

# ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: DOS CULTURAS EN ESTADO DE NOVIAZGO Y POSIBLE MATRIMONIO DE CONVENIENCIA

Ignacio Gómez-Palacio<sup>1</sup>

Dedico este artículo a los pioneros del arbitraje comercial internacional en México, quienes con capacidad visionaria anticiparon su importancia. Entre ellos destacan José María Abascal, Humberto Briseño Sierra, Miguel Estrada Sámano, Luis Enrique Graham, Carlos Loperena, Alejandro Ogarrio, José Luis Siqueiros, Julio Treviño y Claus Von Wobeser.

## I. INTRODUCCIÓN

Eran las seis de la tarde de un día de plomo. Cerré los ojos cansados. Había estudiado varios expedientes de un arbitraje en el que una de las partes me solicitaba mi opinión. Los códigos y jurisprudencia yacía de cuerpo abierto en mi escritorio y mesa aledaña. Me gustaría una distracción –pensé, al tiempo que abrió la puerta de mi oficina una funcionaria-abogada de un cliente, que hacía meses cohabitaba en el despacho: personaje gustoso de plática y de quitarle el tiempo al prójimo. Llevaba una semana en el Departamento de Contabilidad y Finanzas de la empresa de su contraparte. Con maneras de guajolota asustada me dijo que estaba en medio de un “discovery”.

-¿Sabe usted lo que es esto del discovery?

-Pues he oído, pero a ver.... explíqueme. Agradecido de la pausa me coloqué mis lentes de miope que no uso para leer. Quería percatarme de sus gestos.

---

<sup>1</sup> Socio fundador de Gómez-Palacio y Asociados, S.C.([www.g-pasoc.com](http://www.g-pasoc.com)) Ex Consultor Senior de la ONU. Profesor de Derecho de la Universidad Iberoamericana. Árbitro comercial nacional e internacional. Ex Presidente del Instituto Mexicano Para la Justicia, A. C. [igp@g-pasoc.com](mailto:igp@g-pasoc.com)

-Se trata de que estoy en las oficinas de los que nos demandaron. Estoy buscando en sus expedientes, a ver que encuentro que nos pueda ayudar en el arbitraje que usted ya sabe. El tribunal arbitral decidió que podemos ver sus expedientes y no les quedó más que abrírnoslos. A ver que información les pesco –y las pestañas bastas le subían y bajaban a juego con expresiones, que enfatizaban lo increíble de su aventura.

Siguió:

-Sé que me están escondiendo expedientes y tengo las pruebas, porque en los papeles que estoy viendo, se hace referencia a documentos que no me están prestando. Como puedo copiar lo que yo quiera, para que no sepan lo que me estoy llevando, a los expedientes que deshago para sacarles copia, los vuelvo a engrapar en los mismos hoyitos que antes tenían –y ahora su expresión era de clara travesura. Así es esto, pero ya me puse de acuerdo con los que me dan los papeles en no tenernos tirria, ni resentimientos. Una cosa es el negocio y otras las gentes. Son personas con las que traté antes del pleito y no tengo para qué pelearme con ellos, aunque no puedo hacer lo mismo con los de la empresa XX, porque a esos si los veo, le juro que ¡los coso en aceite hirviendo!

Sirva la crónica de esta pequeña epopeya para abrir la caja de Pandora y darnos cuenta de que los litigantes civilistas que practican arbitraje comercial internacional, están cruzando una frontera más incomoda y sorprendente que lo que pudiera desprenderse de la anécdota antes narrada. En realidad, el paso es de su territorio procesal, que pudiera compararse con una cómoda habitación de mullidos cojines y ambiente familiar, a las extrañezas de una casona de espantos, donde se habla en inglés y en cualquier momento puede salir un mayordomo de cara siniestra (que representa el campo de la práctica procesal del *common law*).<sup>2</sup> Aunque en menor medida, lo mismo le esta sucediendo a nuestros vecinos y otros juristas, en general angloparlantes. El grueso de ambos bandos desconfía del encuentro. No

---

<sup>2</sup> Si bien se reconoce la existencia de varios sistemas legales, por razones prácticas sólo me referiré a los sistemas de derecho civil y del *common law*. La referencia al “sistema de derecho civil” se hace también por razones prácticas para los lectores angloparlantes, a sabiendas de que para mayor precisión y rigor académico se debió identificar como “sistema de derecho romano-germánico”. Víctor Rojas lo identifica como “familia del *common law*” e identifica cinco familias más a saber: “familia neorrománica”, “familia de derecho socialista”, “familia de los sistemas religiosos”, “familia de extremo oriente” y “familia africana”. Señala que la familia neorrománica es el tronco del que derivan los sistemas jurídicos de países que han construido su sistema con base en el Derecho Romano. En este sentido, si bien el sistema jurídico de derecho civil, abrevia mayormente del Derecho Romano, el sistema jurídico del *common law* también lo hace. La presencia del Imperio Romano en Britania, sin duda dejó una importante marca. Rojas Amandi, Víctor, “Las Fuentes del Derecho en el Sistema Jurídico Angloamericano”, Editorial Porrúa, S.A., México (2005), pp. 11-12.

sabe lo que habrá de encontrar. Ello dependerá en buena medida del conocimiento, actitud y equipo de litigantes que lo conforme. Señala Bernardo Cremades, que en ese cruce de frontera se encuentran riesgos, los que resultan significativos al sumarse la “... posibilidad de incomprensión mutua, confusión y enfrentamientos culturales...”. Cremades resalta el riesgo de asumir que un despacho de abogados con un área de litigio está capacitado para litigar en arbitraje comercial internacional.<sup>3</sup> La razón de base estriba en el hecho de que los litigantes están acostumbrados y tienen el conocimiento para litigar conforme a las leyes y usos de un país determinado, en tanto que el arbitraje comercial internacional no se ciñe a la legislación procesal de un país determinado. Cabe añadir que nada disgusta más a un litigante que la sorpresa, sobre todo para quien practica bajo el sistema del *common law*.

Si bien, este artículo se referirá a la sorpresa del abogado civilista frente a la “americanización” o “anglosajonización” del arbitraje comercial internacional, los litigantes con orígenes en Estados Unidos de América, señalan lo que ellos llaman “la internacionalización del proceso arbitral americano”. Indican que lo que antes ocurría en el proceso arbitral en los EUA, en el que simplemente se daba el aviso de la intención de someter a arbitraje, identificando el conflicto en un breve escrito, dejando todas las pruebas para la audiencia, hoy se está substituyendo por un procedimiento que demanda múltiples escritos y presentación de evidencia previa a la realización de la audiencia. Agregan la incómoda presión de tener que emitir un laudo “razonado”<sup>4</sup>. También les ha causado asombro la eliminación del árbitro-departe al que estaban acostumbrados, a efecto de adoptar el criterio continental europeo de neutralidad íntegra del tribunal arbitral.<sup>5 6</sup>

---

<sup>3</sup> Cremades, Bernardo M., 27 “Managing Discovery in International Arbitration”, 57-JAN Disp. Resol J. 72, 73.

<sup>4</sup> La Regla 42 de la AAA Commercial Arbitration Rules señala en su párrafo b), que el árbitro no requiere razonar el laudo, salvo que las partes lo soliciten por escrito y con anterioridad a la designación del árbitro, o que el árbitro así lo decida por *motu proprio*.

<sup>5</sup> Realizado vía modificación de julio de 2003 a las International Arbitration Rules de la AAA.

<sup>6</sup> Otra novedades de la lista son: la contestación a la contrademanda, que por ejemplo señala las Reglas de la ICC en su Art. 5.6 y los honorarios de los árbitros a efecto de que sean fijos y no se basen en el tiempo invertido (conducta que siguen muchas instituciones arbitrales fuera de los EUA). Al efecto ver: Friedland, Paul D. y Santens, Ank, “The Internationalization of American Commercial Arbitration”, The Institute for Transnational Arbitration. Vol. 18, Spring 2004, Number 2, p.1; Karamanian, Susan L., “Overstating the “Americanization” of International Arbitration: Lessons from ICSID, 19 Ohio St. J. Disp. Resol. 5, (2003).

El actual escenario es de apoyo internacional y crecimiento del arbitraje comercial internacional. La ratificación de la Convención de Nueva York, Sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros por más de 140 países, aunado a la adopción de la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL por más de 40 países, y las crisis y dificultades por las que atraviesan los poderes judiciales de un alto número de Estados, ha ocasionado un importante incremento en el uso del mismo.<sup>7 8</sup>

Cabe recordar que en general en Latinoamérica, la aceptación reciente y aún parcial del arbitraje internacional proviene de un antecedente de resistencia política: la Cláusula Calvo.<sup>9</sup> Una autora ha señalado que en América Latina “lentamente ha venido desapareciendo hostilidad hacia el arbitraje comercial internacional”.<sup>10</sup>

Por su naturaleza, el arbitraje comercial internacional reúne a árbitros, litigantes, testigos, peritos y abogados de muchas partes distintas del globo terráqueo. Señalan Redfern y Hunter que se trata de “un crisol (*melting pot*) de culturas y tradiciones económicas, legales y sociales”.<sup>11</sup> En lo personal, el autor ve semejanzas con un noviazgo de dos sistemas legales que se dirigen a un matrimonio de conveniencia. La atmósfera es de “quiero conocerte”, dudas, altanerías, nieblas

---

<sup>7</sup> Podría adicionarse, fuera del ámbito estricto del comercio internacional, el incremento e influencia creciente del sistema de arbitraje internacional para resolver los conflictos surgidos entre inversionistas y Estados (e inclusive entre Estado y Estado) en diversos tratados internacionales. Destaca la Convención Sobre el Arreglo de Diferencias Entre Estados y Nacionales de Otros Estados adoptada en Washington el 14 de octubre de 1966, que creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o ICSID, por abreviatura en inglés). Posteriormente se emitieron las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI.

<sup>8</sup> Sobre el incremento del uso del arbitraje comercial internacional, ver: Helmer, Elena “International Commercial Arbitration: Americanized, ‘Civilized’ or ‘Harmonized’”, 19 Ohio St. J. Disp. Resol., 35, 38 (2003), citando cifras de la CCI, AAA y London Court of International Arbitration que muestran que hay un incremento definitivo; Drahozal, Christopher R, “Competing and Complementary Rule Systems: Civil Procedure and ADR: Contracting out of National Law: An Empirical Look at the New Law Merchant,” 890 Notre Dame L. Rev. 523. 539 (2005), citando cifras de la CCI.

<sup>9</sup> Por ejemplo en México, fue apenas en 1993 cuando se reformó la ley arbitral para conformarse con la mayoría del mundo desarrollado y se adoptó una ley basada en los lineamientos de la Ley Modelo de la CNUDMI.

<sup>10</sup> Pair, Laura M., “Cross-Cultural Arbitration: Do the Differences Between Cultures Still Influence International Commercial Arbitration Despite Harmonization?”, 9 ILSA J. Int’l & Comp. L. 57, 70 (2002).

<sup>11</sup> Redfern, Alan y Hunter, Martin, “Law and Practice of International Commercial Arbitration”, 3rd ed., Sweet and Maxwell, London (1999), p. v (Prefacio).

y cielo azul, en el que coexisten el señuelo y la seducción, junto al reclamo y el desagrado. Los novios ya maduros, desean y desconfían del matrimonio y la cohabitación, que saben inevitable.

La fuerza de la realidad indica, que el comercio requiere y desea el arbitraje comercial internacional; que ya existe un sistema óseo que le da cimientos y estructura; que en dicho arbitraje, participan abogados de parte y árbitros (e inclusive se rinden opiniones de expertos) de diferentes sistemas legales, que se ven obligados a subir a un mismo escenario como parte de un mecanismo que intenta darle pronta y expedita solución a un conflicto. Frente a ello, el foro internacional y sus expertos estamos obligados a sacar la lupa, observar y estudiar la problemática, para ayudar en lo posible a mejorar el proceso. Lo primero será identificar las dificultades y logogrifos, lo segundo buscar su solución.

El arbitraje internacional esta (i) influenciado por los sistemas civilista y de *common law*, (ii) regido por las reglas específicas del arbitraje en cuestión, por lo general provenientes de la institución administradora designada por las partes, las que con frecuencia varían en cada caso y (iii) caracterizado por la facultad que frecuentemente se otorga a los árbitros de dirigir el procedimiento arbitral e inclusive determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas. Dentro del escenario actual, de un mundo en estado de transición y crítica hacia y contra la globalización y por ende en estado de mutación, el tema llama la atención y mete ruido, mucho ruido.

La experiencia apunta al hecho de que los litigantes del *common law*, acostumbrados al sistema adversarial, oral, de inmediatez a las pruebas y de argumentación de cara a los jueces, son mayormente designados -por las partes e instituciones administradoras- ya que este sistema es el que prefieren los tribunales arbitrales comerciales internacionales. Habrá que ver que acontece a futuro, ya que bien reza el refrán latino: *paupertas sapientiam sortita est* (el hambre despierta el ingenio) y los litigantes del sistema de derecho civil empiezan ya a incorporarse, con algunos ejemplos actuales de indiscutible valía.

A continuación se concentra la atención en aspectos fundamentales que reflejan este enfrentamiento de culturas: (i) la diversa “actitud litigiosa” de los juristas de ambos sistemas; (ii) la repercusión del uso generalizado del idioma inglés; y (iii) la cultura legal. Para concluir, se hará referencia a vuelo de pájaro, a dos prácticas que están influenciando fuertemente al arbitraje internacional: el *discovery*, el *cross-examination* y una mención aún más breve a la argumentación

oral, mismas que han sido descritas y analizadas a últimas fechas por diversos artículos, por lo que no se encuentra razón de insistir en su estudio.<sup>12</sup>

Una advertencia: las dos culturas legales e idiosincrásicas a las que hace referencia este artículo, comparan principalmente las culturas de México y los Estados Unidos de América; sin embargo, también reflejan la experiencia del autor en la procuración de justicia en diversos países latinoamericanos.

## II. ASPECTOS FUNDAMENTALES

### a. Diversa “Actitud Litigiosa”.

El concepto de “juicio” (*trial*) es diferente en la concepción de los civilistas a la de de los practicantes bajo el sistema del *common law*. Para los primeros, el inicio del proceso es igual al inicio del juicio. Proceso y juicio son lo mismo. Estar sujeto a juicio es lo mismo que estar sujeto a proceso.<sup>13</sup> Resulta sintomática la siguiente tesis de la Suprema Corte de Justicia de México: “...por juicio, para efectos del amparo, debe entenderse el procedimiento contencioso desde que se inicia en cualquier forma, hasta que queda ejecutada la sentencia definitiva.”<sup>14</sup>

La confusión de los conceptos se refleja en el hecho de que varias leyes procesales españolas se han llamado leyes “de enjuiciamiento”. La doctrina civilista ha mencionado que el término “juicio” procede de la lógica, como “ciencia del razonar y del pensar”; y que el juicio es un “mecanismo del pensamiento” que se acentúa en el momento de dictar sentencia.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Como ejemplo se señalan: Rubinstein, Javier H., “International Commercial Arbitration: Reflections at the Crossroads of the Common Law and Civil Law Traditions,” 5 Chi. J. Int’L. 303, 304 (verano 2004); y Kauffman-Kohler, Gabrielle, “Globalization of Arbitral Procedure,” 36 Vand. J. Transnat’l L 1313, 1327-1328 (octubre 2003).

<sup>13</sup> Bernardo Cremades señala: “*In the civil systems, there is not trial as such....*” (en los sistemas civiles no existe juicio como tal). *Supra*, nota 4.

<sup>14</sup> Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917.1985, Cuarta Parte, Tercera Sala, Tesis No. 168, p. 508. Señala Francisco José Contreras Vaca: “... en la doctrina y legislación mexicana el término *juicio* se utiliza como sinónimo de proceso, siendo más frecuente la primera expresión.” Contreras Vaca, Francisco José, Derecho Procesal Civil, Vol. 1, Oxford University Press, México, (1999), p.2.

<sup>15</sup> Gómez Lara, Cipriano, Derecho Procesal Civil, Sexta Edición, Oxford University Press, México, 1998, p.2.

Para el litigante del *common law*, la demanda inicia “el proceso”, pero “el juicio” se lleva a cabo en una audiencia única para lo cual se fija hora y día específico. Lo que antecede al juicio se hace en preparación del mismo. Esta es una diferencia notable, fundamental y poco explorada, que lleva a las partes contendientes a tener una *actitud* diversa y “la actitud es todo”, reza la vieja conseja popular.<sup>16</sup>

En el sistema de derecho civil la decisión de demandar es compleja. Requiere fijar la estrategia a seguirse (la que no es extraño que se siga por diferentes vías), la preparación de largos escritos, obtención de evidencia, cumplimiento de formalidades y en muchas ocasiones estudio jurídico de violaciones de ley y contractuales y análisis de decisiones judiciales aplicables. El demandante debe estar preparado a pagar a su abogado un honorario inicial elevado.

Aunque en el sistema del *common law* también se lleva a cabo parte de esta labor, el trabajo antes de la presentación de la demanda es considerablemente más sencillo, en virtud de que el escrito inicial de demanda sólo se refiere someramente a los hechos y cierta argumentación, sin que se haga referencia a pruebas, aspectos de derecho, jurisdicción e indemnización. No es extraño que una demanda consista de dos a tres páginas. Las pruebas se presentan al juez a lo largo del proceso, culminando en el juicio (o audiencia principal frente al jurado).<sup>17</sup> El demandante no sabe si el juez aceptará o rechazará su acción o si le fijará día y hora para que se celebre el juicio.

Obviamente, en ambos sistemas, las partes pueden y frecuentemente llegan a una transacción, pero en el sistema civilista, después de presentada la demanda, el arreglo es dentro del juicio, mientras que en el sistema del *common law*, puede afirmarse que la demanda es en cierta medida una amenaza a juicio.

La situación es diferente en la mentalidad y por ende en la *actitud* de los abogados de uno y otro sistema. A continuación se listan algunas de las diferencias torales:

---

<sup>16</sup> Cabe destacar que (i) para la doctrina procesal civilista, el sistema es “contencioso” porque se trata de un proceso “...de personas que sostienen pretensiones opuestas o diferentes y entre ellas se produce una especie de [sic] lucha judicial...”. Nótese que no se usa el término “adversarial” usado comúnmente por los anglosajones, que denota mayor enfrentamiento. También se destaca (ii) la diferencia entre *proceso* y *litigio*. Esto lo señala Humberto Briseño Sierra al establecer que existen procesos donde no se da el litigio, como es el caso del divorcio por mutuo consentimiento. Briseño Sierra, Humberto, *Derecho Procesal*, Vol. I, Oxford University Press, México, (1999), p. 430. También ver: Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, Novena Edición, Oxford University Press, México, 2001, p.p. 8 y 9.

<sup>17</sup> En el derecho procesal estadounidense, ver, por ejemplo, Federal Rules of Civil Procedure (Fed. R. Civ. P.), Rule 8(a).

1. **Uno** (el litigante de derecho civil) ya demandó, con frecuencia ya ofreció las pruebas, es decir, ya se subió al escenario y esta en la pelea;

En tanto **el otro**, apenas empieza a prepararse para el juicio, a sabiendas que esta preparación no es inusual que tome un año o más.

2. Para **uno**, la controversia dura varios años y por supuesto su actitud agresiva y controversial no puede mantenerse igual a lo largo de este tiempo.

El **Otro**, que va a subir al escenario por unas cuantas horas, días o semanas intensamente enfocadas (el *trial*), se prepara e intenta mantener y hasta aumentar su actitud controversial.

3. Para **uno**, el proceso significa no perder términos para presentación de documentos o para ventilar audiencias (de las varias que toma el “juicio”) y estar al pendiente del expediente;

En tanto que **el otro** sale a la búsqueda de información que no sabe si fortalecerá o debilitará su caso, sin preocuparse del expediente.

4. El **uno** anticipa en sus escritos sus argumentos y pruebas y estas últimas no se las enseña a la contraparte, aunque su mero ofrecimiento da oportunidad a la contraparte, para oponerse (en razón del manejo común del expediente y de los acuerdos del juez). No le permite acceso a la contraparte a sus documentos y testigos.

En tanto el **otro** va conociendo las pruebas paulatinamente, conforme se prepara para el juicio y esta obligado a proporcionárselas a la otra parte y darle acceso a sus testigos.

5. Por ende, para **uno** es un proceso de sorpresas dado su desconocimiento de las pruebas de la contraria, como es el hecho de lo que habrá de contestar un testigo frente al interrogatorio;

En tanto que el **otro** conoce con anticipación el ofrecimiento de las pruebas de su contraparte, ha interrogado a los testigos de la contraria e inclusive ambas han fijado su desahogo con vista y aprobación judicial. Puede surgir la sorpresa pero este elemento está reducido.

6. La diferencia llega al grado de que para **uno**, obligarlo a enseñar documentación y permitir el interrogatorio de sus testigos puede considerarse contrario al principio del “debido proceso”, ya que va en contra del principio

general que señala: “...el que afirma un hecho en que funde su pretensión está obligado a probarlo ....el que afirme un hecho en que funde su resistencia, asimismo ha de probar tal hecho... el que niega no esta obligado a probar su negación”.<sup>18, 19</sup>

En tanto que para **otro** no permitirle este acceso a la información previa al juicio, también constituye una violación al “debido proceso” ya que le impide preparar adecuadamente la defensa.

A la diferente actitud de los litigantes habría que agregar la diferente actitud de los jueces, ya que en el sistema del *common law*, el juicio lo conducen las partes frente al juez réferi y el jurado decisorio de hechos. Así es, porque las partes y sus abogados se han preparado durante meses, levantando sus pruebas y argumentos para “hacer su caso” (*make their case*) y llevarlo, frente a un jurado; en tanto que en el sistema civilista, el juez interviene constantemente con “acuerdos” - contestaciones escritas del juez- cada vez que una parte presenta un escrito. Éstos van integrando el expediente, del que puede afirmarse que es la barriga o vientre sagrado del juicio.

Un juez civilista sin expediente es un letrado en el vacío. Un juez del *common law* sin expediente puede “impartir justicia” o mejor dicho “dirigir la contienda”. La razón es histórica y a cargo de Enrique II de Inglaterra (1133-1189), que deseoso de que sus tribunales reales conocieran en exclusividad cuestiones de propiedad, ideó nombrar jueces peregrinos (*justices in eyre*) que deambulaban de pueblo en pueblo, instruyendo el derecho aplicable a jurados de terratenientes locales que decidían las controversias (lográndose de paso fortalecer su lealtad a la corona).<sup>20</sup> Lo que se pretendió y obtuvo fue que estos jurados escucharan a las partes y testigos y resolvieran. Esto se hizo en un proceso oral y en una sola audiencia, ya que el juez requería terminar los casos antes de partir a la siguiente comunidad. El litigante surgió con posterioridad y como resultado de la necesidad de

---

<sup>18</sup> Gómez Lara, Cipriano, *supra*, nota 13, p.p. 107 y 108. Las excepciones a este principio son reducidas principalmente a cuando la negación envuelva la afirmación de un hecho o cuando la negativa fuere elemento constitutivo de la acción. Id.

<sup>19</sup> Este principio lo adopta el Art.19 de la International Arbitration Rules de la American Arbitration Association; sin embargo, en su párrafo (3) da al tribunal arbitral la facultad de discrecionalmente ordenar *discovery*. El Art. 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en México, prevé la posibilidad de que el juez supla la actuación probatoria deficiente de cualquiera de las partes, lo que se ha conocido como la *prueba para mejor proveer*: Esta actuación es de uso poco frecuente.

<sup>20</sup> Nótese que actualmente ha cambiado la postura para elegir el jurado, ya que entonces los jurados de terratenientes locales conocían de cerca la controversia, a diferencia del requerimiento de hoy día, en el sentido de que para efectos de lograr independencia e imparcialidad, el jurado no debe tener cercanía a las partes o la controversia.

estar representado por persona capaz y con conocimiento. El juez actuó y sigue actuando como árbitro que controla los excesos de las partes, razón por la que los jueces del *common law* eran y continúan siendo pasivos.

La postura de los jueces del *common law* valdría analizarse a mayor detalle. Respecto a ellos, el Profesor Furnish señala: “El juez no busca la verdad y la justicia, sino un proceso idóneo para resolver la controversia.... el juez sólo va a donde los abogados lo llevan.... [y].... cobra fuerza plena cuando se trata de cuestiones de derecho durante el proceso. Aún más, le toca al juez informar la resolución y redactar la sentencia...”.<sup>21</sup>

En este escenario se practica desde hace algunas décadas (pocas a la luz del desarrollo del derecho procesal comercial), el arbitraje comercial internacional, que como se ha dicho, ha tenido últimamente un crecimiento exponencial. Dentro del mismo, destacan muchos aspectos positivos.

Cabe comentar el hecho que se ha venido presentando, consistente en la designación de árbitros dentro de un “pool” reducido de conocedores confiables - tanto por su credibilidad, habilidad y conocimiento, como por su honestidad, autonomía e imparcialidad. Esto ha sido así, debido en buena parte a la necesidad de que los litigantes y los árbitros sean personas conocedoras y experimentadas del y en materia arbitral; sin embargo, ante el crecimiento del número de arbitrajes, la expansión de áreas arbitrables (materia de otro artículo) y el conflicto de interés que surge con relativa facilidad, en la medida en que el grupo de expertos sea reducido, la comunidad internacional ha tomado pasos para entrenar y formar árbitros comerciales internacionales.

## **b. El Idioma.**

El idioma es el elemento más importante de la cultura. Es lo que hace posible la vida en sociedad, lo que nos permite comunicarnos “...nos relacionamos con el mundo a través del lenguaje que permite la formulación de los conceptos que, al referirse a las cosas, hacen posible tanto el pensamiento como la comunicación acerca de la misma cultura...”.<sup>22</sup> En este sentido, resulta total el idioma que en la

---

<sup>21</sup> Ver: Furnish, Dale, La Creación, el Uso y el Efecto de las Resoluciones Judiciales en los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América: un Análisis Comparativo, El Foro, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., Décimo Tercera Época, Tomo XVI, No. 1, México (2003), p.p.195-196. La lectura de este artículo es altamente recomendable.

<sup>22</sup> Beristáin, Helena, Retórica y Poética, Editorial Porrúa, S.A., Octava Edición, (1997), p. 127.

mayoría de los casos se viene utilizando en el proceso del arbitraje comercial internacional.

En el arbitraje, el idioma que se utiliza es de alto nivel. No se trata de tener conocimientos elementales para darse a entender como un turista, sino por el contrario, manejar un amplio vocabulario (que inclusive demanda “slang” o giros idiomáticos), hacerlo con soltura argumentativa, al tiempo de entender perfectamente la postura de la contraparte, árbitros y testigos e inclusive poder expresarse sin graves problemas de pronunciación. Quien usa su lenguaje de origen y en muchos casos lenguaje único y materno, tiene una ventaja sobre aquel que lo ha aprendido como segundo idioma.

Por diversas razones que aquí no se pretenden agotar, el idioma más común en los arbitrajes comerciales internacionales es el inglés, el que sin duda es el idioma generalizado en el mundo entero en el área de los negocios. Mucho se debe a la influencia y uso constante por parte de inversionistas originarios de países con dicho idioma. También destaca el hecho de que la mayoría de los abogados de parte y los grandes despachos internacionales donde ellos laboran, provienen de estos países. Quienes tal idioma hablan, por regla general pertenecen al sistema del *common law*. No es la intención desconocer el hecho del uso frecuente de otros idiomas como el francés, el alemán y el español en importantes arbitrajes comerciales internacionales, sobre todo en aquellos administrados por la CCI, sin embargo, el idioma que prevalece en arbitrajes que se originan en el Continente Americano y en Asia se llevan a cabo en su mayoría en idioma inglés. Con sólo asomarse a la doctrina y artículos en arbitraje comercial internacional, basta para darse cuenta de que la mayoría de los autores provienen de países de habla inglesa y que inclusive, aquellos que no tienen al inglés como idioma materno, también escriben en inglés.

Según estadísticas de la propia CCI, de los laudos emitidos en 2003 por esta organización, 73% fueron escritos en inglés, 15% en francés, 7% en español, 4% en alemán y los demás entre italiano, polaco, portugués y ruso.<sup>23</sup> Además, el peso relativo del inglés se demuestra por el hecho de que de los 964 árbitros que prestaron servicios a la CCI en el año 2002, 322 provinieron de países de habla inglesa, mientras 73 provinieron de países de habla hispana (una tercera parte de México).<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Según estimaciones proporcionadas electrónicamente por la división de Documentation & Research de la CCI Corte Internacional de Arbitraje.

<sup>24</sup> ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol. 14/No. 1 (Spring 2003), p. 12.

Si bien, el arbitraje tiene un largo historial y puede decirse que es de las primeras formas de solución de conflictos desde que el hombre habita en civilización, su operación a través de una institución administradora sujeta a un reglamento especial, tiene mayor raigambre en los países donde campea el *common-law*. La London Court for International Arbitration tiene 105 años de existencia, en tanto que en países de habla hispana, la presencia del arbitraje con características institucionales administradoras surgió hasta hace unas cuantas décadas. La CCI en París, tiene un poco más de 80 años.

Además de las razones históricas, debe agregarse que hoy en día las partes en conflicto eligen para representarlos por lo general, a abogados de habla inglesa, acostumbrados al sistema controversial del *common-law*; además, nombran árbitros que entienden este sistema controversial, razón adicional para preferir abogados no civilistas. El caso se agrava por el hecho de que los árbitros designados, con frecuencia eligen al presidente del tribunal, depositando por lo general su confianza en personas calificadas por instituciones académicas de países angloparlantes, con publicaciones en idioma inglés y por ende, con mayores posibilidades de ser conocidos entre profesionistas del *common-law*.

Habría que añadir el uso del inglés, por *default*, es decir como segundo idioma prácticamente natural en muchos casos, por ejemplo, en conflictos entre nacionales asiáticos, holandeses, alemanes, etc.<sup>25</sup>, inclusive “cuando un ingeniero japonés quiere hablar con un ingeniero mexicano, usualmente usan el inglés”.<sup>26</sup>

Se destaca entonces la desventaja del abogado civilista, que para poder litigar en la mayoría de los casos de arbitraje comercial internacional, lo debe hacer conforme a un procedimiento adversarial al que no fue preparado en su escuela de derecho; y en un idioma que no es el materno. Que el abogado de derecho civil, cuyo idioma por lo general es otro que el inglés y que estudió la carrera en otro idioma, se encuentra ante la necesidad de litigar, no sólo con el cuidado enorme de entender el alegato de la contraparte y las instrucciones de los árbitros, sino además alegar con soltura y de manera oral en un idioma que le viene por aprendizaje. El uso de términos prácticamente imposibles de traducir como: “*deposition*”,

---

<sup>25</sup> Si bien hay muchos ejemplos de la adopción del inglés como el idioma por *default*, un ejemplo bastará: En el caso de *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. v. República de Argentina*, 40 I.L.M. 426. El demandante fue una sociedad francesa y la demandada argentina. No obstante que el contrato en disputa se escribió en español, las partes acordaron llevar a cabo el procedimiento en inglés.

<sup>26</sup> Martin, Andy, “Language Travel: Who Owns the English Language?”, *American language Review*, March/April (2000), Vol. 4, No. 2, disponible en [www.languagemagazine.com](http://www.languagemagazine.com)

“privity” o “privy”, “remedies”, “amicus brief” y hasta “cross-examination”, es otro grado de dificultad.<sup>27</sup>

Como una autora ha expresado, “Como una parlante no-nativa, estoy consciente de mi inhabilidad con respecto a la precisión... obviamente tengo cierta envidia hacia los nativos cuya competencia en su idioma materno es, o por lo menos parece ser perfecto en todas las ocasiones; y quienes pueden responder con mayor espontaneidad y con la elección correcta de vocabulario, expresiones, actitudes y tonos ... aunque a veces pronuncie como un parlante nativa... jamás perderé cierta ansiedad o renuencia cuando trato con alguna gente o hablo de ciertos temas... frecuentemente no tengo la respuesta correcta, rápida y tan convincente, como la tiene un nativo”.<sup>28</sup>

¿Será entonces necesario que las escuelas de derecho en países como México, Chile y Argentina empiecen a educar alumnos en el proceso controversial y a alegar y abogar en general en idioma inglés? La necesidad está presente, ya que el uso generalizado del arbitraje comercial internacional es un hecho, que forma parte de la globalización y del comercio actual.

Obviamente no todos los estudiantes quieren o pueden estudiar y trabajar en el extranjero. ¿Resulta entonces conveniente propugnar por que los tribunales arbitrales usen otros idiomas diferentes al inglés?, ¿Por tratar de evitar tribunales arbitrales con cultura e idiomas mixtos? O por el contrario, ¿no tomar acción alguna al respecto y dejar que la práctica arroje paulatinamente las respuestas? Aunque en general el autor de este ensayo se inclina por esta última postura, se considera que debe haber una respuesta en la educación y entrenamiento por parte de las universidades de ambos sistemas, que facilite la integración y globalización de procedimientos, sistemas y soluciones. A este fin deben también contribuir las barras y asociaciones profesionales, las instituciones administradoras de arbitraje, los comerciantes en su calidad de usuarios interesados e inclusive los Estados que han adoptado como política económica la economía de mercado.

### **c. La Cultura Legal.**

---

<sup>27</sup> Aunque este aspecto no es procesal sino sustantivo, habría que agregar la preparación jurídica que se requiere en el sistema del *common law*, para entender que “sale” no es “venta” o “compraventa”, como lo entiende el derecho civil; y que habrá que dirigirse, por ejemplo, en los EUA al estudio del Art. 2 del Uniform Commercial Code, para saber lo que ahí se entiende por “sale”.

<sup>28</sup> Stephan, Silvia, “What Makes Me, as a Very Advanced Speaker, Feel ‘Different? from a Native”, *Humanizing Language Teaching*, Year 3, Issue 5, September 2001, disponible en [www.hltmag.co.uk](http://www.hltmag.co.uk). Traducción del autor.

En su definición amplia, la cultura nos provee un sentido de seguridad sobre quienes somos, donde pertenecemos, como debemos comportarnos y que debemos de hacer.<sup>29</sup> Cuando estamos frente a quien no reúne o entiende estas “seguridades”, es decir, que no responde ante los mismos códigos y señales de conducta, se da el extrañamiento y la inseguridad. Al resolver estas inseguridades surge tierra conocida y confort, pero para resolverlas se requiere del conocimiento de las “seguridades” propias de la cultura de quien nos es y le somos extraños, y el hecho de que la podamos aceptar sin dañar nuestros códigos de conducta. Para ello se recurre a la traducción o interpretación.

Lograr la traducción de los aspectos “técnicos” de cada cultura es relativamente sencillo. Un ejemplo de ello son las reglas procedimentales de ambos sistemas, pero otros aspectos son más difíciles y hasta oscuros de descubrir. Ejemplos básicos en la práctica del litigio serían, por un lado, el uso de lenguaje mordaz e insultante, que es común en los escritos de los litigantes en México y, por el otro, la agresividad hacía testigos, que es un elemento relevante en el litigio estadounidense.

El arbitraje comercial internacional da lugar a asperezas procesales, que aunque en la superficie parecen ser disputas técnicas, en el fondo representan certezas culturales en conflicto. Tal es el caso del uso de la práctica “formalista” propia de muchos sistemas procesales civilistas con el propósito de obstaculizar el uso del arbitraje. A continuación se hace mención a algunos ejemplos:

### **1. Presunción de validez frente a la resistencia a cumplir o ejecutar laudos arbitrales.**

En los países con experiencia en el uso del arbitraje, la costumbre es aceptar y cumplir el laudo arbitral desfavorable y sólo en casos excepcionales recurrir a la apelación. La idea de que es más práctico cumplir con un orden jurídico o cuasi-jurídico, que no hacerlo, esta inmersa en la cultura forense. En materia arbitral, los criterios judiciales para anular (parcial o íntegramente) un laudo arbitral, son muy estrictos, al grado de que es casi imposible ganar una apelación en contra de un laudo arbitral.<sup>30</sup> Aquí cabe cierta crítica, aunque ligera, en el sentido de

---

<sup>29</sup> Harris, Phillip y Moran, Robert, “Managing Cultural Differences,” 5<sup>th</sup> ed., Elsevier Science, Burlington, Mass. (2000), p. 4.

<sup>30</sup> Existen diferencias entre países con sistemas de *common law*: en los Estados Unidos de América y Canadá, es particularmente difícil lograr que un juez invalide a un laudo arbitral, mientras que en Australia y Nueva Zelanda, tales fallos son más usuales. En los países de la Unión Europea también la tendencia es la de confirmar el laudo.

que no se desea se puede llegar al extremo de darle validez a laudos que de otra manera serían nulificados por la judicatura.

México en cambio, está marcado por la fuerte resistencia al cumplimiento de laudos arbitrales comerciales desfavorables. Se usan formas judiciales (incluyendo demandas civiles, mercantiles y hasta penales, sin fundamento y con propósitos de “dar molestia”, lo que se practica contra funcionarios de empresas parte, contra litigantes de la contraparte e inclusive contra los árbitros), así como extra-judiciales para evitar su cumplimiento. El largo proceso de repetidos amparos y recursos de revisión demora de manera significativa el beneficio del laudo favorable, socavando el objetivo del arbitraje del impartir justicia pronta y eficiente. La práctica de simplemente no hacer caso al laudo es también altamente nociva, aún cuando sea reconocido y “ejecutado” por los tribunales judiciales. Este fenómeno incluye el ocultamiento de bienes.

## **2. Atenerse o no a las reglas.**

Debido a la falta de sanción adecuada (*nula lege sine pene*) al perjurio, a la simulación de testigos y demás intentos ilícitos de evadir la justicia en diversos países latinoamericanos, el procedimiento de procuración de justicia se convierte en una lucha en la que se premia la trampa y la marrullería del litigante, como si fuere algo deseable en el abogado, al grado que causa la admiración de los jóvenes que apenas se inician en la práctica profesional.

Como tal práctica es previsible, los contendientes en el conflicto judicial se aprestan a tomar la delantera, con sorprendente ingenio y creatividad, lo que acarrea la necesidad en el usuario de servicios legales, de estar representado por litigantes “mañosos” cuyos conocimientos jurídicos importan, pero sólo como un elemento de relevancia secundaria.

Habría que agregar la cultura latinoamericana que puede calificarse como de menor respeto a los jueces y a los poderes judiciales en general, cuyas causas no son materia de este artículo.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Ver: Furnish, Dale, Id. nota 18, p. 187; Zepeda Lecuona, Guillermo. Crimen sin castigo. Procuración de Justicia Penal y Ministerio Público en México. Fondo de Cultura Económica (2004); y Reforma Judicial en América Latina: una Tarea Inconclusa, Fuentes Hernández, Alfredo (editor), Corporación Excelencia en la Justicia, Colombia, (1999).

Lo antes mencionado, es especialmente cierto en países como México, donde la profesión legal no está colegiada y por ende, de hecho, no existe un control ético de su ejercicio.

La consecuencia de lo dicho ocasiona que el litigio basado en cláusula compromisoria o pacto arbitral, contemplado en sus dos fases, la inicial del procedimiento propiamente arbitral y la segunda representada por el procedimiento judicial, que puede surgir con motivo de la solicitud de nulidad y del reconocimiento y ejecución de los laudos, presenta las siguientes características culturales, que salvo excepciones, pueden genéricamente identificarse como sigue:

1ª Fase. Litigio arbitral. La representación legal se comparte entre (i) abogados de extracción corporativa y mercantil, que además de continuar prestando servicios en dichas áreas, se dedican al arbitraje. Son por lo general profesionistas de prestigio con alto nivel de comportamiento ético; y (ii) abogados que ejercen su actividad en el litigio judicial; y

2ª Fase. Litigio judicial. A cargo de abogados que ejercen la profesión con la marrullería a la que antes se hizo mención.

Cabe agregar, que es distintivo genérico del abogado de litigio judicial latinoamericano intentar “hacer todo lo que pueda” para defender los intereses de su cliente, lo que lo lleva a jamás admitir la derrota, ni siquiera ante él o ella. Perder un juicio es mal visto ante los ojos de otros y los propios. Podría decirse que en Latinoamérica, no existen abogados litigantes que pierdan juicios.

“Hacer todo lo que se pueda para el cliente”, acarrea en buena medida la cultura de intentar actos ilícitos y extrajudiciales de diversa naturaleza, que de alguna manera se justifican por la dilapidante aseveración de lealtad al cliente. A los ojos de países con poderes judiciales fortalecidos y sana procuración y administración de justicia, intentar “todo lo que se pueda para el cliente”, es inmoral y corrupto.

### **3. El riesgo de ser árbitro.**

En algunos países con poderes judiciales débiles y legislación carente de apoyo a los árbitros, ha surgido la práctica aberrante de demandar civil y hasta penalmente a los árbitros, no sólo después de que emiten el laudo, sino inclusive durante el procedimiento arbitral, como un instrumento de defensa de la parte perdedora o de la que anticipa perder. En México, esto está ha venido a perjudicar al incipiente foro dedicado al arbitraje

doméstico, provocando que los abogados, ingenieros y otros profesionistas que podrían servir como árbitros, no acepten el cargo, por no estar dispuestos a asumir el riesgo que implica.

### III. PRÁCTICAS PROCESALES ARBITRALES DE ENFRENTAMIENTO CULTURAL

Independientemente de que resulta sorprendente para el litigante del sistema de derecho civil latinoamericano, tener que someterse a largas audiencias que implican la oralidad más allá de lo que está acostumbrado, se pueden distinguir dos actuaciones procesales en el arbitraje comercial internacional, que con frecuencia surgen con la participación de litigantes y árbitros provenientes de los dos sistemas legales a los que se ha venido aludiendo, y que enfrentan a las dos culturas. Estas son:

1.- El *discovery*; y

2.- El *cross-examination*.

El *discovery* es una etapa del proceso que consiste en obtener información verbal (*depositions*) e información escrita (*document production, interrogatories y depositions on written questions*), con el propósito de preparar el juicio (que habrá de iniciarse en día y hora predeterminados).

Las *depositions* consisten en largos y detallados interrogatorios que se les hacen a personas relacionadas con el caso; dependiendo del criterio del abogado que la realiza, estas personas pueden ser presentadas como testigos en juicio. El objetivo es el de obtener (o “descubrir”) información que puede servirle a quien hace el interrogatorio, al momento del juicio. Estas *depositions* también se les hacen a los peritos (*expert witness*). Si bien se hacen bajo declaración jurada y por lo general ante un estenógrafo (por lo general llamado *court reporter*, que transcribe la contestación exacta a cada pregunta), el acto no consiste en el desahogo de la prueba, pero lo que se conteste (a las preguntas ahí formuladas), puede ofrecerse como prueba al momento del juicio. Muchas veces se usa para realizar tachas (entendidas éstas como circunstancias particulares de un testigo que le restan valor probatorio a su dicho, tales como la amistad, relación laboral, enemistad, etc., que pueda tener con las partes) en contra de un testigo de la contraparte. Es una manera

en la que el litigante toma conocimiento de un hecho que lo lleva a investigar y a integrar la preparación de su caso antes de ventilarlo en el juicio.<sup>32</sup>

En virtud de que por lo general, en el proceso bajo el sistema de derecho civil se ofrecen las pruebas desde la demanda y a los testigos y peritos se les interroga en diferentes audiencias ante funcionarios de los tribunales o el propio juez que conoce el caso (aunque es excepcional que el juez este presente), el *deposition* resulta inadmisibile.

El *discovery* de documentación, o “*document production*”, entendido como el “descubrimiento” de documentos bajo la posesión o control de una parte, a solicitud de su contraparte, igual que las *depositions*, también se hace en preparación al juicio. Se refiere al derecho que cada parte tiene para obtener los documentos, testimonios y otras pruebas relevantes a la disputa.<sup>33</sup> En virtud de la dificultad de identificar lo que se desconoce, en la práctica se le conoce como un *fishing expedition* (“expedición de pesca” o “salir a pescar”).

Resulta sorprendente y hasta y en cierto grado inverosímil, que en tanto para el *common law* en los EUA, el *discovery* es considerado como una de las herramientas más útil para llevar a cabo la resolución de las disputas, en el sistema procesal de derecho civil, tal herramienta prácticamente no existe. Javier Rubinstein dramatiza la postura de los litigantes civilistas al indicar que es “... difícil imaginar que se pueda exagerar la angustia, que los abogados y partes fuera de los Estados Unidos sienten, sobre la posibilidad de tener que utilizar el *discovery* estilo... [EUA]”.<sup>34</sup>

Sin pretender un análisis exhaustivo de las diferentes reglas arbitrales, lo que escapa el propósito de este ensayo, se indica que en general las reglas otorgan al tribunal arbitral facultades para determinar “la admisibilidad, pertenencia y valor de las pruebas”<sup>35</sup> Un ejemplo de ello es el Reglamento de Arbitraje de la ICC, Artículo

---

<sup>32</sup> Las reglas que gobiernan a los *depositions* en las cortes federales estadounidenses se encuentran en Fed. R. Civ. P., Rules 27-32.

<sup>33</sup> El Fed. R. Civ. P., Rule 34, señala los lineamientos básicos que rigen este mecanismo en procedimientos federales en EUA, en tanto que otras reglas rigen otras figuras que constituyen la totalidad que es el *discovery* estadounidense. Más importantes aún son las miles de decisiones publicadas (*precedents*) tratando de casi cualquier asunto relacionado con el *discovery*.

<sup>34</sup> Rubinstein, Javier H., “International Commercial Arbitration: Reflections at the Crossroads of the Common Law and Civil Law Traditions,” 5 Chi. J. Int’L. 303, 304 (Summer 2004).

<sup>35</sup> Como se indica, a manera de ejemplo en: el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL, Art. 25, inciso 6, y el Código de Comercio de México, Art. 1435 segundo párrafo.

20(5) que dispone: “En todo momento durante el proceso arbitral, el Tribunal Arbitral podrá requerir a cualquiera de las partes para que aporte pruebas adicionales”; lo que permite al Tribunal Arbitral ordenar la exhibición de documentos, de oficio o a petición de parte.<sup>36</sup>

Las reglas de la International Bar Association Sobre la Obtención de Evidencia en Arbitrajes Comerciales Internacionales son de especial relevancia, por precisamente señalar que tienen como propósito ser aplicadas “en particular en.... [arbitrajes comerciales internacionales].... entre partes de diferentes tradiciones legales”.<sup>37</sup> Conforme a estas reglas, corresponde al Tribunal Arbitral determinar la “admisibilidad, relevancia, *materiality* y peso de las pruebas”.<sup>38</sup>

Éstos lineamientos generales del IBA dan pábulo en buen grado a la interpretación subjetiva, la que se da de conformidad con los antecedentes legales/culturales de los árbitros. En general y salvo acuerdo en contrario de las partes, un tribunal controlado por abogados del derecho civil estará predispuesto a permitir *discovery* de manera reducida y limitada.

El *direct-examination* consiste en el interrogatorio directo y oral de la parte que ofrece al testigo en la audiencia principal (*trial*). El *cross-examination* es el interrogatorio que le hace al mismo testigo, de igual manera, es decir oral y directo el abogado de la otra parte; en el entendido de que un interrogatorio (el *direct-examination*) es inmediatamente seguido por el *cross-examination*. El sistema del *common law* no distingue entre prueba testimonial y confesional, de manera que el *direct-examination* y el *cross-examination* también se practican a las partes demandante y demandada. Se ha dicho que es un elemento toral del sistema anglosajón, “la más grandiosa máquina que se haya inventado para el esclarecimiento de la verdad”.<sup>39</sup>

El “*cross*” demanda de quien interroga la habilidad que sólo da el estudio, entrenamiento escolar y la experiencia, ya que en cierta manera puede decirse que en el “*direct*”, el testigo anticipa las preguntas que le va a realizar la parte que lo

<sup>36</sup> Yves Derains y Eric A. Schwartz, “A Guide to the New ICC Rules of Arbitration,” Kluwer Law International, The Hague (1998), Capítulo 6, que puede consultarse en [www.kluwarbitration.com](http://www.kluwarbitration.com)

<sup>37</sup> Preámbulo, párrafo 1. Son reglas de frecuente consulta por tribunales arbitrales internacionales.

<sup>38</sup> Art. 9, párrafo 1.

<sup>39</sup> Karamanian, Susan L., *supra*, nota 6, p. 11

ofrece. Su relación en este interrogatorio es cómoda y amable y por supuesto, quien ofrece al testigo intentará realzar su credibilidad y capacidades. Lo contrario sucede en el “*cross*”, ya que ni el testigo anticipa el interrogatorio, ni el litigante que hará el interrogatorio puede anticipar lo que sucederá en el “*direct*”. A lo anterior debe agregarse el hecho de que el “*cross*” es un interrogatorio agresivo que en buena medida busca reducir la credibilidad del testigo que requiere de templanza para no confundirse.<sup>40 41</sup>

Baste lo anterior para tomar cuenta de la habilidad, velocidad de pensamiento y presencia que requiere el abogado interrogante. Esto puede atemorizar a los litigantes del sistema de derecho civil, acostumbrados a juicios escritos. No es infrecuente por ello, que los árbitros intervengan para hacer preguntas a los testigos.

Lo común y normal es que los tribunales arbitrales internacionales (y con creciente frecuencia los tribunales arbitrales nacionales) permitan el testimonio oral de varios testigos, también un grado variable del *cross-examination*,<sup>42</sup> o “contra-interrogación oral”.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> “El objetivo del *cross-examination* es desprestigiar a un testigo ante un tribunal por varios métodos, como, por ejemplo, sacando a luz contradicciones e inverosimilitudes en su testimonio previo, sugiriendo dudas al testigo y obteniendo admisiones o concesiones de ello, a través de trampas, así debilitando su testimonio”. “Black’s Law Dictionary,” 7<sup>th</sup> ed., West Group, St. Paul, Minn. (1999), p. 383, traducido por el autor.

<sup>41</sup> En México, el Instituto Mexicano Para la Justicia, A.C., que promueve la mejora en la impartición de justicia en México, ha apoyado la realización de cursos de Litigación Oral. Esta materia debe desarrollarse por universidades y centros educativos. El CIDE en México ha tenido la visión de participar apoyando estos cursos en su área de derecho. Últimamente, en México, también los ha impartido el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

<sup>42</sup> En su estudio de 18 laudos del CIADI publicados entre 1998 y junio del 2003, Susan L. Karamanian averiguó que el *cross-examination* ocurrió en la mayoría (no menos de 6 de 10) de los arbitrajes que llegaron a audiencia (*hearing on the merits*) en donde dos partes participaron. Karamanian, Susan L., supra nota 6, p. 24 y nota 101. Uno de los principales libros de texto sobre el arbitraje internacional explica que, “la mayoría de los árbitros del CCI, no obstante sus orígenes, permiten a los abogados una amplia medida de *cross-examination* respecto a los puntos importantes en la declaración inicial del testigo”. Craig, W. Laurence, et al., “International Chamber of Commerce Arbitration,” 2<sup>nd</sup> ed., Oceana Publications, New York y ICC Publishing, Paris (1990) p. 399. Otras autoridades están de acuerdo en que hay una tendencia hacia la aceptación generalizada del *cross-examination* en los arbitrajes internacionales. Por ejemplo, Lowenfeld, Andreas F., “The Elements of Procedure: Are They Separately Portable?” 45 Am J. Comp. L. 649, 654 (1997).

<sup>43</sup> Cabe mencionar que en algunos países de habla hispana y sistema civilista existe un naciente movimiento hacia procedimientos similares al *cross-examination*. Un ejemplo es la recientemente adoptada Ley de Enjuiciamiento Civil, en España, Arts. 306 y 372.

Como se mencionó anteriormente, muchos lo consideran la prueba más indicada para conocer la verdad. Posiblemente en los adeptos de esta perspectiva se incluiría a los jueces romanos de la época clásica, pues la prueba testimonial oral era favorecida.<sup>44</sup>

Menor relevancia tienen los **alegatos orales** (*oral arguments*), aunque es preciso referirlos como una práctica del *common law*. Éstos consisten en (i) la argumentación inicial que se lleva a cabo ante el juez o en su caso los jurados populares, denominada *opening statements* (o *opening arguments*), en el que básicamente se presenta el caso y lo que se pretende demostrar en el juicio. Es la primera impresión que dan los litigantes (y como bien reza el dicho, para dejar una buena primera impresión, sólo existe una oportunidad). Al final de la audiencia (o juicio *-trial-*) se hacen (ii) los *closing arguments*, momento en el que los litigantes repasan los hechos y el derecho que opera en beneficio de su clientes, al tiempo que se enfatizan y atacan las debilidades de la contraparte. Éstos últimos tienen menor importancia en el caso de que, como es usual en el arbitraje internacional, el tribunal también acepta o solicita alegatos finales escritos, denominados *post-hearing briefs* (escritos posteriores a la audiencia).<sup>45</sup>

#### IV. CONCLUSION

Frente a la realidad (globalización, ventajas del arbitraje, etc.) y ante un mundo competitivo, debe aceptarse que el arbitraje internacional ha llegado para quedarse. Éste, se encuentra en proceso de adaptación y búsqueda de soluciones, frente al hecho de reunir árbitros, litigantes, testigos, peritos y abogados de distintas partes del globo terráqueo, que han sido educados y practican conforme a diferentes sistemas de derecho.

La consecuencia de lo anterior es que este grupo de actores ocurren a solucionar la controversia con una diversa actitud litigiosa, utilizando por regla general el idioma inglés (que no es la lengua materna de muchos) y con el bagaje que carga cada cultura legal, por ejemplo, respecto a (i) la presunción o resistencia a cumplir o ejecutar laudos arbitrales, (ii) sujetarse o no al estricto cumplimiento de las reglas y (iii) demandar a quien o quienes actúen como árbitros.

---

<sup>44</sup> Margadant, Guillermo F., “El Derecho Privado Romano”, 20<sup>a</sup> ed., Editorial Esfinge, S.A. de C.V., Naucalpan, México (1994), p.169.

<sup>45</sup> Es interesante comentar que está figura, común en el arbitraje, no proviene del *common law*, ni de la tradición del derecho civil.

El noviazgo que se está dando entre los sistemas civilista y de *common law*, los está llevando inevitablemente a un matrimonio de conveniencia, razón esta, por la que la identificación de los problemas que surgen y surgirán es de fundamental importancia, ya que ello y su análisis, constituyen la mitad del camino para lograr un matrimonio feliz y duradero.

En opinión del autor, si bien se considera que debe haber una respuesta en la educación y entrenamiento por parte de las universidades de ambos sistemas, que facilite la comprensión y por ende la búsqueda de soluciones; y que en ello deben contribuir la barras profesionales, las instituciones administradoras de arbitraje e inclusive los comerciantes y los Estados, resulta aconsejable dejar que la práctica arroje paulatinamente las respuestas. Éstas serán mejores y de mayor profundidad, en la medida en que los actores en el arbitraje internacional ocurran al escenario con mente abierta y con conocimiento no sólo del sistema legal de la contraparte, sino también de aspectos que ese sistema conlleva, como lo son la cultura legal que lo soporta y la actitud litigiosa.

Los litigantes del sistema de derecho civil deben anticipar y estar atentos a la solicitud que su contraparte, proveniente del *common law*, pueda hacer respecto al *discovery*, el *cross-examination* y la argumentación oral. Su entendimiento es relevante para efectos de anticipar sus consecuencias y la posibilidad de participar en dichas actuaciones (o inclusive ser objeto de ellas, como puede ser el tener que cumplir con una orden procesal de acceso a la documentación que detente su cliente).