedad y, como regla general, la ley de responsabilidad extracontractual. En estas áreas, la ley aplicable se determina sobre la base de factores de conexión (*Id.* en 311, énfasis añadido).

más inmediato y severo para la autonomía de las partes, en el contexto de un arbitraje comercial internacional, comienza con el propio estatus personal de una eventual parte²¹.

Una parte incompetente, como consecuencia de su edad o estado de salud (por citar dos factores) estaría proscrita de la celebrar válidamente un contrato y, por lo tanto, de tener derecho a un arbitraje.²² Una segunda limitación, bien documentada de la autonomía de las partes, es la capacidad de las mismas para ampliar los motivos para la eventual revisión judicial, bien sea tendente a confirmar, anular o modificar laudos arbitrales²³. En una línea muy similar, la autonomía

²¹ G.A. Bermann, "Limits to Party Autonomy in the Composition of the Arbitral Panel", *Limits to Party Autonomy Imposed... loc. cit.* En un tema relacionado, si el estado personal del posible árbitro (no una parte) puede limitar la autonomía de las partes para designar a un neutral, existe una jurisdicción, las Reglas de Arbitraje del Consejo de Arbitraje de Bangladesh, especifican que un árbitro, de la lista de árbitros del Consejo, deja de ser miembro cuando cumple los 75 años (*Id.* en 100). "A nuestro mejor entender, las partes no han buscado excluir, en sus acuerdos de arbitraje, a personas de determinado género, raza u orientación sexual" (*Id.* en 102).

²² Una calificación de autonomía de las partes, de este tipo, no puede subsanarse de conformidad con el acuerdo entre las partes, incluida la selección estratégica de una ley sustantiva que permita a una parte, particularmente vulnerable, celebrar un contrato vinculante "porque la capacidad jurídica de las partes no está sujeta a la ley sustantiva que las partes elijan como aplicable al arbitraje, sino a la ley aplicable a cada parte individualmente" (*vid.* C.G. Buys, "The Arbitrators' Duty to Respect the Parties' Choice of Law in Commercial Arbitration", *St. John's L. Rev.*, vol. 79, 2012, n° 1, Article 3.)

²³ En *Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc.*, 128 S.Ct. 1396, 552 U.S. 576 (2008) el Tribunal Supremo de EE. UU. Hizo uso del *certiorari* para abordar la cuestión de "si los motivos legales de pronta suspensión y modificación del laudo pueden complementarse por contrato". El tribunal respondió negativamente a la investigación. En ese procedimiento las partes habían celebrado un acuerdo de arbitraje que implicaba un estándar de revisión de "error legal" que de hecho ampliaba los motivos exclusivos de anulación o modificación provistos por los arts. 10 y 11 de la Ley Federal de Arbitraje (FAA). El acuerdo de arbitraje de las partes con el estándar de revisión de la materia, señalaba: [e]l Tribunal de Distrito de Estados Unidos para el Distrito de Oregón puede decidir en juicio sobre cualquier laudo, ya sea confirmándolo o dejando vacante, modificando o corrigiendo el mismo. El tribunal dejará sin lugar, modificará o corregirá cualquier laudo: i) cuando las conclusiones de hecho emitidas por el árbitro no estén respaldadas por evidencia sustancial, o ii) cuando las conclusiones del árbitro sean erróneas (*Id.* en 1401). Al encontrar que la Ley Federal de Arbitraje (FAA) proporcionaba motivos exclusivos de anulación o modificación de un laudo arbitral, el tribunal se centró en que el texto de la FAA está "en desacuerdo con la ejecución de un contrato para ampliar la revisión judicial luego de [un] arbitraje" y enfatizó que las Secciones 10 y 11 de la FAA identifican "desviaciones atroces del arbitraje acordado por las partes" y además explicó que "[d]ado este énfasis en la conducta arbitraria extrema, la vieja regla *ejusdem generis* tiene una lección implícita que aprender. Bajo esa regla, cuando un estatuto establece una serie de elementos específicos que terminan con un término general, ese término general se limita a cubrir temas comparables a los específicos. Dado que un término general incluido en el texto es normalmente tan limitado, entonces un estatuto sin base textual para la expansión no puede autorizar a las partes para completar la revisión en casos específicos de conducta escanda-

de las partes no puede servir para reducir o eliminar los fundamentos de anulación o modificación de un laudo arbitral con base en la Ley Federal de Arbitraje (FAA). Estas premisas no pueden ser sopesadas o eliminadas por acuerdo entre las partes²⁴.

Los límites a la autonomía de las partes en la forma de una exclusión para agregar, modificar, substraer o desarticular por completo los fundamentos contenidos en la FAA para la revisión judicial de un laudo arbitral tienen base en una disposición legislativa que es *externa* al desarrollo de un procedimiento arbitral. No es parte del proceso arbitral en sí. Aunque la FAA aspira a promover la intención y la política del Congreso de i) tratar el arbitraje *in pari materia* con procedimientos judiciales, ii) mejorar la certeza y la previsibilidad como parte de los elementos esenciales del arbitraje, y iii) fomentar la finalidad y la eficiencia como sello distintivo de cualquier procedimiento arbitral, estas "limitaciones" a la autonomía de las partes son conocidas por ellas en todo momento material para el proceso de arbitraje, incluida la muy preliminar negociación de la cláusula compromisoria²⁵.

losa, mediante la revisión por cualquier error legal. 'Fraude' y error en la ley no se cortan de la misma tela" (*Id.* en 1405). Un análisis separado del significado del lenguaje y la § 9, fundado en términos como "el tribunal debe conceder" la orden "a menos que el laudo se anule, modifique o corrija según lo prescrito en lss §§ 10 y 11 de este título", obligó la Corte a concluir que la disposición "no suena remotamente como [la] intención de decirle a un tribunal qué hacer solo en caso de que las partes no digan nada" (*Id.*). A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la competencia de *certiorari* por la Corte Suprema se fundó en opiniones jurisprudenciales divididas. Los Circuitos Noveno y Décimo sostuvieron que las partes no pueden contratar una revisión judicial ampliada. *See Kyocera Corp. c. Prudential-Bache Trade Servs., Inc.*, 341 F.3d 987, 1000 (9th Cir. 2003); *Bowen c. Amaco Pipeline Co.*, 254 F.3d 925, 936 (10th Cir. 2001). Entretanto el Primer, Tercero, Quinto y Sexto Circuito, sostuvieron que las partes pueden contratar una revisión judicial. *Vid. Puerto Rico Tel. Co. c. U.S. Phone Mfg. Corp.*, 427 F.3d 21, 31 (1st Cir. 2005); *Jacada (Europe), Ltd. c. International Marketing Strategies, Inc.*, 401 F.3d 701, 710 (6th Cir. 2005); *Roadway Package System, Inc. c. Kayser*, 257 F.3d 287, 288 (3rd Cir. 2001); *Gateway Technologies, Inc. c. MCI Telecommunications Corp.*, 641 F.3d 993, 997 (5th Cir. 1995). El Cuarto Circuito ha tomado el último análisis de una opinión dividida aun no publicada, *vid. Syncor Int'l Corp. c. McLeland*, 120 F.3d 262 (1997), mientras que el Octavo Circuito ha expresado su acuerdo con la versión anterior en su *dicta*. *Vid. UHC Management Co. c. Computer Sciences Corp.*, 148 F.3d 992–998 (1998).

²⁴ *Vid. In re Wal-Mart Wage and Hour Employment Practice Litigation, et al. c. Class Counsel and Party to Arbitration*, 737 F.3d 1262, 1268, (9^o Cir. 2013) ("Permitir a las partes eliminar contractualmente toda revisión judicial de los laudos de arbitraje no solo iría en contra del texto de la FAA, sino que también frustraría el intento del Congreso de garantizar un nivel mínimo de debido proceso para las partes en un arbitraje").

²⁵ De hecho, la economía de la metodología de resolución de disputas mediante arbitraje, que se concibió en ese momento, buscaba ahorros tan significativos en el litigio que

En tercer lugar, hay limitaciones, en cuanto a materia, que califican y restringen la autonomía de las partes. El cuerpo legal imperativo (es decir, la legislación y los reglamentos, que no pueden eximirse ni derogarse mediante acuerdo contractual) presentan ejemplos prístinos. La ley sustantiva europea sobre competencia es particularmente ilustrativa²⁶. Hanefeld observa que: i) la legislación europea sobre competencia; ii) ciertos acuerdos de agencia; y iii) la ley de sanciones, han obligado a cambios sustanciales en la administración de los procedimientos de arbitraje²⁷. Por lo tanto, las partes carecen de autonomía para someter a arbitraje asuntos respecto de los cuales, un Estado o una subdivisión geopolítica han reclamado la autoridad absoluta o un monopolio²⁸. Las limitaciones de la materia en la autonomía de las partes para celebrar acuerdos de arbitraje no son ajenas a la legislación de EE UU. Notablemente, sin embargo, el lenguaje claro de la FAA no contempla ninguna restricción de la materia con respecto al

el alcance contemplado afectaría el precio de los productos minoristas. De hecho, se ha observado que el sector comercial de la nación ejerció una poderosa presión para que se aprobase la FAA por tal motivo. En la audiencia de 1923, Bernheimer explicó que “los organismos comerciales del país estaban presionando por la legislación porque ‘un arbitraje económico pero confiable’ era preferible a ‘un litigio costoso, lento y problemático’”. Agregó que ‘el comerciante considera que el arbitraje es un método muy directo y expedito ‘porque aunque’ [n]uestros tribunales están obstruidos, a veces pasan años antes de que puedan llegar a un acuerdo (...), el arbitraje realiza una pronta liquidación’”. Bernheimer testificó nuevamente en la audiencia conjunta de 1924. En esa ocasión, afirmó que a diferencia del litigio “costoso y ruinoso”, el arbitraje “ahorra tiempo, ahorra problemas, [y] ahorra dinero”. En este sentido, Clancy y Stein observan que “Bernheimer no estaba hablando de una reducción de gastos *de minimis*”. El arbitraje que describió ante el Congreso era algo mucho más barato que el litigio y que, en opinión de Bernheimer, su uso reduciría el precio de los bienes de consumo: “[a]umenta el costo para el consumidor si ese comerciante tiene en el cálculo de su precios a considerar, entre sus gastos generales, posibles litigios, y posibles reclamaciones” Audiencia de 1923 (Declaración de Ch.L. Bernheimer). Además, Bernheimer afirmó que “si el arbitraje fuese barato y confiable tendría posibilidades... el riesgo correspondientemente sería menor y el precio hecho para ajustarse a ello” (*Id.* en 3). D.S. Clancy and M.M.K. Stein, “An Uninvited Guest: Class Arbitration and the Federal Arbitration Act’s Legislative History”, *Business Lawyer*, vol. 63, n° 1, November 2007, 59, citing to hearings on S. 4213 and S. 4214 Ante el Subcomm de la S.Comm sobre el Poder Judicial, 67. ° Cong. 2–3 (1923) (Declaración de Ch. L. Bernheimer, Presidente del Comité de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Nueva York).

²⁶ Sobre estos tópicos en general, *vid.* I. Hanefeld, “Limits to Party Autonomy Imposed by European Mandatory Law”, *Limits to Party Autonomy Imposed...*, *loc. cit.* 401; *id.*, “Mandatory Rules in International Arbitration (G.A. Bermann & L.A. Mistelis, eds., 2011); C. Kessedjian, “Mandatory Rules in International Arbitration: What are Mandatory Rules”, *Am. Rev. Int’l Arb.* (2007).

²⁷ I. Hanefeld, “Limits to Party Autonomy Imposed...”, *loc. cit.* 401–413.

²⁸ Citando a Kessedjian, Hanefeld señala que “[l]a ley obligatoria puede abarcar varios conceptos, incluidos en las francesas ‘Lois de police’, las inglesas ‘normas obligatorias’, y en las alemanas *Zwingende Vorschriften* o ‘normas imperativas’”, *supra* at 401.

tipo de disputas que pueden estar sujetas a arbitraje. La muy sólida política federal que subyace en la FAA está destinada a superar los prejuicios judiciales que restan legitimidad a procedimientos de arbitraje y exige una aplicación rigurosa de los acuerdos de arbitraje²⁹. Debido a que la FAA, sin otras consideraciones, ordena la ejecución de acuerdos para arbitrar reclamaciones legales, y no aborda textualmente la cuestión de la arbitrabilidad de tales reclamaciones, la parte que busca derrotar la arbitrabilidad bajo la FAA “debe demostrar que el Congreso intentó hacer una excepción a la Ley de Arbitraje, para aquellos reclamos [surgidos bajo la rúbrica estatutaria], cuyo intención sea discernible del texto, historia o propósitos de los estatutos [en cuestión]”³⁰. Aunque en los EE UU se prevé un espectro más res-

²⁹ *Moses H. Cone Memorial Hospital c. Mercury Construction Corp.*, 460 U.S. 1, 24 (1983); *Dean Witter Reynolds, Inc. c. Byrd*, 470 U.S. 213, 221 (1985). *Vid.*, asimismo, H.R. Rep No. 96 (1924): Los acuerdos de arbitraje son puramente materia de contrato, y el efecto del proyecto de ley es simplemente hacer que la parte contratante cumpla con su acuerdo. No puede negarse a cumplir su contrato cuando le resulta desventajoso. Un acuerdo de arbitraje se coloca sobre la misma base que cualquier otro contrato, donde pertenece (...) la necesidad de la ley surge del anacronismo de nuestra ley estadounidense. Hace algunos siglos, debido al celo de la Corte inglesa por su propia jurisdicción, se negó a hacer cumplir acuerdos específicos para arbitrar sobre la base de que los tribunales fueron expulsados de su jurisdicción. Esto sobrevivió durante mucho tiempo y el principio quedó firmemente incorporado en la ley común inglesa, y fue adoptado por los tribunales estadounidenses. Los tribunales han considerado que el precedente estaba demasiado fijado como para ser anulado sin una promulgación legislativa, aunque con frecuencia han criticado la norma y reconocido su naturaleza ilógica y la injusticia que de ella resulta. El proyecto de ley declara simplemente que dichos acuerdos de arbitraje se aplicarán y proporciona un procedimiento en los tribunales federales para su aplicación... Resulta particularmente apropiado que la acción se adelante en este momento donde hay tanta agitación contra el costo y las demoras de los litigios. Estos temas se pueden eliminar, en gran medida, mediante un acuerdo de arbitraje. Si tales acuerdos de arbitraje se hacen válidos y ejecutables. P.J. Martínez-Fraga, *The American Influence on International Commercial Arbitration: doctrinal developments and discovery methods*, 8–14 Cambridge Press University (2009) (comentando las tensiones entre los tribunales de EE UU, los tribunales ingleses y el arbitraje desde una perspectiva histórica).

³⁰ *Shearson/American Express, Inc. c. McMahon*, 482 U.S. 220, 227, 107 S.Ct. 2332, 96 L.Ed.2d 185 (1987) (sostiene que los reclamos RICO y la Sección 10 (b) de la Securities Exchange Act 1934 son arbitrales porque “[n]ada en el texto de RICO, ni en la historia legislativa incluso, puede demostrar la intención del Congreso de excluir a RICO de reclamos civiles por daños severos bajo 18 USC § 1964 (c), de los dictados de la Ley de Arbitraje, ni existe un conflicto irreconciliable entre el arbitraje y los propósitos subyacentes de RICO”); *Gilmer c. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20, 25 (1991) (sosteniendo que “[a] pesar de que todas las reclamaciones legales pueden no ser apropiadas para el arbitraje, [h]abiendo llegado a un acuerdo para arbitrar, las partes deben aferrarse al mismo, hasta que el propio Congreso haya manifestado la intención de impedir la renuncia a los recursos judiciales en relación con los derechos legales en cuestión”); *Valdes c. Swift Transportation Co., Inc.*, 292 F. Supp. 2d 524 (SDNY 2003) (sosteniendo que el

tringido (Reglas Obligatorias) en cuanto a la autonomía de las partes³¹, los acuerdos de arbitraje aún son susceptibles de restricciones de contenido que son de naturaleza técnica, similar a las leyes imperativas, y en este aspecto se distinguen de las políticas públicas fundadas en la moral, la ética, o la base normativa habitual. Los procedimientos de insolvencia o quiebra, por ejemplo, sirven como ilustración³².

Finalmente, la política pública –distinta a las leyes imperativas, a pesar de los puntos de intersección– proporciona el fundamento normativo para calificar la autonomía de las partes³³. Un número considerable de laudos así como comentarios académicos y relacionados con la práctica legal concerniente al art. V (2)(b) de la Convención de Nueva York, han sido esgrimidos como motivos de orden público para denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral³⁴.

El alcance de la definición expansiva de los términos “leyes imperativas” y “orden público” permite que el concepto se abrace recíproca-

Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 que alegaba el acoso sexual del empleador y las reclamaciones por conducta de represalia eran arbitrales).

³¹ A pesar de una tendencia cognoscible para limitar la inarbitrabilidad, *vid.*, por ejemplo, A.K. Youssef, “The Death of Inarbitrability”, *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* 65 (L.A. Mistelis & S.L. Brekoulakis, eds., 2009), las leyes obligatorias que constituyen una excepción a la arbitrabilidad y la restricción a la autonomía de las partes son más generalizadas. *Vid.*, por ejemplo, F. Ragno, “Inarbitrability: A Ghost Hovering over Europe?”, *Limits to Party Autonomy Imposed...*, *loc. cit.* 127. La disparidad entre los diferentes lados del Atlántico con respecto a los límites de la autonomía de las partes, parcialmente, puede encontrar una explicación histórica en el enfoque desregulador del mercado que, generalmente, ha caracterizado las relaciones comerciales de EE UU.

³² En consonancia con el axioma, una instrucción del Congreso puede anular el mandato de la FAA que favorece el arbitraje, el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito en el asunto *In re United States Lines, Inc. c. American Steamship Owners Mutual Protection and Indemnity Association, Inc.*, 197 F.2d 631, 640–641 (2d Cir. 1999) sostuvo que “[l]a corte de bancarrota no estaba totalmente equivocada al considerar que ‘el arbitraje de las disputas planteadas en la demanda perjudicaría los esfuerzos del Trust, por preservar el Trust como un medio para compensar a los demandantes’ (...), quedaba a discreción del tribunal de bancarrota negarse a remitir a arbitraje el proceso de sentencia declaratoria que, según comprobó, era esencial”.

³³ El art. V (2) dice: “También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba (...): b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país”.

³⁴ *Vid.*, en general, *Hardy Exploration & Production (India), Inc c. Government of India, Ministry of Petroleum & Natural Gas*, 2018 WL 2758220, Caso No. 1:16–cv–00140–RC (D.C. 2018); *Changzhou Amec Eastern Tools and Equipment Co., Ltd. c. Eastern Tools & Equipment, Inc.*, 2012 WL 3106620m Caso No. EDCV11–00354 VAP (DTBx) (CA. 2012)

mente. Más allá de la mera nomenclatura etimológica, sin embargo, la diferencia es clara. La mayoría de las leyes imperativas tienen su fundamento normativo derivado de una aplicación utilitaria clara, que busca fomentar una política comercial que sea de particular relevancia para el Estado o para proteger a una clase vulnerable. El componente de orden público del art. V (2)(b) de la Convención de Nueva York, generalmente, aborda un conjunto diferente de preocupaciones con premisas normativas configuradas por principios ético-morales que a menudo son particulares de los Estados. En consecuencia, los límites del orden público a la autonomía de las partes, generalmente, caen dentro de la categoría conceptual de “discriminación”, pero no encuentran una voz normativa en cuestiones pragmáticas utilitarias, como la protección de una parte más débil o el interés del Estado en monopolizar la resolución de disputas ligadas a sectores económicos fundamentales. A pesar de esta distinción, hay casos en los que ambos conjuntos de filosofías subyacentes, en efecto, se cruzan³⁵.

³⁵ En *Janvey c. Alguire*, 847 F.3d 231 (5th Cir. 2017), en una de las muchas apelaciones que el esquema Ponzi de Stanford engendró, el Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito afirmó la negación del tribunal de distrito de una moción para obligar al arbitraje, lo que permitió al Administrador Judicial de las entidades de Stanford a utilizar la Ley de Transferencia Fraudulenta Uniforme de Texas para recuperar los fondos pagados a los empleados de las múltiples entidades fraudulentas de Stanford. Aunque la opinión mayoritaria rechazó la política federal que favorecía el arbitraje por motivos técnicos con respecto a reclamaciones presentadas en nombre de no signatarios del acuerdo de arbitraje, el juez Higginbotham en una opinión concurrente sostuvo el “derecho por la razón equivocada” que yuxtapuso la política favorable arbitraje con lo que él identificó como una preocupación primordial de orden público. Específicamente, la opinión concurrente observó que es necesario “escribir por separado para establecer lo que es, a estos ojos, una razón fundamental por la cual las cláusulas de arbitraje, en estos casos, no son exigibles”. El juez Higginbotham agregó que “[s]implemente, los acuerdos de arbitraje pueden ser rechazados cuando son instrumentos de una empresa criminal, como lo fueron estos acuerdos de arbitraje. La FAA demuestra el deseo del Congreso de hacer cumplir los acuerdos de arbitraje, una expresión muy bien acogida por el poder judicial. Sin embargo, hay límites. Esos límites –aquí– están en control” (*Id.* en 246, énfasis agregado). La voz concurrente señaló además que debido a la naturaleza privada del arbitraje, es un instrumento atractivo para los autores de “un esquema Ponzi, cubriendo los ojos y arrullando los oídos de los inversores mediante el arbitraje. Con su obstrucción, el poderoso proceso de descubrimiento de los tribunales federales, queda mitigado el riesgo de una antorcha en un granero donde una brasa puede derribarlo”. Agrega que “[no] es accidental que incluso los pagarés con el personal de ventas contengan disposiciones de arbitraje. Aquí, el riesgo de descubrimiento es tan alto como para llevar la cláusula de arbitraje al corazón de la empresa criminal y de la mordida de Prima Paint”. En un esfuerzo por aclarar el razonamiento de la opinión concurrente, el juez Higginbotham adelantó que su acuerdo “no para negar el fuerte apoyo del arbitraje por parte del Congreso y los tribunales. Por el contrario, negarse a hacer cumplir las disposiciones de arbitraje implementadas al servi-

La Corte de Apelación Inglesa en *Jivraj c. Hashwani* ilustró un límite a la política de autonomía de las partes. La Corte sostuvo que las partes de un acuerdo de arbitraje no podían exigir que los posibles árbitros perteneciesen a una comunidad religiosa específica.³⁶ La Corte de Apelación anuló la conclusión del Tribunal Superior que confirmó el acuerdo de que la legislación laboral no se aplica a los árbitros, sobre la base de un análisis de discriminación religiosa de conformidad con el Reglamento de Igualdad de Empleo (Religión y Creencias) de 2003 ("EERBR 2003"), implementando en Inglaterra la Directiva de la Unión Europea UE 2007–78 que hace que las prácticas discriminatorias sean ilegales en contextos de empleo. Un análisis detallado del texto, sin embargo, establece que la rúbrica legal de "discriminación" simplemente sirvió como un vehículo para implementar una comprensión cultural intuitiva moral–ética de que la calificación del árbitro por su afinidad religiosa simplemente no puede justificarse con fundamento en premisas técnicas, económicas o de conveniencia.

Del mismo modo, es probable que en la mayoría de las jurisdicciones esté proscrita la calificación arbitral con base en el origen étnico, la raza u orientación sexual³⁷.

2. Factores que distinguen la autoridad del árbitro de los paradigmas clásicos de restricción a la autonomía de las partes

La discrecionalidad de los árbitros debe distinguirse materialmente de las expresiones ortodoxas de los límites a la autonomía de las partes en cinco premisas muy distintivas y materiales.

El carácter conceptual de estas distinciones constituye el predicado de una comprensión integral de esta singular autoridad inherente. La

cio de un plan ilegal viaja y refuerza este apoyo fundamental: un amigo, no un enemigo, del arbitraje" (*Id.* at 251).

³⁶ *Jivraj c. Hashwani*, [2011] UKSC 40.

³⁷ A la fecha de este escrito, la investigación no revela autoridad afirmativa alguna sobre estos temas. Born cita casos en los que se ha interpretado que un análisis de lenguaje sencillo que limita la calificación del árbitro a "hombres comerciales" también incluye a mujeres. *Vid.* G.B. Born, *International Commercial Arbitration* 1756 (2d ed. 2014), citando *Pando Compañía Naviera S.A. c. Filmo S.A.S.* [1975] Q.B. 742, 746–47 (English High Ct.). Es de hacer notar que los casos que interpretan el significado de "hombres comerciales" entienden el término como un término relacionado con el requisito de "experiencia comercial" y por esta razón tales casos, incluyendo *Pando Compañía Naviera S.A.*, nunca abordan el tema como relacionado con el género. *Vid.*, por ejemplo y en general, *Armada (Singapore) Pte Ltd (Under Judicial Management) c. Gujarat NRE Coke Limited* [2014] FCA 636 p. 29.

configuración idiosincrásica de la discrecionalidad arbitral sugiere: i) ausencia de la aplicación práctica de los marcos procesales; y ii) mayor reconocimiento del derecho de *cómo* presentar un caso. La autoridad del árbitro, inevitablemente, prevalecerá sobre la autonomía de las partes, de manera que puede afectar materialmente a la legitimidad. Primero, los límites ortodoxos o más clásicos sobre la autonomía de las partes inmediatamente examinados en este escrito (competencia, acuerdo para ampliar la materia, calificar o eliminar los motivos de anulación, leyes imperativas y orden público) son todos externos al marco de arbitraje. Esta externalidad es importante. Estas restricciones a la autonomía de las partes no surgen del propio funcionamiento del proceso arbitral en sí. No constituye un componente estratégico o táctico del proceso. Las externalidades están sujetas a adaptación y modificación, sin tener que alterar la anatomía del proceso arbitral.

Segundo, las calificaciones ortodoxas para la autonomía de las partes son previsibles para todos los interesados. De hecho, estas limitaciones son del dominio público y todas comparten la presunción de haber notificado a todos los interesados. Este elemento es simplemente fundamental para comprender la naturaleza, muy particular, del poder inherente de discrecionalidad del árbitro, como una limitación a la autonomía de las partes. Debido a que todas las restricciones ortodoxas a la autonomía de las partes son previsibles y de conocimiento público, no frustran ni pueden frustrar, de manera alguna, las expectativas genuinas y razonables de las partes relevantes interesadas. Las partes saben, o deben saber, incluso como un predicado de la ejecución de un acuerdo de arbitraje, que existen tales calificaciones. Por lo tanto, una parte en un procedimiento de arbitraje estaría en apuros para afirmar que cualquiera de los límites ortodoxos habría causado una denegación del debido proceso, una frustración de las expectativas de las partes o una restricción indebida a la preferencia material de esa parte.

Lo contrario es cierto con respecto a la discrecionalidad del árbitro. Simplemente no existe *a priori* un fundamento en virtud del cual, las partes en un procedimiento arbitral, puedan inferir que su derecho a implementar el *cómo presentar un caso* puede denegarse por completo. A este respecto, tampoco es razonable inferir que en los procedimientos de arbitraje, variables tan fundamentales como el alcance y el orden de la prueba, sean importantes, y sin una violación del debido proceso, la discrecionalidad del árbitro respecto de la toma y presentación de las pruebas es conceptual y prácticamente no sujeta a ser revisada. Simplemente no es previsible la discrecionalidad arbitraria,

sin freno y el no reconocimiento del derecho a presentar un caso como equivalente al derecho de presentar el caso. La discrecionalidad del árbitro, como se discute aquí, constituye un límite *imprevisible* para la autonomía de las partes que puede ser determinante para el resultado.

Las restricciones ortodoxas sobre la autonomía de las partes se basan en consideraciones que son ajenas al ejercicio de la discrecionalidad del árbitro.

Tercero, las consideraciones utilitarias subyacentes a las leyes imperativas y los fundamentos normativos de orden público como calificaciones para la autonomía de las partes son ajenas al ejercicio de la discrecionalidad del árbitro en la compilación y presentación de las pruebas. El ejercicio de la autoridad inherente a la discrecionalidad arbitral generalmente³⁸ carece de una norma objetiva que regiría el alcance, la relevancia, la admisibilidad, la importancia relativa y otras cuestiones probatorias que forman parte de la toma y presentación de las pruebas. Por tanto, la discrecionalidad del árbitro sobre cuestiones probatorias se vuelve aún más impredecible y se elimina del ámbito de la previsibilidad razonable debido a su configuración subjetiva, aparentemente innata.

El orden público y otras consideraciones utilitarias, constituyen elementos objetivos. Su desarrollo y aplicación son objetivos. Por lo tanto, en franco relieve con la autoridad subjetiva de la discrecionalidad del árbitro, está lo objetivamente discernible desde una perspectiva apriorística. La falta de previsibilidad en la discrecionalidad de los árbitros se agrava por los paneles de arbitraje internacionales, integrados por representantes de tradiciones legales dispares, particularmente cuando se abordan cuestiones probatorias. Fundados subjetivamente en culturas jurídicas diferentes y, a menudo, conceptualmente contrastantes, contribuyen a la falta de previsibilidad y uniformidad.

Cuarto, los límites ortodoxos a la autonomía de las partes están cubiertos por la legitimidad normativa de los pronunciamientos legislativos o regulatorios. Si bien las posibles partes en un arbitraje pueden estar en desacuerdo con algunas o muchas de las restricciones "clásicas" a la autonomía de las partes, la legitimidad de las calificaciones nunca se cuestiona porque derivan de procesos normativos legislativos

³⁸ Como se analizará más adelante, el único estándar existente aplicable a la toma y presentación de pruebas en el arbitraje internacional es el criterio "relevante para el caso y material para su resultado" contenido en las Reglas de la IBA de 2010 sobre la obtención de pruebas en el arbitraje internacional.

y regulatorios. El desacuerdo con el orden público o las leyes imperativas no frustra la preferencia y las expectativas de las partes. Por esta razón, no es propicio procesar preocupaciones de legitimidad. El ejercicio de la discrecionalidad del árbitro se encuentra en marcado contraste.

La única base normativa de la discrecionalidad arbitral como una autoridad inherente, tanto implícita como explícita, son las reglas institucionales de arbitraje muy generales que abordan el tema³⁹. El ejercicio de esta autoridad se verifica solo mediante una comprensión amplia del debido proceso, ya que el derecho de una parte a presentar su caso, sin más, conduce necesariamente a una frustración de las expectativas y preferencias de los interesados. Este ejercicio sin freno de autoridad inherente, que forma y transforma inquisitivamente la toma y presentación de evidencia, necesariamente fomenta los problemas de legitimidad del proceso. La necesidad de estándares de gobierno y una construcción más específica del debido proceso que proteja específicamente el derecho de una parte a presentar su caso, no puede evitar frustrar las expectativas y preferencias de esa parte.

Se han elaborado varias ficciones legales para identificar o incluso crear bases normativas sobre la discrecionalidad de los árbitros en este ámbito. La más notable, no necesariamente satisfactoria, se refiere a la autonomía de las partes en el proceso de selección arbitral. El funcionamiento de este razonamiento, según el argumento, se refiere a una comprensión conceptual del proceso de selección de árbitros en virtud del cual el ejercicio de la discrecionalidad del árbitro por parte del tribunal arbitral se remonta a la selección voluntaria e incondicional de árbitros en nombre de las partes. Debido a que las partes seleccionaron sus propios árbitros, respectivamente, y acordaron una metodología para la selección de un presidente, se dice que los árbitros participan en una representación semiótica de las partes.

En consecuencia, el argumento se desarrolla al concluir que el ejercicio de la discrecionalidad del árbitro no se separa de la voluntad de las partes. El recurso a la autonomía de las partes en el proceso de selección del árbitro como una base normativa para la discrecionalidad del árbitro, comprensiblemente, no es suficiente para injertar legitimidad en el ejercicio de esta autoridad. Viendo el funcionamiento de la autoridad del árbitro a través de la lente del panel de arbitraje como una *re-presentación* de la voluntad de las partes no es más que una ficción legal que ofrece solo un mínimo de satisfacción práctica y doctrinal.

³⁹ *Vid.*, en general, *infra*.

Quinto y último, los límites ortodoxos a la autonomía de las partes son ejercicios claros del ejercicio de la soberanía de un Estado de conformidad con el marco legislativo, regulatorio y judicial del mismo. En este sentido, está conceptualmente más alejado del proceso de arbitraje, particularmente en lo que respecta al arbitraje comercial internacional (basado en contratos). El arbitraje comercial internacional está envuelto en el manto de la privacidad y de la acción estatal *mínima* y, por tanto, carente de vestigios públicos. En consecuencia, el marco de los límites ortodoxos de la autonomía de las partes, es decir, una expresión de la soberanía reguladora, difiere de la discrecionalidad del árbitro en el arbitraje comercial internacional. De ello se deduce que la fuente, la manera y el marco en que la discrecionalidad del árbitro se relaciona con la autonomía de las partes, está en desacuerdo, fundamentalmente, con las restricciones ortodoxas en conexión con la doctrina de la autonomía de las partes.

3. La naturaleza única de la discrecionalidad arbitral, es un poder inherente: un poder explícito e implícito sin parangón

Las propuestas académicas que los estudiosos adjuntan a un análisis sobre la autoridad inherente de los tribunales, no se aplica al poder inherente de discrecionalidad del árbitro en la toma y presentación de las pruebas. Aquí también la autoridad inherente de la discrecionalidad del árbitro es singular y distinta de los poderes inherentes "clásicos" u "ortodoxos" que ejercen los tribunales.

Con respecto a los poderes inherentes, "ortodoxos" o "clásicos", Brown afirma que "[u]n número de cortes y tribunales internacionales han afirmado la existencia de esos poderes y los han ejercido. Asimismo, la existencia de poderes inherentes también tiene respaldo doctrinal. Sin embargo, otras cortes y tribunales internacionales, así como partes en procedimientos internacionales y varios escritores sostienen que no existen, o que son extremadamente limitados, y tal vez ejercidos sólo en 'circunstancias apremiantes'".⁴⁰ Además, agrega que "cuando los tribunales internacionales han afirmado poderes inherentes, raramente han tratado de justificar su autoridad para hacerlo, o han indicado los límites (si los hubiere) sobre el ejercicio de tales poderes". Los escritos sobre los poderes inherentes ortodoxos han identificado principalmente cuatro instancias principales en las que

⁴⁰ Ch. Brown, "Inherent Powers in International Adjudication", *Oxford Handbook of International Adjudication* 829 (C.P.R. Romano, K.J. Alter & Ch. Avgerou, eds. 2013).

tal autoridad ha sido ejercida o utilizada por el tribunal que ejerce como una justificación para su aplicación.

Primero, los tribunales identifican y justifican el ejercicio de la autoridad inherente basada en el principio de que la aplicación y el uso de dicha autoridad es un predicado necesario para el proceso decisorio que debe gestionar.⁴¹ Sin embargo, el predicado normativo “necesario”, aunque envuelto en el vestigio de ser intuitivo y autoevaluador (subjetivo), cuando se somete a un análisis sostenido, se revela como objetivo, precisamente porque está obligado por la exigencia funcional. Además, el carácter de tal necesidad es contrario a la discrecionalidad, ya que esta última proporciona alternativas que, simplemente, no encuentran resonancia cuando el ejercicio de la autoridad del tribunal es “necesario”.

Un segundo poder inherente clásico u ortodoxo es aquel que se justifica al colocar una construcción en las reglas aplicables del tribunal, de modo que si un ejercicio particular de autoridad no está explícitamente proscrito, las reglas aplicables entonces se interpretarían como una base normativa para el ejercicio de tal autoridad⁴². Tercero, los tribunales internacionales han ejercido una autoridad extraordinaria, caracterizada como inherente, en los casos en que el ejercicio de tal poder se desencadena por factores externos que fueron importantes para la administración de justicia equitativa en un procedimiento ante ese tribunal⁴³. Un ejemplo paradigmático del tipo de poder inherente,

⁴¹ En el caso *Nuclear Tests* de 1974, la CIJ observó: [E]l Tribunal posee una jurisdicción inherente que le permite tomar las medidas que sean necesarias, por un lado, para garantizar que el ejercicio de su jurisdicción sobre el fondo, si hay lugar a ella, la cual no se verá frustrada, y por el otro, para proporcionar la solución trimestral de todos los asuntos en disputa. *Nuclear Tests* (Australia c. Francia) [1974] CIJ Rep. 253, 259–60 (se omiten las referencias); véase también, *Nuclear Tests* (Nueva Zelanda c. Francia) [1974] CIJ Rep. 457–463 (referencias omitidas).

⁴² Moses observa que la Asociación de Derecho Internacional (ILA por sus siglas en inglés) emitió un informe en abril de 2014 que define como “facultades discrecionales” de un árbitro, las facultades “que constituyen los amplios poderes, generalmente previstos, pero no específicamente enumerados, en las reglas de arbitraje o la ley de arbitraje”. M. Moses, *Inherent Powers of Arbitrators to deal with Ethical Issues*, Universidad de Loyola, Facultad de Derecho de Chicago, Centro de Investigación de Derecho Público y Teoría Jurídica, Trabajo No. 2014–016, en p. 5; International Law Association, Washington Conference (2014), International Commercial Arbitration.

⁴³ No hay una clara línea que pueda segmentar, distintiva y autoritariamente, estas categorías. La superposición es inevitable. Aquí, a modo de ejemplo, el ejercicio de autoridad inherente desencadenada por factores externos es una categoría que no puede mantenerse como exclusiva de la primera categoría referenciada, principalmente cuando el ejercicio de la autoridad constituye un predicado para llevar a cabo el mandato del tribunal. Moses señala que el propio Informe ILA “reconoce que los poderes discrecionales pueden superponerse un tanto con los poderes implícitos, porque puede haber una base

que ha merecido la atención significativa de los comentaristas en este espacio, es el poder inherente de los jueces para reconsiderar y revisar su propia decisión. Citando las Conferencias de Paz de La Haya, Rosenfeld subraya la naturaleza compleja y controvertida del poder inherente de un tribunal para reconsiderar y revisar sus propias decisiones, lo que generó prolongadas discusiones.⁴⁴ La autoridad inherente para reconsiderar y revisar la propia decisión, más allá de los casos en que las partes hayan dado su consentimiento a la poderosa reconsideración, se aplica en los casos en que una decisión i) se basó en el testimonio perjuro o la comisión de un fraude en el tribunal,⁴⁵ o

textual para ellos, y también que tienen una calidad 'inherente', porque se entiende que los árbitros tienen 'algún grado inherente de control sobre la conducta eficiente del procedimiento. Aunque esto puede ser técnicamente cierto, ver los poderes discrecionales como algo entre poderes implícitos e inherentes subraya la dificultad de desarrollar un marco conceptual coherente" (Moses, *supra* en p. 6). La nomenclatura de categorías conceptuales por un lado, independientemente de si existe una superposición entre "poderes implícitos" y "poderes inherentes", el punto más general es que dentro del ámbito de poderes inherentes al adjudicador, la naturaleza, causas y fuentes de tales autoridades están interrelacionadas y los puntos de intersección, tanto teóricos como prácticos, son simplemente inevitables. Como se establece a continuación, esta contribución afirma que la discrecionalidad del árbitro —como poder inherente— es singular, en toda su medida, porque es la única autoridad inherente que comparte características comunes a todas las formas de poderes inherentes adscritos a un árbitro.

⁴⁴ Rosenfeld señala: El concepto de poderes inherentes de reconsideración y revisión sigue siendo controvertido durante la preparación de las Conferencias de Paz de La Haya. [Cita omitida] Una propuesta para prever el arbitraje con la posibilidad de revisión recibió fuertes críticas del delegado ruso De Martens, quien sostuvo que "la revisión es un arma peligrosa que sacudirá la autoridad del arbitraje". El Delegado de EE. UU. Holls, a su vez, defendió la posición de que el proyecto contendría "una omisión fatal si [no] proporcionaba ningún método para tratar con un error evidente". (Cita omitida) En apoyo de su punto de vista, Holls citó el dicho de Lincoln de que "[n]ada se resuelve hasta que se resuelve". Después de largas discusiones, los delegados finalmente acordaron el Artículo 55 del Convenio para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales, una disposición que preveía un recurso de revisión sólo si las partes reservaban explícitamente tal derecho. Por lo tanto, la revisión no se conceptualizó como un poder inherente a la Convención para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales; por el contrario, una reserva explícita de este derecho no habría sido necesaria (F. Rosenfeld, "The Inherent Powers of International Adjudicators to Reconsider and Revise Their Decisions", 6 *Eur. Int'l Arb. Rev.* 127 (2018)).

⁴⁵ En el venerable caso *La Abra Silver Mining Co. c. Estados Unidos*, 175 U.S. 423 (1899), la Corte Suprema de Estados Unidos recibió dos preguntas para su consideración. Primero, la Ley del 22 diciembre 1892 que modifica el Capítulo 14 de la legislación del 4 julio 1868 titulada "Una ley para permitir la distribución de los laudos establecidos en virtud de la Convención entre los Estados Unidos de América y la República de México", concluyó el 4 julio 1868, "una enmienda debidamente promulgada por el Senado y la Cámara de Representantes, cuya enmienda proporcionó un Tribunal de Reclamaciones con jurisdicción para procesar acciones en nombre de los Estados Unidos contra La Abra Silver Mining Company con respecto al laudo o cualquier parte del mismo en esta acción mencionada, para determinar si la adjudicación hecha por los Estados Unidos y la Comi-

ii) en circunstancias en virtud de las cuales el tribunal y las partes no tuvieron acceso a pruebas materiales que podrían haber conducido a un resultado diferente⁴⁶. Mientras el poder inherente de un tribunal, desencadenado por factores externos, no es una aberración inaudita,

sión Mixta Mexicana con respecto a la reclamación de dicha Compañía Minera de Plata La Abra se obtuvo, en cuanto a la suma total incluida en ella o en cualquier parte de la misma, por fraude efectuado por falsas juramentaciones u otras prácticas falsas y fraudulentas por parte de dicha empresa minera La Abra Silver Mining, o sus agentes, abogados o cesionarios..." (Quincuagésimo segundo Congreso. Sesión. II Chs. 12, 14. 1892, CHAP. 14, at 409.). Esta primera consulta fue respondida afirmativamente. Tras haber determinado que el Tribunal de Reclamaciones tenía jurisdicción, el Tribunal Supremo abordó "si el laudo realizado por la Comisión con respecto al reclamo de la Compañía La Abra se obtuvo en cuanto a la suma total incluida en el mismo o en cualquier parte del mismo, mediante fraude efectuado por falsos juramentos u otras prácticas falsas y fraudulentas por parte de la Compañía, o sus agentes, abogados o cesionarios" (*Id.* 459–60). Aquí también el Tribunal encontró afirmativamente. Al pasar la cuestión implícita de *la medida en que una política que favorece la finalidad de una adjudicación versus la facultad inherente de revisar, modificar y anular por completo una decisión previa*, observó que la Corte "podría dudar de la solidez de cualquier conclusión que pueda considerarse como un debilitamiento o tendencia a debilitar la fuerza que debe atribuirse a la finalidad de un laudo emitido por un tribunal arbitral internacional. Lejos de que el Congreso tenga algún resultado de ese carácter, el efecto de tal legislación es reforzar el principio de que un laudo de un tribunal que actúa bajo la autoridad conjunta de dos países [refiriéndose a la Comisión Mixta México–Estados Unidos] es concluyente entre la preocupación del gobierno y debe ejecutarse de buena fe, a menos que existan motivos para impugnar la integridad del propio tribunal" (*Id.* en 462–63). La decisión de la Corte Suprema en este caso, que anuló el laudo de la Comisión Mixta México–EE UU, a favor de la entidad, al encontrar un testimonio en perjurio y otras "prácticas fraudulentas por parte de la Compañía La Abra, sus agentes, abogados o cesionarios", enfatizó que el lenguaje calificativo con respecto a la deferencia que se otorgaría a la finalización los laudos que surgiesen del arbitraje internacional, particularmente cuando las partes son soberanas que ventilan disputas de conformidad con un tratado. Esta sentencia de 1899 es emblemática de una línea de autoridad internacional que defiende la proposición de que la política que favorece el carácter definitivo de la decisión de un tribunal, no puede anular los intereses de la justicia, cuando dicho decreto se basa en prácticas fraudulentas presentadas ante el tribunal.

⁴⁶ *Vid.* Rosenfeld, *supra* n. 45, citando a *George Moore c. México* (Comisión de Reclamaciones México–Estados Unidos, 1871), informó en J.B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the united states has been a party* 1329, 1357 (1898) ("Siempre que la evidencia producida sobre una moción para una nueva audiencia antes de que la comisión tenga un carácter cierto y concluyente, como indudablemente debe producir un cambio en las mentes de los comisionados y convencerlos del derecho del peticionario a un laudo, estamos dispuestos a otorgarle la moción y adjudicación según el derecho público, la equidad y la justicia"). La excepción a esta facultad inherente para la reconsideración y revisión de la decisión de un tribunal basada en pruebas que no estuvieron disponibles durante el procedimiento, incluida la deliberación, antes de la emisión de una decisión, se atenúa solo en los casos en que la falta de pruebas o la presentación de una moción para la reconsideración basada en evidencia no disponible o no disponible en absoluto en el momento del procedimiento, fue el producto de "algunas graves fallas del demandante, o donde, para permitir la moción, en el momento, bajo las circunstancias, y la justicia probablemente se haría defendiendo al gobierno".

ciertamente no constituye una ocurrencia habitualmente recurrente, de modo que el ejercicio de tal autoridad inherente, probablemente, suscitaría cuestiones de política relativas a la finalidad, más que a las dudas unidas a procesar la legitimidad si, de hecho, su aplicación hubiere sido de *rutina y ordinaria* en su naturaleza.

Cuarto, se dice que los tribunales están investidos de una autoridad inherente, que es tanto implícita como explícita, para ejercer su discrecionalidad con respecto a todos los asuntos relacionados al procedimiento⁴⁷. Esta discrecionalidad arbitral, en cuanto al procedimiento en general, se configura con la bandera de la justificación normativa, basada en los principios generales de eficiencia, flexibilidad y conveniencia. El Informe ILA pone énfasis considerable en los poderes discrecionales del procedimiento en relación con la eficiencia, la conveniencia y la flexibilidad. El informe, en parte pertinente, expresa:

“Es posible discernir una segunda categoría de poderes, que consiste en el poder discrecional de un tribunal sobre el procedimiento. *Estos poderes pueden incluir, entre otras cosas, la autoridad para celebrar audiencias probatorias, admitir y sopesar pruebas, determinar el orden y el método para examinar los testigos y la distribución de los costos.* En la medida en que puedan verse ampliamente implicados, por la necesidad práctica de otorgar un laudo ejecutable, los poderes de esta categoría comparten alguna relación con los poderes implícitos, y es posible encontrar un punto de apoyo textual, desde el cual implicar los poderes para tomar una decisión. Una acción particular que también podría justificarse como un ejercicio de la discrecionalidad del tribunal sobre el procedimiento. Estos poderes discrecionales también resuenan, sin embargo, como teniendo una calidad “inherente”, ya que se entiende ampliamente que los árbitros tienen cierto grado de control inherente *sobre la realización eficiente del procedimiento.* De hecho, la discrecionalidad para determinar el procedimiento arbitral, en ausencia de un acuerdo de las partes sobre tales asuntos, es fundamento del arbitraje internacional”⁴⁸ (Énfasis añadido).

Comprensiblemente, el Informe ILA identifica apropiadamente este ejercicio de discrecionalidad en el contexto de la toma y presentación de las pruebas, que también incluye la aprobación de la admisibilidad.⁴⁹ Más aun, la narrativa del Informe ILA también sugiere que la discrecionalidad del árbitro con respecto a la práctica y presentación de las pruebas es un “poder implícito” que también goza de una calidad de clasificación de autoridad “inherente”⁵⁰. El texto sugiere, de manera similar, que este poder más singular también “está implícito

⁴⁷ Como se expone en mayor detalle *supra* pp. 31–44, las principales reglas institucionales de arbitraje comercial internacional otorgan a los árbitros amplia discreción, prácticamente sin límite, con respecto al procedimiento.

⁴⁸ Informe del ILA sobre Arbitraje Comercial Internacional (2014), *supra* en n. 43.

⁴⁹ *Id.* primera oración en el párrafo inicial de la subsección “b”.

⁵⁰ *Id.*

en las necesidades prácticas de otorgar un laudo ejecutable". Por tanto, la discrecionalidad del árbitro, de acuerdo con el Informe ILA, parece cumplir con prácticamente todas las categorías de autoridad identificadas en ese reporte⁵¹.

Esta parte del Informe ILA parece explicar la base normativa para la discrecionalidad del árbitro "sobre el procedimiento" [incluyendo la práctica y presentación de las pruebas] como normativamente justificada, más allá de las reglas institucionales, fundada en la primacía otorgada a "la conducción eficiente del procedimiento" es decir, *la eficiencia*, así como la ficción legal de que, de alguna manera, la autonomía de las partes que establece el derecho de cada parte a designar un árbitro justifica el ejercicio de esa discrecionalidad. En efecto, en una nota al pie del texto al que se hace referencia,⁵² los relatores citan la autoridad para la proposición de que "[e]stá bien establecido que cuando las partes presentan su disputa a *un tribunal arbitral privado de elección*, a excepción de alguna manifestación contraria de tal intención, confieren al referido tribunal un margen de apreciación sobre el procedimiento que debe adoptarse para emitir su decisión.... Sin duda, la atribución de tal poder al tribunal es incidental al poder que se le otorga para determinar la disputa sometida al conocimiento del tribunal"⁵³.

Fundamento normativo similar que identifica el Informe ILA con respecto a "la realización eficiente del procedimiento" se concede a la noción de "flexibilidad". No puede haber sustituto del propio tenor del Informe ILA en cuanto a esta proposición:

En arbitrajes regidos por leyes nacionales de arbitraje o por reglas institucionales, la autoridad para ejercer la discrecionalidad generalmente será confirmada por disposiciones que reservan a los tribunales un grado significativo de flexibilidad sobre el procedimiento. Por ejemplo, el art. 17 Regl. CNUDMI:

"Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que en una etapa apropiada del procedimiento se dé a cada una de las partes una oportunidad razonable de hacer valer sus derechos. En el ejercicio de su discrecionalidad, el tribunal arbitral *dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz del litigio entre las partes*⁵⁴" (Énfasis añadido).

⁵¹ El informe de ILA sugiere que la discrecionalidad del árbitro, incluida la que se relaciona con la toma y presentación de pruebas, también constituye un poder explícito y su fundamento se encuentra en las reglas institucionales, aunque ampliamente señalado en *teles materiales*. *Id.*

⁵² *Id.* n. 110.

⁵³ *Id.* citando a *Sosso Australia Resources Ltd. c. Plowman* [1995] 183 CLR 10, 26–27.

⁵⁴ *Id.* El Informe de ILA continúa identificando disposiciones similares en otras reglas institucionales. *Vid.*, en general, pp. 21–23.

El Informe ILA combina el “procedimiento” y la “evidencia” sin notar las consecuencias de fondo que inciden en la última categoría de autoridad. Sugiere implícitamente que el “orden y el método del examen de testigos” no tiene consecuencias sustantivas. En este sentido, el análisis es fundamentalmente defectuoso porque iguala la importancia de “el orden y método de examen de testigos” con, por ejemplo, una determinación sobre la duración razonable de los memoriales o con un plazo razonable de presentación, que se adapta a todas las partes y al tribunal. Esto es inapropiado.

El hecho de no haberse comprometido en un análisis más profundo y sostenido, hace que los relatores no distingan los diversos efectos derivados del ejercicio de la discrecionalidad del árbitro dependiendo del tipo de “procedimiento” en cuestión. El déficit conduce, necesariamente, a la conclusión de que una construcción ortodoxa del debido proceso es la correspondiente al principio de adaptación, vinculado a la discrecionalidad ejercida por el árbitro en el contexto del procedimiento.

4. La discrecionalidad de los árbitros es intrínsecamente diferente al ejercicio ortodoxo de autoridad inherente a ellos

Al igual que su relación única con las restricciones ortodoxas sobre la autonomía de las partes, la discrecionalidad del árbitro, respecto de la práctica y presentación de las pruebas, es significativamente diferente en naturaleza, alcance y aplicación de las cinco categorías de poderes inherentes revisados inmediatamente en la sección anterior: a saber, i) una autoridad ejercida necesariamente como premisa para llevar el mandato de un tribunal; ii) autoridad que no está proscrita por las reglas operativas; iii) un poder inherente que se desencadena de factores externos; iv) autoridad para reconsiderar los propios hallazgos; y v) la autoridad derivada de un imperativo normativo para llevar a cabo tales procedimientos de manera *eficiente, económica* y flexible. Esta autoridad relacionada con el “procedimiento” también ha sido justificada normativamente por la necesidad inherente de que un tribunal aborde las lagunas o las “brechas”.

La naturaleza particular de la autoridad del árbitro con respecto a la práctica y presentación de las pruebas es única y desafía la nomenclatura de líneas brillantes o esquemas de conceptualización. Es implícita y explícita. En este mismo sentido, puede ser *explicada* de forma descriptiva (no justificada) en función del lenguaje textual, la

necesidad, los eventos externos, la eficacia de los procedimientos y la flexibilidad, así como señalar que funciona como una medida para rellenar "brechas". Sin embargo, desafía la clasificación según cualquiera de estas categorías.

Esta naturaleza distintiva, que evita las líneas de conceptualización, ordena controles y equilibrios más allá de la mera categoría mecánica, y casi visceral, del debido proceso. La naturaleza sutil de este poder inherente *explícito e implícito* elude la red de seguridad del debido proceso. Se anhela una doctrina restrictiva y precisa que iguale la importancia y el alcance de la compilación y presentación de las pruebas, con el derecho de una parte a presentar su caso.

III. Las reglas institucionales ofrecen fundamento textual para la discrecionalidad de los árbitros en cuanto a las reuniones y presentación de evidencias, pero sin calificación estándar

Los apologistas que identifican un fundamento literal para la discrecionalidad del árbitro con respecto a la compilación y presentación de las pruebas, con base en las principales reglas institucionales relativas al arbitraje comercial internacional, solo cuentan la mitad de una historia mucho más larga. Si bien es cierto que el apoyo textual literal para la discrecionalidad del árbitro en este espacio se puede deducir de las reglas institucionales, dicho lenguaje es conceptual y permanece prácticamente sin frenos. En efecto, en la medida en que *cualquier* lenguaje calificativo pueda ser recogido, tales límites no son más que cosméticos⁵⁵.

Las principales reglamentaciones institucionales de arbitraje comercial internacional, en su totalidad, otorgan a los árbitros una amplia discrecionalidad con respecto al procedimiento. Aquí algunos ejemplos que ameritan revisión.

El Reglamento de la LCIA art. 14.4° bajo la subsección Acuerdo de Arbitraje, y los Deberes Generales del Tribunal de Arbitraje, "en todo momento durante el arbitraje deberá incluir:

⁵⁵ Este escrito sugiere que el texto que confiere autoridad a los árbitros, "sujeto al acuerdo de las partes" o "el consentimiento de las partes", prácticamente no es funcional. En general, las partes de un arbitraje detestan ponerse de acuerdo sobre asuntos que pueden tener implicaciones tácticas o estratégicas reales o percibidas que favorezcan a una parte sobre la otra. Es lógico que, a excepción de preocupaciones logísticas muy rudimentarias, como los plazos y las limitaciones de páginas, las partes en un arbitraje eligen "estar de acuerdo en el desacuerdo".

"i) el deber de actuar de manera justa e imparcial entre todas las partes, dando a cada uno la oportunidad razonable de exponer su caso y tratar con el de su(s) oponente(s); y

ii) el deber de adoptar procedimientos adecuados a las circunstancias del arbitraje, evitando retrasos y gastos innecesarios, a fin de proporcionar un medio justo, eficiente y rápido para la resolución final de la disputa de las partes".

Además, el art. 14.5º subraya la latitud de esta autoridad:

"14.5 El Tribunal de Arbitraje tendrá la más amplia discrecionalidad para cumplir con estas obligaciones generales, sujeto a la(s) ley(es) obligatoria(s) o reglas de derecho que el Tribunal Arbitral decida aplicar; y en todo momento las partes harán todo lo que sea necesario de buena fe para una conducción justa, eficiente y rápida del arbitraje, incluido el cumplimiento por parte del Tribunal Arbitral de sus deberes generales." (Énfasis añadido).

Bajo el marco de los "deberes generales", y restringido solo por las leyes imperativas, también sujeto a la discrecionalidad del árbitro en cuanto a su aplicabilidad, la discrecionalidad del árbitro se identifica como "la más amplia". Esta amplia categoría confiere a los árbitros, bajo el Reglamento de la LCIA, discrecionalidad absoluta sobre la compilación y presentación de las pruebas. La referencia a "una conducción eficiente y expedita del arbitraje" proporciona una base textual muy particular y concreta para inferir que el orden de los testigos, el alcance de la compilación de las pruebas, la celebración del examen de testigos y el alcance de dicho examen, junto con todos los aspectos que configuran la realización de una audiencia final, se encuentran dentro del amplio alcance de la discrecionalidad del árbitro. El Reglamento no hace referencia a ningún estándar, criterio o calificación aplicable, en cuanto al ejercicio de esta discrecionalidad.

El Regl. CCI proporciona un marco similar para el ejercicio de la discrecionalidad del árbitro. A modo de ejemplo, el art. 19 dice:

"El procedimiento ante el tribunal arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el tribunal arbitral determinen, ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje".

El inciso "ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje" es indicativo de la gran libertad que se atribuye a la discrecionalidad del árbitro. De nuevo, la mención de las reglas que las partes "determinen" difícilmente sirva como una calificación material para la autoridad discrecional en cuestión.

El art. 22 (*Conducción del Arbitraje*) en los párrafos 1 y 2 articula la autoridad discrecional sin equilibrio, basándose en la confianza del acuerdo de las partes, como el único factor que califica tal posibilidad:

“1. El tribunal arbitral y las partes deberán hacer todos los esfuerzos para conducir el arbitraje de una manera expedita y eficaz en término de costos, teniendo en cuenta la complejidad y el valor de la controversia.

2. Con el fin de asegurar la conducción efectiva del caso, el tribunal arbitral, previa consulta a las partes, podrá adoptar las medidas procesales que considere apropiadas, siempre que éstas no vulneren ningún acuerdo de las partes”.

Aquí también, la ficción del “acuerdo entre las partes” y las premisas basadas en la *conveniencia* y la *eficiencia* ostensiblemente sirven como límites a la autoridad del árbitro. Sorprendentemente, los comentaristas han guardado un silencio generalizado al cuestionar hasta qué punto las cuestiones relativas a la eficiencia o conveniencia en la conducción de un procedimiento arbitral deben prevalecer sobre la comprensión subjetiva de las partes sobre la mejor manera de presentar un caso con respecto a cuestiones tales como: i) el número de testigos; ii) el orden de los testigos; iii) pruebas relacionadas con inquietudes temáticas o impugnaciones, no necesariamente cuestiones basadas en los méritos; y iv) la duración y alcance de la examinación de testigos, por nombrar solo un puñado de ejemplos.

La eficiencia y la conveniencia, por su misma naturaleza, son generalmente cuantificables. En consecuencia, cualquier ejercicio de discrecionalidad arbitral que pretenda modificar la voluntad de una de las partes con respecto a cualquiera de los elementos mencionados, que pueden afectar significativa y materialmente la disposición de fondo de un caso, debe ser susceptible de una cuantificación numérica objetiva. Siguiendo esta línea de razonamiento, los árbitros que ejercen su discrecionalidad y modifiquen cualquiera de las tácticas y estrategias de procedimiento, deberán cumplir con un estándar que refleje *objetivamente*, en términos económicos u otras metodologías cuantificables, tales como el número de horas o días, la manera en que la modificación derivada del ejercicio de la discrecionalidad del árbitro es clara y está justificada de manera convincente, cuando se considera en este contexto económico o de otro modo cuantificable.

Una muestra ilustrativa es el gasto y los recursos asociados a dos días extra de audiencia, suficientes para justificar la limitación del interrogatorio de cada testigo a sólo dos horas en lugar de cuatro según lo solicitado por una hipotética parte. De manera similar, y también a modo de ilustración, la cultura arbitral de rechazar exámenes

directos bajo la teoría (ficción) de que la presentación de declaraciones de testigos ya constituye un examen directo, pues se proscribió a los testigos de declarar más allá del tema contenido en la declaración presentada. ¿Puede ello prevalecer sistemáticamente sobre la elección estratégica de una parte a presentar su caso mediante testigos, a viva voz? Supongamos que la parte solicitante opina que mientras un testigo está limitado para testificar más allá del alcance de su declaración de testigo, ese testigo no se ve impedido de contextualizar y explicar en mayor detalle las premisas contenidas en dicha declaración. ¿Debería llegarse a una conclusión apriorística de que un examen directo, de viva voz, no puede contribuir sustancialmente a las premisas fácticas contenidas en una declaración testimonial como una cuestión de principio universal?⁵⁶

Las Reglas del CIADI son igualmente generosas en cuanto a la concesión de la discrecionalidad del árbitro, particularmente en lo que se refiere a cuestiones probatorias. El art. 20 (*Conducción de Procedimientos*) en parte dice:

1. Con sujeción a este Reglamento, el tribunal arbitral podrá conducir el arbitraje *de la manera que considere más apropiada*, siempre que las partes sean tratadas con igualdad y que a cada una se le otorgue el derecho de ser oída y una justa oportunidad para presentar su caso.

2. El tribunal conducirá el procedimiento con vista a *agilizar* la resolución de la controversia. El tribunal podrá, justo después de haberse constituido, celebrar una conferencia preparatoria con las partes para organizar el resto del procedimiento, fijar su calendario y acordar sobre los procedimientos, incluyendo la fijación de fechas límite para cualquier escrito de las partes. Al establecer los procedimientos del caso, el tribunal y las partes podrán considerar cómo la tecnología, incluyendo las comunicaciones electrónicas, pueden usarse para incrementar la eficiencia y economía del procedimiento.

3. El tribunal podrá decidir sobre asuntos preliminares, bifurcar procedimientos, *dirigir el orden de las pruebas, excluir testimonio u otra prueba que sea redundante o irrelevante y ordenar a las partes que centren sus presentaciones* en cuestiones cuya resolución permita decidir todo o parte del caso. (Énfasis añadido)

⁵⁶ Regl. CCI, art. 25 (*Instrucción de la causa*) en parte dice:

1. El tribunal arbitral instruirá la causa *en el plazo más breve posible* por cualesquiera medios apropiados. (Énfasis añadido)

Imperativos para la rapidez y la eficiencia presumible, de acuerdo con el comando del artículo referenciado, obviamente son necesarios. Sin embargo, no pueden constituir principios de organización independientes que, intuitivamente y basados únicamente en normas subjetivas, obvien las concepciones tácticas y estratégicas de las partes sobre la mejor forma de presentar su caso. Aquí se sugiere que en el injerto de métricas objetivas y cuantificables es necesario para la preservación de la legitimidad del proceso. Además, los imperativos para la incorporación de tales métricas se destacan en casos que son particularmente complejos en cuanto a la materia y la sofisticación técnica.

El CIADI virtualmente presenta un modelo de sistema inquisitivo según el cual casi se alienta al tribunal arbitral a “dirigir el orden de la prueba” y a “dirigir a las partes a enfocarse en sus presentaciones”. El tenor literal en el primer párrafo de este artículo hace referencia a “la manera que considere más apropiada” dejando en claro que, a excepción del cumplimiento de los requisitos fundamentales del debido proceso, un tribunal está investido de una autoridad sin reservas en cuanto a todas las cuestiones probatorias. Es precisamente cuando se confronta con este lenguaje que “el derecho a ser escuchado” y “tener una oportunidad justa de presentar [un] caso”, parece ser demasiado contundente como instrumento calificativo tendente a captar los matices y la materialidad de los efectos del derecho de las partes a *cómo* presentar su caso⁵⁷.

IV. Las Reglas de la IBA de 2010 sobre la práctica probatoria en el arbitraje internacional ayudan a adecuar la discrecionalidad del árbitro

Las Reglas de la IBA 2010 sobre la práctica probatoria en el arbitraje internacional representan un paso significativo hacia la mitigación de los efectos derivados de la ausencia de freno a la discrecionalidad del árbitro en este espacio.⁵⁸ Las Enmiendas de 2010 solo incluían el art. 2 de las Reglas como un nuevo artículo. El primer párrafo de dicho precepto impone una obligación, al señalar el “*deber*” del tribunal arbitral de ayudar a las partes para que puedan “consultarse” y presumiblemente acordar “un proceso eficiente, económico y justo para la práctica probatoria”⁵⁹. Este lenguaje codifica explícitamente cuál debería ser la regla predominante en cuanto a las eficiencias, en el arbitraje comercial internacional. Proporciona la práctica tácita pero

⁵⁷ Las reglas del DIS, las Reglas de Procedimiento de la Sección 24, 24.1 son igualmente amplias en cuanto a la concesión de la discrecionalidad del árbitro: Disposiciones legales del procedimiento arbitral vigente en el lugar del arbitraje que las partes no pueden suspender, las Reglas de Arbitraje aquí establecidas y, en su caso, las normas adicionales acordadas por las partes se aplicarán al procedimiento arbitral. *De lo contrario, el tribunal arbitral tendrá total discrecionalidad para determinar el procedimiento* (Énfasis añadido).

⁵⁸ Para un análisis exhaustivo de las Reglas de la IBA 2010 sobre la obtención de pruebas en el arbitraje internacional, *vid.* P.J. Martínez-Fraga, “Good Faith, Bad Faith, but not Losing Faith: A Commentary on the 2010 Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration” 43 *Georgetown J. Int’l L.* 387, 2012.

⁵⁹ Las Reglas IBA 2010 sobre la obtención de pruebas en el arbitraje internacional, *Id.* art. 2, ¶1 (“El Tribunal Arbitral *deberá* consultar a las Partes tan pronto como sea procedimentalmente posible e invitarlas a consultarse mutuamente a fin de acordar un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de la prueba”) (Énfasis agregado).

implícita de enfatizar el *acuerdo* y la *eficiencia* en la compilación de las pruebas mediante la autonomía de las partes.

Aquí el poder inherente de los árbitros se usa como un recurso para galvanizar la autonomía de las partes y en tal sentido se representa claramente como un precepto subordinado al principio superior configurado por la voluntad de las partes. El componente "consultivo" del artículo brinda la ocasión para que partes, de diferentes tradiciones legales, discutan expectativas contrapuestas sobre la compilación y presentación de las pruebas. Además, ese obligatorio "*deber*" se mantendrá en muy alto relieve respecto al permisivo "*se alienta*" contenido en el párrafo 3 del mismo artículo⁶⁰.

El art. 2, párrafo 2 (b) enfatiza la influencia del ejercicio de la abogacía de *common law* haciendo referencia a la toma de "declaraciones testimoniales orales en cualquier Audiencia Probatoria", obligando a las partes "tan pronto como sea posible en el proceso" a considerar el uso del examen directo del testigo, el interrogatorio cruzado y la repregunta del mismo⁶¹. Son problemas que, con demasiada frecuencia, pueden causar demoras y controversias. Aunque este artículo no compara la toma de testimonios orales,⁶² su sugerencia como punto de discusión en esta subsección lo identifica como una metodología razonable que, si se acuerda al principio del procedimiento, puede facilitar la realización de las audiencias probatorias y finales. El artículo 2 aumenta aún más la probabilidad de acuerdo o estipulación sobre i) declaraciones de testigos; ii) informes de expertos; iii) procedimientos relacionados con la producción de documentos; y iv) confidencialidad, al plantear la posibilidad de discutir el alcance, el tiempo y forma de tomar tal evidencia⁶³. En contraste con el párrafo 2 de este artículo, el párrafo 3 simplemente indica que "se invita al Tribunal Arbitral a identificar ante las Partes, tan pronto como lo considere pertinente", cualquier asunto que el tribunal arbitral "*pueda*" considerar "relevante para el caso y el material para su resultado, 'y/o' para los cuales una determinación preliminar pueda ser apropiada"⁶⁴. Es importante señalar, sin embargo, que los redactores aquí no insertaron en el tribunal arbitral una obligación normativa, sino la "invitación" como criterio a tomar en cuenta⁶⁵. No está nada claro si el objetivo subyacente es llegar a un compromiso entre las tradiciones de

⁶⁰ *Id.* art. 2, ¶ 1. Comparar con art. 2, ¶ 3

⁶¹ *Id.* art. 2, ¶ 2(b).

⁶² *Vid. id.*

⁶³ *Vid. id.* art. 2, ¶ 2(a), (c), (d).

⁶⁴ *Id.* art. 2, ¶ 3.

⁶⁵ *Id.*

derecho civil y *common law* al hacer que sea conceptualmente posible que el tribunal asuma un papel principal en este esfuerzo, en consonancia con un enfoque inquisitorial de Derecho civil al tiempo que se mantiene fiel a la autonomía de las partes.

El art. 2 de las Reglas IBA representa un enfoque estructural para mitigar la discrecionalidad del árbitro con respecto a las cuestiones probatorias. Además de subordinar la discrecionalidad del árbitro a la autonomía de las partes, alentando el acuerdo de las partes sobre cuestiones clave, el artículo contiene lo que pretende ser una construcción analíticamente objetiva, que sirve como estándar, el conocido criterio: *relevante para el caso y material para su resultado*. A pesar de la elegancia simple de este estándar, su aplicación rigurosa solo puede invitar a argumentos estructurados por todas las partes. También invita a una determinación razonada, más que a una decisión meramente visceral, fundada en un estándar subjetivo.

Además, las Reglas también contienen, en general, términos como "*mejores esfuerzos*", "*auténtica convicción*" y "*buena fe*". El marco de las Reglas promueve requisitos de "transparencia". Específicamente, las Reglas contienen el principio de transparencia mejorada que se identifica a través de cuatro categorías que comprenden la rúbrica: i) transparencia con respecto a la no divulgación de los documentos solicitados⁶⁶; ii) transparencia relacionada con un mayor acceso a los documentos originales⁶⁷; iii) transparencia en relación con los testigos expertos⁶⁸; iv) expertos designados por el tribunal⁶⁹; y v) transparencia con respecto a la realización de la audiencia final y el testimonio oral⁷⁰.

El énfasis de las Reglas en cuanto a la transparencia, aumenta la autonomía de las partes en la medida en que la transparencia reduce la necesidad de una intervención arbitral y aumenta el grado en que la evidencia puede ser probatoria o de otro tipo, para ayudar a probar proposiciones que pueden ser relevantes para la disposición de la el caso.

A pesar del esfuerzo loable de las Reglas, contienen debilidades estructurales significativas. A modo de ejemplo, términos clave como la propia palabra "evidencia", "relevancia", "material" o "materialidad", "buena fe", "mejores esfuerzos" y "auténtica convicción" no están definidos. Estos términos son operacionalmente necesarios para que las Reglas encuentren el funcionamiento perfecto. Sin embargo, el hecho

⁶⁶ *Id.* art. 3, ¶ 3(c)i).

⁶⁷ *Id.* art. 3, ¶ 12(a) – (d).

⁶⁸ *Id.* art. 5, ¶¶ 1, 2(a)–(c).

⁶⁹ *Id.* art. 6, ¶ 4(a)–(d).

⁷⁰ *Id.* art. 5, ¶¶ 1, 2(a)i), 3.

de no definirlos crea ambigüedades y una posible vaguedad que refuerza el ejercicio de la discrecionalidad arbitral como forma de rellenar las “brechas” y pronunciamientos sustantivos en cuanto a las definiciones.

Las reglas no son obligatorias. Por tanto, a menos que un acuerdo de arbitraje haga referencia explícita a las Reglas, no necesariamente se desprende que el tribunal *sua sponte* las adoptaría, o lo haría incluso de conformidad con la petición de una de las partes. En efecto, incluso en los casos en que las Reglas forman parte de la cláusula de arbitraje en cuestión, la cultura arbitral y la amplia gama de facultades del árbitro son tales que un tribunal arbitral puede simplemente elegir “seleccionar” ciertas reglas solo cuando corresponda, mucho menos no siendo vinculantes.

Aun así, las Reglas son ilustrativas de un enfoque transcultural sistemático para la mitigación de la autoridad del árbitro y la preservación de la autonomía de las partes con respecto a la evidencia. Esta metodología estructural en forma de reglas, que proporcionan una arquitectura de las fases de compilación y presentación de las pruebas de todo un proceso arbitral, sugiere que la *Orden y el Cronograma Inicial* de cualquier arbitraje puede servir para proporcionar mayor integridad y relevancia a la autonomía de las partes y, por lo tanto, disminuye los efectos de la discrecionalidad de los árbitros. Sin embargo, una mayor sensibilidad en cuanto a la discrecionalidad del árbitro en este campo es el predicado de cualquier aspiración realista para lograr un equilibrio entre este poder inherente y la autonomía de las partes.

V. Conclusión

Aunque es omnipresente y determinante con respecto a los méritos de la mayoría de los procedimientos, la discrecionalidad del árbitro con respecto a la compilación y presentación de las pruebas en el arbitraje internacional permanece invisible, como un poder inherente que requiere restricciones. La protección ortodoxa del debido proceso disponible para las partes que no han sido tratadas justamente o a las que de otro modo se les ha impedido “presentar su caso”, es conceptualmente incapaz de mitigar el ejercicio de la discrecionalidad del árbitro en este campo. Esta disfunción parece estar enraizada en la naturaleza única de la discrecionalidad del árbitro respecto a cuestiones probatorias. Semejante a la forma de discrecionalidad arbitral es diferente de la mayoría de los poderes inherentes reconocidos, e

igualmente diferente de las "limitaciones clásicas a la autonomía de las partes".

Si la discrecionalidad del árbitro se limita al equilibrio con la autonomía de las partes, es necesario hacer más. Debe desarrollarse una sensibilidad cultural arbitral, que considere el derecho que tienen las partes a presentar su caso. Los enfoques estructurales, como el uso de las Reglas IBA 2010 sobre la obtención de las pruebas en el arbitraje internacional y el uso de coyunturas procesales estratégicas como la Orden y el Cronograma Inicial o las fases con los términos de referencia pueden contribuir a moderar la discrecionalidad del árbitro con respecto a la práctica de las pruebas. El *statu quo* invita al cambio. Ahora, como siempre, depende de los profesionales, académicos, árbitros y los usuarios de los servicios de arbitraje, aunar el coraje intelectual para provocar el cambio necesario.

Bibliografía

- BERMANN, G.A. y MISTELIS, L.A. (eds.): *Mandatory Rules in International Arbitration* (Juris, eds., 2011).
- BERMANN, G.A.: "Limits to Party Autonomy in the Composition of the Arbitral Panel", *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration* (F. Ferrari, ed. 2016).
- BORN, G.B.: *International Commercial Arbitration* 1756 (2d ed. 2014).
- BROWN, Ch.: "Inherent Powers in International Adjudication", *Oxford Handbook of International Adjudication* 829 (C.P.R. Romano, K.J. Alter & Ch. Avgerou, eds. 2013).
- BROWN, Ch.: "The Inherent Powers of International Courts and Tribunals", *76 British Yearb. Int'l L.* 195 (2006).
- BUYS, C.G.: "The Arbitrators' Duty to Respect the Parties' Choice of Law in Commercial Arbitration", *St. John's L. Rev.*, vol. 79, 2012, n° 1, Article 3).
- CARPER, D.L., MCKINSEY, J.A. y WEST, B.W.: *Understanding the Law*. Thompson Press (2002).
- CLANCY, D.S. & STEIN, M.M.K.: "An Uninvited Guest: Class Arbitration and the Federal Arbitration Act's Legislative History", *Business Lawyer*, vol. 63, n° 1, Nov. 2007, 59.
- CORDERO–MOSS, G.: "The Arbitral Tribunal's Power in Respect of the Parties' Pleadings as a Limit to Party Autonomy", *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration* 311 (F. Ferrari, edición 2016).
- CORDERO–MOSS, G.: *General Report on Iura Novit Arbitrator, Iura novit curia in International Arbitration* 475, (F. Ferrari y G. Cordero–Moss 1 ed. 2018).
- ENGLE, R.: "Party Autonomy in International Arbitration: Where Uniformity Gives Way to Predictability", *15 Transnat'l Law* 323, 335–36 (2002).
- FERNÁNDEZ ARROYO, D.P.: "Arbitrator's Procedural Powers: The Last Frontier of Party Autonomy?", *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration* 202–06 (F. Ferrari, edición 2016).

- GRAVES, J.M.: "Party Autonomy in Choice of Commercial Law: The Failure of Revised U.C.C. § 1-301 and a Proposal for Broader Reform", 36 *Seton Hall L. Rev.* 59, 100-05 (2005).
- HANEFELD, I.: "Limits to Party Autonomy Imposed by European Mandatory Law", *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration* 401 (F. Ferrari, ed. 2016).
- KESSEDJIAN, C.: "Mandatory Rules in International Arbitration: What are Mandatory Rules", *Am. Rev. Int'l Arb.* (2007).
- LEAÑEZ, A.: "The Future of Anti-Suit Injunctions: The Power of the Arbitral Tribunal to Issue Anti-Suit Injunctions", 14 *Vindobona J. Int'l and Comm. L. & Arbitration* 33 (2010).
- LUTTRELL, S. y DEVENDRA, I.: "Inherent Jurisdiction and Implied Power to Stay Proceedings in Aid of Arbitration: 'A Nice Question'", 32 *J. Int'l Arb.* 493 (2015).
- MARTÍNEZ-FRAGA, P.J.: "Good Faith, Bad Faith, but not Losing Faith: A Commentary on the 2010 Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration" 43 *Georgetown J. Int'l L.* 387, 2012.
- MARTÍNEZ-FRAGA, P.J.: *The American Influence in International Commercial Arbitration: Doctrinal Developments and Discovery Methods 2* Cambridge University Press (2009).
- MCILWRATH, M. y SAVAGE, J.: *International Arbitration and Mediation. A Practical Guide* 13 Wolters Kluwer (2010).
- MOORE, J.B.: *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party* 1329, 1357 (1898).
- MOSES, M.: *Inherent Powers of Arbitrators to deal with Ethical Issues*, Universidad de Loyola, Facultad de Derecho de Chicago, Centro de Investigación de Derecho Público y Teoría Jurídica, Trabajo No. 2014-016.
- PIETROWSKI, R.: "Evidence in International Arbitration", 22 *Arb. Int.* 373, 379 (2006).
- RAGNO, F.: "Inarbitrability: A Ghost Hovering over Europe?", *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration* 127 (F. Ferrari, edición 2016).
- REDFERN, A.: "The Jurisdiction of an International Commercial Arbitrator", 3 *J. Int'l Arb.* 19, 27 (1986).
- REISMAN, W.M.: *The Systems of Control in International Adjudication and Arbitration* 5 Duke University Press (1992).
- ROSEN, J.A.: "Arbitration Under Private International Law: The Doctrines of Separability and Competence de la Competence", 17 *Fordham Int'l L.J.* 599, 610 (1994).
- ROSENFELD, F.: "The Inherent Powers of International Adjudicators to Reconsider and Revise Their Decisions", 6 *Eur. Int'l Arb. Rev.* 127 (2018).
- VAN DEN BERG, A.J.: *The New York Arbitration Convention of 1958: Toward a Uniform Interpretation* 267 (1981).
- WHA, C.S.: "Inherent Power of the Arbitral Tribunal to Investigate its own Jurisdiction", 29 *J. Int'l Arb.* 171 (2012).
- YOUSSEF, A.K.: "The Death of Inarbitrability", *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* 65 (L.A. Mistelis & S.L. Brekoulakis, eds., 2009).