

EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS Y SANCIONES EN LAS REGLAS DE LA IBA SOBRE PRÁCTICA DE PRUEBA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL. UN ANÁLISIS CRÍTICO*

Carlo Vittorio Giabardo**

carlovittorio.giabardo@unito.it

Alessandro Vergel Pérez Palma***

avergel@bvb-firma.com

RESUMEN: El presente trabajo tiene el propósito de analizar críticamente el tema de la exhibición de las pruebas documentales en el arbitraje internacional y de las sanciones en caso de su incumplimiento, con específica referencia a las reglas de *soft law* elaboradas por la IBA. Al hacer esto, el análisis se dividirá en dos partes. En la primera parte se abordarán algunos aspectos introductorios

* Si bien todas las argumentaciones del presente artículo deben considerarse producto de la investigación y trabajo conjunto de ambos autores, la primera parte —apartados 1; 2 (2.1., 2.2., 2.3.) y 3— es de autoría de Alessandro Vergel Pérez Palma y la segunda parte —apartados 4, 5, 6, 6.1 y 7— es de autoría de Carlo Vittorio Giabardo.

** Departamento de Derecho, Università degli Studi di Torino (Italia), con habilitación para desempeñar el cargo de profesor asociado. Investigador de la Càtedra de Cultura Jurídica, Universidad de Girona (España). Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la “Associazione Italiana Studiosi della Prova”. Miembro del grupo de investigación Proceso, Derecho y Justicia, PUCP. ORCID: 0000-0002-7993-6762.

*** Abogado por la Universidad Mayor de San Marcos (Lima). Master of Laws (LLM) in International Contracts and Arbitration, Fribourg University (Suiza). Candidato a Magister en Derecho Procesal por la Pontificia Universidad Católica del Perú y adjunto de docencia del curso Teoría del Conflicto y Mecanismos de Solución de la misma Universidad (2023). Miembro del grupo de investigación Proceso, Derecho y Justicia, PUCP. Socio en Barreto – Vergel – Bonilla Dispute Resolution. Árbitro. ORCID: 0000-0003-4785-1200.

y generales de la práctica de la prueba documental en el arbitraje internacional, dentro del marco más amplio de la discusión actual sobre los poderes de *case management* de los árbitros. En la segunda parte se analizará más precisamente la cuestión (tratada desde un punto de vista teórico) de las consecuencias por el incumplimiento del orden de exhibición del documento, criticando, por su naturaleza antiépistémica, la así llamada «inferencia adversa» (*adverse inference*), prevista por el artículo 9(6) de las *Reglas de la IBA* y tratando de conceptualizar esa consecuencia, al menos en ciertos casos, como una sanción en sentido estricto.

PALABRAS CLAVE: prueba y arbitraje internacional, prueba documental, orden de exhibición, inferencia adversa, razonamiento probatorio.

DOCUMENT PRODUCTION AND SANCTIONS IN THE IBA RULES ON THE TAKING OF EVIDENCE IN INTERNATIONAL ARBITRATION. A CRITICAL ANALYSIS

ABSTRACT: This article aims to critically analyze document production and the sanctions for failing to comply with exhibition orders in international arbitration, with a special focus on the soft law rules elaborated by the IBA. In so doing, we will divide our analysis into two parts. In the first one, we will tackle some introductory and general aspects of the taking of documentary evidence in international arbitration, in the framework of the more general and current debate on the case-management powers of arbitrators. In the second one, we will focus more precisely our attention on the theoretical issue of the possible consequences for the failure to comply with the order of exhibit. We will criticize the so-called «adverse inference», established by art. 9(6) of the IBA Rules, due to its anti-epistemic nature, arguing, by contrast, in certain cases, its truly punitive character.

KEYWORDS: evidence in international arbitration, documents, exhibit order, adverse inference, evidence law reasoning.

SUMARIO: PARTE I: 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN.— 2. PRODUCCIÓN DE DOCUMENTOS EN EL ARBITRAJE: REGLAS Y PRÁCTICA: 2.1. La prueba en el arbitraje: algunas cuestiones previas y una breve panorámica. 2.2. La prueba en el arbitraje: la función «integradora» de las reglas *soft law* (con especial énfasis en las *Reglas de la IBA*). 2.3. Orden de producir documentos bajo las *Reglas de la IBA*. 3. *CASE MANAGEMENT*, EFICIENCIA Y ARBITRAJE.— PARTE II: 4. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EXHIBICIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL Y SANCIONES. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA.— 5. LA DEBILIDAD EPISTÉMICA DE LAS INFERENCIAS ADVERSAS. ¿LA OMISIÓN COMO ELEMENTO DE JUICIO?— 6. LA NATURALEZA DE SANCIÓN EN SENTIDO ESTRICTO DE LA «CONSECUENCIA ADVERSA» DE LA REGLA 9(6) IBA (CON UNA PEQUEÑA DIVAGACIÓN DE DERECHO COMPARADO): 6.1. Una especificación.— 7. CONCLUSIÓN. LA «NO EXHIBICIÓN» COMO ELEMENTO DE JUICIO EN CONJUNTO CON OTROS ELEMENTOS QUE APUNTAN HACIA LA MISMA DIRECCIÓN.— BIBLIOGRAFÍA.

PARTE I

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

La *exhibición* o *producción* de documentos en el arbitraje internacional es un tema central tanto desde el punto de vista práctico como teórico. Su problemática se extiende a diversas cuestiones, especialmente vinculadas al derecho probatorio. Así, por ejemplo, se discute sobre la extensión que debe darse a la producción de documentos, que va desde la amplitud del *discovery* o *disclosure* propio de los sistemas anglosajones hasta la limitación a determinados y precisos documentos, que usualmente caracteriza a los países de tradición continental. También se discute la forma en que dicha producción debe realizarse, cuáles son las causales que pueden fundar una oposición y, en general, cuestiones propias del derecho probatorio en el ámbito del arbitraje internacional. Sin embargo, poco se discute sobre la materia en cuestiones que vinculan al *derecho probatorio* en materia arbitral con el *razonamiento probatorio*, como por ejemplo las *inferencias* o las *sanciones* vinculadas a la determinación de hechos, cuando dicho orden de exhibición sea incumplido (sobre la diferenciación entre *inferencia* y *sanción*, véase la parte II).

Es sobre esto último que una de las reglas *soft law* más prestigiosas y aplicadas del mundo, como lo son las *Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional* (2020), contiene una disposición que, a nuestro juicio, resulta claramente problemática, es decir el artículo 9(6)¹:

If a Party fails without satisfactory explanation to produce any Document requested in a Request to Produce to which it has not objected in due time or fails to produce any Document ordered to be produced by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal may infer that such document would be adverse to the interests of that Party.

Es por la relevancia mundial de dicha norma de *soft law* que se elabora el presente trabajo.

Como primer punto, es preciso delimitar el objeto del presente ensayo y las cuestiones previas que resultan necesarias a fin de realizar un estudio sobre el tema.

En su aspecto más general, la producción de documentos es entendida pacíficamente en el ámbito de los arbitrajes internacionales en los siguientes términos:

The term «document production» in the context of international arbitration refers to a procedure pursuant to which parties are allowed to request from each other specific documents or a narrow and specific category of documents. After providing the necessary description of the requested documents and the reasons for the document requests, the other party will have the opportunity to state objections and give reasons for its objections accordingly. Whether the requested document is produced will be decided by the arbitral tribunal (Peter, 2022, p. 439).

¹ El texto completo de las Reglas se encuentra disponible en la web oficial de la International Bar Association (IBA, 2020).

Sin embargo, la fuente (pedido de parte o requerimiento *ex officio* del tribunal arbitral) o extensión del mandato no será objeto de discusión en este trabajo; tampoco lo será el detallar o criticar las reglas procesales establecidas para el procedimiento de producción de documentos, ni el método o técnicas utilizados para ello (como, por ejemplo, el uso extendido del Schedule of Document Production o Redfern Schedule²), ni profundizar el alcance y la interpretación de las razones por las cuales una parte puede oponerse, legítimamente, al mandato (*evidentiary objections*). Este ensayo tiene por finalidad principal abordar de forma crítica la consecuencia prevista en el artículo 9(6) de las *Reglas de la IBA* (2020) en caso de que una de las partes, que tenga una obligación definitiva de producir documentos, incumpla el mandato de exhibición (§4 y seg.). Esto presupone entonces que la solicitud de producción de documentos haya sido admitida como prueba, lo que importa que haya pasado el filtro establecido en los artículos 3 y 9 de las *Reglas de la IBA* (2020) y por tanto que no exista causal para que la parte obligada pueda oponerse a la orden de exhibición.

Dicho ello, en la primera parte trataremos algunas cuestiones previas de orden general sobre las reglas y la práctica vinculada a la producción de documentos, a fin de elaborar un panorama claro respecto a la dinámica particular que presenta el arbitraje (dentro del marco del debate, muy actual, sobre los poderes de dirección de los árbitros, es decir el *case management*), para luego analizar —en la segunda parte— la cuestión central que nos ocupa: cómo entender las consecuencias adversas reguladas en el art. 9(6) de las *Reglas de la IBA* (2020) en caso de incumplimiento (injustificado) del orden de exhibición, es decir si como auténtica *inferencia probatoria* o como *pura sanción*.

2. PRODUCCIÓN DE DOCUMENTOS EN EL ARBITRAJE: REGLAS Y PRÁCTICA

2.1. La prueba en el arbitraje: algunas cuestiones previas y una breve panorámica

En el ámbito probatorio, es sabido que los tribunales arbitrales no suelen limitar sus poderes a los que tienen las cortes de la sede³. Recordemos que la norma primigenia que rige el proceso arbitral es la denominada *lex arbitri*, es decir, la ley arbitral de la sede. Dicha *lex arbitri* es la que delimita de forma general cómo deberán llevarse a cabo

² Diversos centros de arbitraje disponen de recomendaciones vinculadas a las mejores técnicas para el procedimiento de producción de documentos. *Cfr.*, por ejemplo, ICC (2018).

³ *Cfr.* Born (2016, p. 188): «... the procedural law of the arbitration is prescribed by the arbitration legislation of the arbitral seat, which ordinarily gives effect to the parties procedural autonomy and grants broad procedural discretion to the tribunal, rather than by domestic court procedures. This principle applies specifically to the disclosure powers of tribunals—which are not limited by the powers granted to local courts by domestic rules of civil procedure».

el proceso, las cuestiones mínimas de orden público que el tribunal arbitral deberá respetar y los poderes probatorios con los que cuenta el tribunal entre otros⁴. Claro está, si bien existe una tendencia a uniformizar las normas estatales sobre arbitraje (especialmente por acción de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [CNUDMI] a través de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional [2006]) cada sede (*rectius*, cada Estado) tiene sus propias características y su propia dinámica. La mayoría de las leyes que regulan los arbitrajes internacionales suelen otorgar —expresa o implícitamente— amplias facultades a las partes y a los árbitros para regular las actuaciones probatorias de la forma que mejor consideren para su caso, lo que incluye lo referente a la producción de documentos. De ese modo, las normas nacionales no suelen (o no deberían, en nuestra opinión) considerar que un tribunal no cuenta con ciertos poderes probatorios⁵.

En efecto, estas leyes de la sede son normalmente generales, ya que regulan las cuestiones mínimas sobre las cuales se debe cimentar el proceso arbitral. Claro está, en el ámbito probatorio, es imprescindible que la *lex arbitri* otorgue poderes probatorios mínimos a los árbitros, pues ese es justamente uno de los presupuestos por el que las partes deciden que su controversia sea resuelta en la vía arbitral. Es en concordancia con dichos poderes, con los que, podemos afirmar, cuentan los árbitros en la mayoría de las jurisdicciones del mundo, que los más importantes reglamentos arbitrales atribuyen facultades probatorias expresas. Para lo que nos interesa en este trabajo, nos referiremos específicamente a las facultades vinculadas a la producción de documentos: por ejemplo, el artículo 22(1)(v) del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA, 2020) estatuye expresamente que el tribunal arbitral tiene los poderes para ordenar a las partes la producción de documentos que estén en su posesión o custodia⁶. Por su parte, el artículo 25(1) del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC, 2021), dispone que el

⁴ Véase Blackaby *et al.* (2015, p. 176): «... once a place of arbitration has been chosen, it brings with its own law. If that law contains provisions that are mandatory as far as arbitrations are concerned, those provisions must be obeyed. It is not a matter of choice, any more than the national motorist is free to choose which local traffic laws to obey and which to disregard».

⁵ En el UNCITRAL *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration* (2012, p. 101) se menciona un interesante caso canadiense, *Jardine Lloyd Thompson Canada Inc. v. SJO Catlin* (Alberta Court of Appeal, Canada, 18 de enero de 2006): «In a Canadian case, an issue arose as to whether the arbitral tribunal had jurisdiction to order the oral examination of a third party for discovery prior to the substantive hearing. The parties in that case had earlier agreed to adopt the Alberta Rules of Court to govern the discovery process. The Alberta Court of Appeal affirmed the power of the arbitral tribunal to order the examination. The court cited the “travaux préparatoires” on article 19 and accepted that it “speaks of the entitlement of a tribunal to order prehearing discovery”. The court stated that the parties’ adoption of the Alberta Rules of Court which permitted examinations of third parties, read with article 19 of the Model Law, gave wide plenary authority to the arbitral tribunal to give effect to all aspects of the parties’ agreement empowering the tribunal to exercise such powers».

⁶ «The Arbitral tribunal shall have the power [...] to order any party to produce to the Arbitral Tribunal and to other parties documents or copies of documents in their possession, custody or power which the Arbitral Tribunal decides to be relevant» (LCIA, 2020, §22).

tribunal arbitral deberá establecer los hechos del caso por todo medio que resulte apropiado⁷. En línea con ello, el apéndice IV (titulado Case Management Techniques) de dicho reglamento prevé el poder de los árbitros para ordenar la producción de documentos (ICC, 2021). Finalmente, el artículo 27(3) del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, 2014) generalmente aplicado a arbitrajes internacionales *ad hoc*, incluso para arbitrajes de inversión, establece: «En cualquier momento de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá exigir, dentro del plazo que determine, que las partes presenten documentos u otras pruebas».

Como se puede advertir, existe un esquema normativo *in crescendo* en lo que a las facultades probatorias generales se refiere. En efecto, la *lex arbitri* suele contener cuestiones bastante generales referidas a los poderes del tribunal arbitral, y es a través de las reglas procesales (sea vía reglamento institucional o no) que se suelen desarrollar y concretar estos poderes. Sin embargo, como se puede apreciar, ni las leyes arbitrales de la sede ni los reglamentos arbitrales contienen lineamientos respecto al procedimiento específico que deberá seguir el tribunal arbitral para la actuación de pruebas, y específicamente para la producción de documentos.

Esto es una característica propia del arbitraje. Existen distintos cuerpos de reglas (estatales y no estatales) que regulan en distinta medida algún aspecto del proceso arbitral, hasta llegar al mínimo detalle. Esta última regulación (del mínimo detalle) normalmente es realizada mediante reglas *ad hoc* dispuestas por el tribunal o pactadas por las partes para el caso concreto, dado que incluso las reglas *soft law* más específicas, a las cuales se recurre en la mayoría de los arbitrajes, no contienen regulación al detalle, sino más bien establecen disposiciones que permiten a las partes adecuarlas al caso, atendiendo a sus necesidades y a los usos de las partes en litigio⁸.

⁷ «The arbitral tribunal shall proceed within as short a time as possible to establish the facts of the case by all appropriate means» (ICC, 2021, artículo 25(1)). Respecto a este último reglamento, si bien el artículo 25(1) («establishing the facts of the case») no contiene una mención explícita sobre la cuestión referida a los poderes para ordenar la producción de documentos, en el caso n. 5542 el tribunal arbitral, precisó lo siguiente: «While the ICC Rules do not contain any provision dealing with “discovery” properly speaking, it is enough to recall here that according to article 4(1), “the arbitrator shall proceed within as short a time as possible to establish the facts of the case by all appropriate measures”. This provision allows the arbitrators to ask the parties to produce the documents in their possession or control which in their view are relevant to the case». Cfr. Procedural Order in ICC Case n. 5542, en Hascher (1997).

⁸ Esas reglas *soft law* frecuentemente contienen disposiciones que permiten a abogados de distintas culturas jurídicas (*civil law* o *common law*) o de distintas jurisdicciones establecer un procedimiento para armonizar los distintos usos y llevar adelante el arbitraje de forma satisfactoria. Sobre la relación entre arbitraje y culturas (jurídicas), véase Howard (2020).

2.2. La prueba en el arbitraje: la función «integradora» de las reglas *soft law* (con especial énfasis en las *Reglas de la IBA*)

Es por lo expuesto previamente que el procedimiento para la producción de documentos suele depender del acuerdo de las partes y de la facultad del tribunal arbitral para fijar reglas procedimentales ante ausencia de disposición expresa (Born, 2016). Ante ello, cabe precisar que, al momento de la celebración de un acuerdo arbitral, las partes no suelen detallar de forma precisa el procedimiento a seguir; por el contrario, la práctica señala que ellas suelen referirse a un reglamento específico o concluir acuerdos bastante generales. Igualmente, al momento de determinar las reglas del arbitraje, los tribunales tienden a no especificar un procedimiento detallado referido a la práctica de la prueba, dado que ello dependerá en gran medida de la forma en que se vaya desarrollando el proceso, dando prioridad al acuerdo de las partes, quienes pueden (y suelen) remitirse a reglas *soft law* o diseñar un procedimiento *ad hoc* para el caso⁹. Solo en caso de falta de acuerdo, será el tribunal quien decida, total o parcialmente, sobre el procedimiento a seguir.

Sin embargo, es práctica común que, ante ausencia de acuerdo expreso de las partes respecto a la aplicación de alguna regla *soft law*, los tribunales arbitrales los usen de guía para establecer el procedimiento probatorio. Esto es así pues las Reglas de *soft law* de la IBA surgieron justamente para solucionar estos problemas y fueron moldeándose por la práctica internacional y las idas y venidas entre los actores de distintas tradiciones jurídicas. Es por esa especial dinámica que se habla de una *comunidad epistémica*, en la cual los actores que forman parte de la misma (instituciones arbitrales, practicantes y académicos¹⁰), a través de un proceso de retroalimentación intelectual, desempeñan un papel dominante en la configuración del consenso transnacional sobre la práctica del arbitraje (Kaufmann-Kohler, 2010)¹¹.

Las *Reglas de la IBA* son las reglas *soft law* más utilizadas, tanto así que incluso algunos reglamentos arbitrales particulares hacen referencia expresa a la misma¹².

⁹ El modelo de orden procesal n.º 1 (reglas de arbitraje) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (ICSID), en la parte referida a producción de documento, indica que «será discutido por las partes» (International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2016).

¹⁰ No está de más anotar que existen críticas a la creación de las reglas *soft law*, especialmente desde el punto de vista de quienes las crean: la «elite arbitral».

¹¹ Dicha autora textualmente señala: «*Legal theorists would call the global arbitration community an epistemic community, a community that shares a particular interest and expertise. The actors within this community are well-known: arbitral institutions and organizations, the legal profession, and academia. Through a process of intellectual cross-fertilization, these actors play a dominant role in shaping the transnational consensus on arbitration law and practice*» (Kaufmann-Kohler, 2010, p. 13).

¹² Por ejemplo, el artículo 32(9) del Reglamento de Arbitraje de AmCham (Cámara de Comercio Americana) Perú, que dispone textualmente: «Salvo pacto en contrario de las partes, al momento de establecer las Reglas del Arbitraje y el Calendario de Actuaciones, el tribunal arbitral podrá disponer la aplicación, total o parcial, de las Reglas de la Internacional Bar Association (IBA) sobre Práctica de

Sin embargo, y sin perjuicio de que en este trabajo nos referimos en mayor medida a dichas *Reglas de la IBA* en lo que se refiere a la producción de documentos, debemos advertir que estas no son las únicas existentes. En efecto, existen por ejemplo las así llamadas Reglas de Praga (2018), respecto de las cuales se dice (creemos que acertadamente) que tienen un corte más inquisitivo (es decir, que le otorga un rol más activo al tribunal arbitral) en comparación con las *Reglas de la IBA*¹³. Para esto, basta con leer las notas del grupo de trabajo que las elaboró:

In light of all of this, the drafters of the Prague Rules believe that developing the rules on taking evidence, which are based only on the inquisitorial model of procedure, would contribute to increasing efficiency in international arbitration. By adopting a more inquisitorial approach, the new rules will help the parties and tribunals to reduce the time and costs of arbitrations (Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration, 2018, p. 2).

Ahora bien, refiriéndonos en concreto a las *Reglas de la IBA*, la última versión fue dada en el año 2020, la cual revisó y realizó algunos cambios concretos a su versión anterior, del año 2010 (entre otras cosas, abordó expresamente la cuestión sobre la prueba ilícita: art. 9[3]) (Neuhaus, *et al.* 2023). En lo que concierne a las reglas sobre producción de documentos, no han existido cambios notables. Estas reglas también contienen disposiciones atinentes a documentos, testigos, peritos (designados por las partes o el tribunal) e inspecciones. Además, decretan parámetros generales para la audiencia de pruebas y dan disposiciones referidas al *case management* en materia probatoria (art. 2).

2.3. Orden de producir documentos bajo las *Reglas de la IBA*

De forma sucinta, podemos señalar que las reglas específicas relativas a la producción de documentos se encuentran en el artículo 3, en cuyo inciso 2 se establece: «Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, cualquier Parte podrá presentar al Tribunal Arbitral y a las otras Partes una Solicitud de Exhibición de Documentos» (IBA, 2020). Los requisitos que debe cumplir la parte solicitante de la producción de documentos se detallan en el inciso 3 del mismo artículo y se pueden resumir en los siguientes: 1) una descripción de cada documento, o suficientemente detallada de la concreta y específica categoría de documentos que razonablemente se crea que existen; 2) una declaración de por qué los documentos requeridos son relevantes para el caso y sustanciales para su resolución; 3) una declaración de que los documentos no se encuentran en poder, control o custodia de quien los solicita, y 4) una declaración de las razones por las cuales se cree que los documentos están en poder, custodia o control de la otra parte.

Prueba en el Arbitraje Internacional, vigentes en la fecha de inicio del arbitraje» (Cámara de Comercio Americana del Perú, 2021, p. 46).

¹³ Para una comparación con las *Reglas de la IBA*, véase Argerich (2019). Véase también Walker (2023).

Esta regla debe leerse conjuntamente con el ya mencionado artículo 9 de dicho cuerpo de *soft law*, el cual contiene disposiciones referidas a la admisibilidad, valoración y sanciones vinculadas a la actividad probatoria, específicamente para el caso de incumplimiento de una orden de producción de documentos (véase, sobre este punto específico, la parte II). El artículo 9(2) establece que, de oficio o a instancia de parte, el tribunal arbitral podrá excluir la exhibición de cualquier prueba documental. Esto se podrá dar por algunas causales, como *a)* falta de relevancia o utilidad, *b)* existencia de impedimento legal o privilegio, *c)* onerosidad o carga excesiva de la producción de documentos, *d)* pérdida o destrucción del mismo, *e)* confidencialidad, *f)* razones de especial sensibilidad política o institucional (por ejemplo, secretos de estado) o *g)* consideraciones de «economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad» (IBA, 2020)¹⁴. Es decir, aunque una parte cumpla con solicitar la producción de documentos bajo los requisitos del artículo 3, la otra parte o el propio tribunal arbitral podrá excluir uno o más documentos o categorías por las justificaciones detalladas. Claro está, cada tribunal tendrá su propia forma de interpretar estas causales para oponerse a la producción¹⁵. Ahora, si la exhibición de determinados documentos o categoría de documentos ha sido ordenada por el tribunal arbitral (sea porque no se formuló oposición o porque, habiéndose formulado, fue desestimada), se genera un genuino deber de producción de documentos. Como todo deber (*rectius*, obligación), este puede ser incumplido. Como ya se mencionó al inicio de este trabajo, en el caso específico de las *Reglas de la IBA* (2020), el artículo 9(6) establece la regla de la «inferencia adversa». Como se verá más adelante (parte II), si bien esa solución podría ser de sentido común, no es para nada fácil de aplicar ni de determinar su naturaleza y presenta perfiles muy problemáticos bajo la perspectiva del razonamiento probatorio. ¿Cómo se aplican esas «inferencias adversas»? ¿Son realmente inferencias desde el punto de vista epistémico? En efecto, si revisamos la justificación de dicho artículo 9(6), no encontramos una respuesta que pueda resultar satisfactoria¹⁶.

Sin embargo, previamente a entrar en materia, consideramos oportuno abordar brevemente la relevancia del *case management* para la cuestión referida a la producción de documentos en el arbitraje.

¹⁴ Para un análisis detallado, véase Catelli y Brueggeman (2021).

¹⁵ *Cfr.*, sobre este punto, Lal *et al.* (2020).

¹⁶ La IBA Task Force on the Revision of the IBA Rules on Taking of Evidence in International Arbitration, Consolidated Amendments (2021, p. 15) ha señalado simplemente lo siguiente: «*Article 9.6 (formerly Article 9.4 in the 1999 text and 9.5 in the 2010 text) of the IBA Rules of Evidence provides that if a party fails to comply with a procedural order of an arbitral tribunal concerning the production of documents, the arbitral tribunal may infer from this failure to comply that the content of the document would be adverse to the interests of that party. This inference also applies when an opposing party does not make a proper objection to a request to produce within the time-limit set by the arbitral tribunal, but nevertheless fails to produce requested documents*». De forma idéntica, el artículo 23 de la *CIETAC Guidelines on Evidence* (China International Economic and Trade Arbitration Commission, 2015) afirma que «*where a party refuses, without justifiable reasons, to produce the document(s) pursuant to a request to produce granted or directly ordered by the tribunal, the tribunal may draw adverse inferences against the party refusing to produce the document(s)*», sin dar mayor detalle sobre esa inferencia adversa.

3. CASE MANAGEMENT, EFICIENCIA Y ARBITRAJE

¿Cuánto esfuerzo realizar para obligar a una parte recalcitrante a producir los documentos? ¿Qué medidas adoptar y en qué momento? Estas interrogantes requieren de una toma de posición respecto a qué es lo que queremos conseguir con el proceso; en otras palabras, el modelo de proceso arbitral que queremos¹⁷.

Esto de por sí genera una situación realmente compleja, pues pone sobre la mesa el binomio «proceso inquisitivo»-«proceso adversarial», lo que trae a debate cuestiones tales como qué es lo inquisitivo y qué es lo adversarial, si es que realmente uno es propio del *common law* y el otro de los sistemas continentales, qué principios o valores contiene cada aproximación¹⁸.

La situación no es pacífica y claramente tiene repercusiones en lo que a la prueba se refiere¹⁹. Muestra de ello es la existencia de las Reglas de Praga (2018) —de corte inquisitivo, como estas mismas se denominan— antes mencionadas, que surgen precisamente como reacción a las *Reglas de la IBA* (2010), pues consideran que estas replican en gran medida las prácticas procesales anglosajonas (especialmente en lo que se refiere a la producción de documentos²⁰), de corte adversarial. Claro que —a diferencia del debate en el ámbito procesal respecto a los modelos procesales y a las funciones del proceso, en el cual entran como variable los fines del Estado como tal²¹— en el arbitraje la cuestión no resulta ser, al menos en apariencia, tan compleja, pues se centra básicamente en la *intensidad* del rol que tendrá el tribunal arbitral, lo que se vincula directamente con los poderes con los que cuenta el tribunal para dirigir el proceso arbitral. Es este entendimiento el que se ha tenido en consideración para poner al binomio inquisitivo-adversarial en el debate en materia arbitral.

Como ya se advirtió desde inicios del siglo xx, un sistema procesal puramente adversarial (con limitados poderes del juzgador) tiene algunos problemas y puede producir una insatisfacción generalizada²². Esto dado que puede generar consecuencias negativas, como una extensión ineficiente del proceso, costos excesivos, entre otros. Por nuestra parte, creemos que, pese a las voces que exaltan ilusoriamente la libertad —casi desenfrenada— de las partes en el arbitraje, la institución no ha sido ajena a la reacción en contra del sistema adversarial «puro» y extremo, requiriendo,

¹⁷ En el proceso judicial, el debate sobre estos temas es de antigua data, y ciertamente amplio. Para un análisis general del problema, desde el derecho procesal civil, véase Cavani y Castillo (2021).

¹⁸ Un análisis crítico sobre las diversas aproximaciones del binomio inquisitivo-adversarial se encuentra pulcramente realizado por Damaška (1986/2000). *Cfr.*, siempre desde una postura crítica, también Taruffo (2006).

¹⁹ Sobre la relevancia del modelo del proceso y su influencia en las cuestiones probatorias, véase Ferrer Beltrán (2017).

²⁰ *Cfr.* Stephens-Chu y Teynier (2020).

²¹ *Cfr.* Jolowicz (2003).

²² Como ya bien señaló Pound (1906).

en cierta medida, un rol más protagónico del tribunal arbitral que permita evitar costos y plazos excesivos²³. En efecto, es la propia práctica arbitral la que ha requerido de los árbitros un rol activo, y prueba de ello es la aplicación del *case management* en el proceso arbitral²⁴.

Como muestra de ello tenemos también a la práctica en los centros más importantes del mundo. Así, por ejemplo, el ya mencionado apéndice IV (en concordancia con los artículos 22 y 24) del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, regula expresamente las «*case management techniques*» (ICC, 2021). Aún más, dicho centro arbitral establece expresamente que, en casos de baja complejidad o cuantía, es especialmente relevante asegurar que el tiempo y los costos sean proporcionales a lo que está en juego. En otras palabras, a menos importancia de la controversia, mayor actividad de los árbitros en concluir el proceso arbitral de forma rápida y evitando costos (aunque sea a costa de no descubrir la verdad de los hechos). Dentro de las varias técnicas del *case management* en el arbitraje, tenemos, por ejemplo, la de bifurcar el procedimiento, incentivar acuerdos entre las partes o los expertos, identificar cuestiones que pueden ser resueltas solo sobre la base de documentos y sin necesidad de audiencia, limitar el número de páginas de los escritos o agendar una reunión previa a la audiencia para lograr acuerdos con las partes. Pero no solo ello, sino que también el *case management* se extiende especialmente al ámbito probatorio. Dicho apéndice IV contiene en efecto disposiciones referidas específicamente a la producción de documentos, que ciertamente es la cuestión más discutida en cuanto a su nivel de extensión. Así, por ejemplo, habilita al tribunal a ordenar la producción *solo cuando resulte apropiado* (limitando así la capacidad probatoria de las partes), a limitar la orden de producción a determinados documentos o categorías, a establecer tiempos razonables, y a usar un calendario para la producción. Si bien nos referimos aquí solo al reglamento de dicho centro (uno de los más prestigiosos del mundo), se puede asumir que estas reglas recogen la práctica internacional (Persey, 2010).

En términos más generales, la doctrina había indicado que una de las razones del incremento de las técnicas de *case management* parte de la premisa de que, por así decirlo, *algo no está funcionando*, y, por tanto, que *algo debe hacerse* para que el proceso logre sus fines de forma más eficiente (Elliott, 1986). Esta evolución, ciertamente, no está exenta de críticas (Resnik, 1982) y no podemos negar que la gestión del proceso por parte de un tribunal tiene sus propios valores que priorizan la rapidez sobre el debate (Cadiet, 2003). Sin embargo, esta es la elección que en la mayoría de los procesos arbitrales las partes han decidido adoptar, sea directamente o por referencia a un reglamento arbitral. Esta es la decisión que el «mercado arbitral» imperante (dado

²³ En la encuesta de la Queen Mary University of London y White & Case, del 2012, se resaltaron las peores características del arbitraje internacional, siendo los costos la cuestión más crítica, seguido por la lentitud (34%), y cerrando con la falta de eficiencia de los árbitros (30%) (Queen Mary University of London & School of International Arbitration, 2012).

²⁴ Cfr: Böckstiegel (2012); Kubalczyk (2015).

que esto no depende de una política estatal) ha adoptado: procesos céleres y eficientes a costa de una decisión que tal vez no sea la mejor, en lugar de una decisión justa y sensata, mediante un proceso posiblemente largo y costoso. Esto, a nuestra consideración, se debe en gran parte a la naturaleza misma de los conflictos que suelen resolverse en arbitraje, que en su mayoría son de naturaleza comercial.

¿Qué puede ser lo que no estuvo funcionando? Consideramos que, entre otros, fue darles plena libertad a las partes para dirigir el proceso y concebir el tribunal como un mero espectador sin poderes necesarios de dirección. Es cierto que el discurso imperante sobre el arbitraje señala que las partes son las dueñas del proceso arbitral y que a veces se enfatiza mucho, quizás de una forma retórica, el rol de la autonomía privada. Sin embargo, a la luz de las evidencias y de las evoluciones que han caracterizado los últimos tiempos, no sería insensato afirmar que las partes son las dueñas del proceso arbitral, hasta cierto límite y hasta donde el tribunal lo permita: *case management*.

Lo que queda claro es que el concepto de *case management* se pone, de algún modo, como una antítesis del sistema adversarial, ya que implica la proporcionalidad en el uso de los recursos y del tiempo, siendo el tribunal arbitral el encargado de garantizar ese equilibrio. Con referencia a nuestro tema, el tribunal arbitral, por ejemplo, no tomará (ni puede hacerlo), como sí lo haría una corte estatal, todas las medidas necesarias para hacer que el documento sea producido; por el contrario, recurrirá a otras técnicas procesales que le permitan, de forma «eficiente y rápida», suplir esa omisión. Con esto no queremos decir que las cortes no recurran a dichas técnicas (de ejecución indirecta), sino que también recurren (principalmente) a otros poderes que tienen por finalidad hacer efectiva las ordenes de instrucción (ICC, 2021, apéndice IV, §4). En el caso específico de la práctica probatoria en los arbitrajes, esto se manifiesta, como veremos, esencialmente en sanciones e inferencias adversas, que han sido mencionadas a propósito del artículo 9 de las *Reglas de la IBA* (2020), o en sanciones externas (no vinculadas a la litis) como la distribución de costos.

Ahora bien, toda vez que, por lo menos en la práctica de la prueba, el arbitraje se ha nutrido (al menos en parte) de la práctica judicial, es importante tenerla presente por dos razones: la primera es porque ciertamente sirve de guía para *importar* determinadas reglas, y la segunda es para contrastar las diferencias (en cuanto a los fines, en términos generales) que el proceso judicial presenta con el arbitraje.

Efectivamente, existen reglas especiales y específicas que obedecen a la propia dinámica judicial de un cierto sistema. Piénsese así en el *discovery* o *disclosure* de la tradición anglosajona, que se da en la etapa del denominado *pre-trial*, y permite — siempre con limitaciones— incluso las así llamada *fishing expedition* (sobre todo en Estados Unidos), que en cambio no suele ser permitida en el arbitraje (al menos en la mayoría de las jurisdicciones cuya *lex arbitri* sea aplicable al procedimiento), pues ello podría ir, de repente, contra el orden público de la sede del arbitraje. En otras palabras: determinadas reglas aplicables a la producción de documentos judicial pueden resultar incompatibles con el arbitraje (Adolf, 2022).

A este respecto, es ilustrativo lo señalado en el *ICC Commission Report, Managing E-Document Production* (2016), en el sentido que los tribunales arbitrales deben evitar importar prácticas del sistema judicial que puedan dar lugar a costos o inconvenientes innecesarios²⁵. Inclusive —especifica dicho reporte— si bien pueden aplicarse las «inferencias adversas» en caso de que una parte intencionalmente omita, destruya o altere documentos, si estos se pierden o destruyen por causas no imputables, debido por ejemplo a operaciones de rutina o fallas en el sistema, las sanciones procesales no deberían aplicarse. Es más, en caso de que alguna parte alegue que la otra ha destruido o alterado datos, el reporte dispone que la carga de probar esa situación debe recaer en la parte que lo alega, y no será la parte requerida la que deba probar su diligencia y buena fe. Puede advertirse entonces que, si bien el tribunal arbitral tiene un rol más activo en su función de *mánager* del proceso, no se extrapolan los poderes con los que los jueces de algunas jurisdicciones cuentan (siempre refiriéndonos a la producción de documentos).

Lo que sí es importante resaltar es que, en la práctica, los árbitros no suelen utilizar como deberían sus poderes para realizar *inferencias* o *consecuencias* (*sanciones*) adversas²⁶ (por distintas razones, incluso por desconocimiento o hasta por una «*due process* paranoia» [*cf.* Talavera Cano, 2016]): la sanción por excelencia en el arbitraje internacional es *ex post*, manifestada en la distribución de costos en contra de la parte que omita exhibir documentos o que obra de mala fe (p. ej., haciendo la producción de documentos ineficiente o costosa, así como también falsificándolos, destruyéndolos o no preservándolos). Es por la relevancia de la cuestión que este trabajo se centra en realizar un análisis detallado sobre lo que debe entenderse por *inferencias* y *sanciones* adversas, y cómo estas deben ser aplicadas, dado que la distribución de costas no siempre es la solución adecuada al caso, especialmente si ello va a importar que la parte que ha omitido producir los documentos obtenga un resultado favorable pese a su mala fe. Finalmente, sobre este punto, una cuestión importante a fin de evitar vulneraciones al debido proceso es que el tribunal informe previamente de las consecuencias que se aplicarán en caso de incumplimiento en la producción de las pruebas documentales²⁷.

²⁵ En concreto los puntos 5.31 al 5.33.

²⁶ «[I]nterviewees confirmed that arbitrators are very hesitant to draw adverse inferences explicitly since they are afraid that this may be a ground for challenging the award. This begs the question whether the sanction of “drawing adverse inferences” for a party’s failure to produce documents stipulated in Article 9.5 of the IBA Rules has much teeth at all» (Queen Mary University of London & School of International Arbitration, 2012, p. 21).

²⁷ «El peligro de una eventual anulación del laudo puede eliminarse si el árbitro, a fin de evitar una “decisión sorpresa”, notifica con antelación a las partes respecto de su intención de extraer una inferencia adversa derivada de la falta de presentación de documentos cuya producción ha sido ordenada» (López Fung, 2019, p. 150). Si bien el autor considera que debe aplicarse una *inferencia* adversa sobre la base de la libre evaluación de las pruebas por parte del tribunal (posición que no compartimos), resulta clara la necesidad de advertir a las partes de la sanción que puede conllevar el incumplimiento de un *duty to disclose*.

PARTE II

4. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EXHIBICIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL Y SANCIONES. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA

Como ya se ha señalado varias veces a lo largo del presente trabajo, uno de los más complejos problemas —de carácter tanto teórico como práctico— relativo a la obligación definitiva (es decir, devenida más no contestable) de entrega de la prueba documental relevante a los fines de la decisión, concierne a la hipótesis en la cual la parte (o también un tercero extraño a la litis) se niegue a cumplir la obligación²⁸. Este es un problema generalizado, con el cual deben hacer cuentas todos los sistemas de resolución de conflictos y no solo el arbitraje (sea interno o internacional). De hecho, si el sistema no previese medios adecuados para vencer, o cuanto menos superar, la resistencia fisiológica de la contraparte a entregar una prueba documental de la cual está en posesión (y que podría, directa o indirectamente, dañarla), entonces vendría frustrado el derecho a la prueba (el derecho de «defenderse probando»), parte necesaria de cualquier concepto de *proceso justo*, tanto dentro como fuera de los confines de la jurisdicción estatal²⁹. Dada la aptitud de la cuestión a presentarse en múltiples contextos distintos (tanto judiciales como arbitrales) consideramos que es importante abordar el tema, en primer lugar, desde un punto de vista teórico y general, tomando como referencia la regulación en las *Reglas de la IBA* (2020) en cuanto solución específica —para el arbitraje— de un problema de carácter universal.

Lo primero que cabe resaltar es que la incorporación al proceso de una prueba de tipo documental que sea relevante tiene un evidente valor epistémico: cuanto más aumenta el conjunto de pruebas que el juzgador tiene a su disposición para valorar, mayor es la posibilidad de que la decisión sea factualmente correcta (Ferrer Beltrán, 2022, p. 53)³⁰. De hecho, puede incluso ser —y no es tan infrecuente— que el documento en las manos de la contraparte sea la *única* prueba potencial del hecho, o de los hechos, controvertido(s), o en todo caso sea la de mayor fuerza: sin este, es entonces muy posible que no se supere el umbral (estándar) suficiente para la toma de

²⁸ Excluimos del presente análisis el caso del tercero extraño a la litis, ya que la estructura del arbitraje es incompatible con la dación de órdenes que se dirigen a sujetos quienes no son partes.

²⁹ La cuestión es la de la así denominada «efectividad de las órdenes de instrucción». Para un estudio comparado sobre el tema, con específica referencia al contexto procesal estatal, en lengua italiana, véase Dondi (1985). Más recientemente, Ficarelli (2004). Sobre el hecho de que un «proceso justo» (*giusto processo*, estatal) necesita de métodos coercitivos para obtener la exhibición del documento, véase Chiarloni (2009). Sobre la dimensión constitucional del derecho a la prueba, véase Taruffo (1984).

³⁰ «El objetivo de la averiguación de la verdad impone [...] la meta de conseguir un acervo probatorio que sea lo más rico y fiable posible, porque rige la máxima epistemológica de que cuanto más completa y fiable sea la información sobre los hechos de que dispongamos, mayor será la probabilidad de acierto en la decisión.»

la decisión. Sin embargo, en casos así, aplicar la regla de juicio que deriva de la carga (objetiva) de la prueba parecería injusto, pues «premiaría» a aquella parte recalcitrante en producir el documento y la incentivaría a actuar de ese modo. Evidentemente, la hipótesis del documento como única prueba representa el caso «crucial» teóricamente más difícil y que aquí nos ocupa más, ya que, cuando existen otros elementos de pruebas alternativos vinculados a la misma cuestión, tanto en contra como a favor del hecho controvertido, serían estos los que deben ser valorados, y el hecho particular consistente en la omisión de la parte de exhibir el documento puede tener, a lo mejor, una fuerza simplemente «integrativa», dentro de un marco de evaluación holístico (ver apdo. 7).

Los problemas prácticos derivan básicamente del hecho de que la entrega de una prueba documental es un acto que recae en la sola esfera de posibilidad de la parte y que no puede ser llevada a ejecución sin la colaboración de esta. Es considerada, en otras palabras, una obligación de *hacer infungible*, la cual no puede ser llevada a ejecución con las modalidades usualmente empleadas para las obligaciones de dar un bien determinado. En muchos ordenamientos, la obligación de entrega de la prueba documental no suele, en efecto, ser realizada mediante las formas que suelen emplearse para la entrega de los bienes muebles (o sea la aprensión material por parte de un sujeto encargado de la fuerza pública), a causa de las dificultades prácticamente insuperables relacionadas con la búsqueda y obtención del documento, aun si esta modalidad es abstractamente concebible (sobre todo cuando la prueba documental sea de fácil ubicación: piénsese en un video grabado por una videocámara fija o en dispositivos electrónicos). Pero, dado que no es este el camino usualmente seguido, el sistema debe asumir esta intrínseca dificultad e imaginar el modo más eficaz de superarla. El problema va entonces afrontado desde el lado de las sanciones en caso de incumplimiento de la parte, es decir, a un nivel de constricción de la voluntad: teniendo en mente, sin embargo, que si la parte persiste en su firme voluntad de no cumplir con la orden de exhibición, aun pagando todas las consecuencias hasta perder el juicio, no se puede hacer nada para que el documento se adquiera materialmente para el procedimiento (con la consecuencia de que se contará, pues, con un acervo probatorio menor, o incluso inexistente, para la decisión). Y, en efecto, es de esperar que muchas veces esta sea la consecuencia; es decir, que la parte prefiera *arriesgarse a perder* el juicio sin producir el documento (y quizás produciendo otras pruebas), en lugar de *perderlo seguramente* presentando un documento desfavorable para sí misma.

Dicho esto —y siempre en vía del todo general— las sanciones abstractamente concebibles son de dos tipos.

a) Las primeras son de naturaleza coercitiva. Son, entonces, o sanciones (a1) monetarias en sentido lato (comprensivas por tanto de la distribución de los costos del procedimiento) o que de todos modos golpean el patrimonio del deudor, denominadas sanciones *in rem* (piénsese en las *astreintes* de la tradición francesa, por cada día de incumplimiento) o (a2) de carácter personal (denominadas *in personam*),

pero solo en el caso de las cortes estatales (p. ej., las sanciones del *civil contempt of court* de la tradición de *common law* que prevén, teóricamente, también el encarcelamiento de la parte recalcitrante por un cierto tiempo definido³¹). Ahora bien, la cuestión de la configuración abstracta o existencia concreta de poderes coercitivos a cargo de los árbitros es muy discutida y no puede ser abordada en esta sede. Solo es suficiente recordar que tradicionalmente se afirma que —siendo el arbitraje un tipo de *jurisdicción privada*— faltarían al tribunal arbitral los poderes coercitivos y ejecutivos que impliquen el uso de la fuerza pública, la cual está reservada al Estado. A diferencia del magistrado, el árbitro —como suele decirse— ejerce la sola *iurisdictio*, que se acaba con la declaración de la regla de conducta para las partes, pero no el *imperium* (del cual formarían parte las medidas de coerción), es decir esa «parte ejecutiva» de jurisdicción, expresión de la soberanía, que está en exclusiva disponibilidad de los jueces estatales. «*Le juge a la iurisdictio et l'empire, l'arbitre ne dispose que de la iurisdictio*» [el juez posee la jurisdicción y el *imperium*, el árbitro solo dispone de la jurisdicción] (Jarrosson, 1987, p. 104)³². En realidad, las cosas son más complejas. Es cierto que la distinción entre *iurisdictio* e *imperium* ha sido bastante criticada sobre la base de la supuesta existencia de «poderes inherentes» al ejercicio de la jurisdicción (así llamado «*imperium mixtum*» del árbitro) y algunos ordenamientos ahora reconocen de manera expresa a los tribunales arbitrales el uso de medidas compulsorias (*astreintes*) al fin de dar más efectividad a sus órdenes de instrucción (por ejemplo, la ley arbitral estatal de Francia³³ y la ley arbitral estatal de Bélgica³⁴). Por parte nuestra, consideramos que nada impide el reconocimiento de tales poderes, aun implícitamente³⁵, a los árbitros, naturalmente salvo que el convenio arbitral los haya excluido expresamente. Lo que los árbitros, en cambio, sí pueden hacer sin dudas es redistribuir los costes del proceso en clave sancionatoria (v. Regla 9(8) (IBA, 2020)), en el caso en que la parte no se haya comportado de buena fe durante la práctica de la prueba³⁶. Es cierto que el

³¹ Para un examen general de estas técnicas de ejecución de las órdenes del juez, véase Giabardo (2022).

³² Véase sobre la misma cuestión, Jarrosson (1991). La frase en el texto está citada también en Chekroun (2009).

³³ «*Si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte*» (Code de procédure civile, art. 1467, al. 3). Cfr. Cour d'appel Paris, 24 mai 1991: «*Le prononcé d'une astreinte, visant à assurer l'exécution de la sentence, constitue un prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger et dont le caractère comminatoire [...] ne caractérise pas un outrepassement de la mission des arbitres*».

³⁴ «*Le tribunal arbitral peut condamner une partie au paiement d'une astreinte*» (Code judiciaire, art. 1713, §7). En doctrina, Van Compernelle (2014).

³⁵ Sobre los poderes implícitos o «innominados» de los árbitros, véase Del Prato (2018): «En dichos documentos se enumera estos poderes “innominados” en dos categorías: los poderes implícitos (*implied*) y los inherentes (*inherent*). Los primeros, aunque no explicitados, se obtienen del acuerdo de las partes sobre las reglas de desarrollo del arbitraje, sobre el modelo de los *implied terms*; los segundos, los *inherent powers*, se derivan de la función arbitral y son instrumentales para salvaguardar la jurisdicción arbitral, para preservar la integridad del procedimiento y para la obtención de un laudo válido y ejecutable».

³⁶ «*If the Arbitral Tribunal determines that a Party has failed to conduct itself in good faith in the taking of evidence, the Arbitral Tribunal may [...] take such failure into account in its assignment of the costs*

alcance coercitivo de esta medida es, en el mejor de los casos, muy limitado, ya que —como se ha escrito con gran eficacia— «*a party would much rather pay the costs of an arbitration that it was able to win because it withheld damaging evidence, than split the costs of an arbitration that it lost because it produced such evidence*» (Bedrosyan, 2016, p. 250; Greenberg y Lautenschlager, 2011, p. 203).

b) La segunda clase de «sanciones» actúan no sobre (el patrimonio o la libertad de) las partes, sino directamente sobre la litis, en el sentido que la negativa de la entrega del documento determina, o puede determinar, el *vencimiento* de la parte desobediente sobre el punto de hecho controvertido (y, por tanto, potencialmente, sobre toda la pretensión, cuando sea del todo vinculada a dicha cuestión controvertida) y, por ende, la *victoria* de la contraparte (sobre ese punto y por tanto, potencialmente, sobre la disputa entera). Es esta, notoriamente, la solución adoptada por el art. 9(6) de las *Reglas de la IBA* (2020) así como por otras normas procesales tanto estatales como de arbitraje, nacional o internacional³⁷. Es únicamente sobre este tipo de consecuencias que concentraremos nuestra atención. Ahora, en este segundo caso, diremos que el sistema prevé una consecuencia —que podemos definir sancionatoria *en sentido lato*— la cual puede, a su vez, ser concebida bajo dos formas, o concepciones, distintas: (b1) como una verdadera y real inferencia probatoria negativa (*adverse inference*) sobre la existencia del *factum probandum*, a partir del elemento conocido y cierto de la conducta desobediente de la parte —hipótesis, a nuestro parecer y como será claro más adelante, sumamente problemática, en cuanto *antiepistémica*—; o (b2) como una sanción *strictu sensu*, en el sentido que el juez (o el árbitro), al constatar la falta de producción en juicio del documento (y en defecto de otras pruebas), determina la pérdida de la parte sobre aquella precisa cuestión fáctica, sin comprometerse, a nivel epistémico, con su acaecimiento o su existencia. En este último caso, la parte perdería no ya porque *se tiene por probado* un hecho constitutivo de la pretensión opuesta, sino únicamente en virtud de la sanción. El decisor no realiza aquí ninguna inferencia de carácter probatorio sobre el mérito del caso, sino simplemente aplica la sanción.

La distinción que acabamos de hacer puede, a primera vista, parecer irrelevante (en ambos casos, la parte desobediente pierde sobre el punto), pero no lo es. En la primera hipótesis, la decisión (sentencia o laudo) contiene una auténtica *decisión sobre la existencia de un hecho* (un auténtico «*accertamento*», según las categorías italianas³⁸); esa decisión, por lo tanto, en cuanto sea firme y según el ordenamiento vi-

of the arbitration, including costs arising out of or in connection with the taking of evidence» (IBA, 2020, artículo 9(8)).

³⁷ Por ejemplo, la misma previsión está contenida en el art. 23 de las *Guidelines on Evidence* (China International Economic and Trade Arbitration Commission, 2015): «*Where a party refuses, without justifiable reasons, to produce the document(s) pursuant to a request to produce granted or directly ordered by the tribunal, the tribunal may draw adverse inferences against the party refusing to produce the document(s)*».

³⁸ *Accertamento* es una palabra técnica de la dogmática italiana del derecho procesal civil que no tiene un preciso correspondiente en castellano. Indica esa parte de la sentencia (o del laudo) que *establece*, de forma autoritativa, el supuesto fáctico de la decisión, después de haber averiguado los hechos según

gente y la disciplina considerada, podrá ser invocada y utilizada *como medio de prueba de los hechos* (i.e., *premisas fácticas*) *allí afirmados* en otro juicio sucesivo, de cualquier tipo que sea (arbitral o no, entre las mismas partes o no, y con eficacia distinta, aun si no automática, siempre según el ordenamiento positivo que se considere³⁹). En el segundo caso, en cambio, esta «extensión probatoria» fuera del juicio originario sería siempre y por definición impropia (pues no existe un *accertamento* sobre el hecho), en cuanto carente de cualquier justificación epistémica (y de motivación) (véase apdo. 6).

Especifiquemos que estas dos formas de sanciones (a y b) no son excluyentes entre sí y bien pueden acumularse: la existencia de poderes coercitivos no es incompatible con la previsión de consecuencias adversas sobre la litis. Inclusive, muchos sistemas procesales (de orden estatal, como por ejemplo el italiano o el estadounidense) dan al decisor ambas posibilidades⁴⁰.

las normas procesales. Su función es la de proporcionar la certeza (jurídica) incontrovertible acerca de los hechos (*accertamento dei fatti*) y, por ende, acerca de la existencia del derecho que se funda en esos mismos hechos (*accertamento del diritto*). En el texto, a los fines de utilizar este concepto, usaremos la expresión «decisión o determinación sobre los hechos» (o similares).

³⁹ Naturalmente, salvo los efectos derivantes de la eficacia de cosa juzgada de la decisión (sentencia o laudo), entre las mismas partes y según la extensión subjetiva y objetiva prevista; lo cual, sin embargo, es un tema distinto que no tiene una dimensión probatoria. El tema al cual se hace referencia en el texto es el de la eficacia probatoria de la sentencia (o del laudo) *como acto*, con relación a los *enunciados fácticos* puestos a la base del derecho. En Italia, por ejemplo, la sentencia (o el laudo) es considerada una «prueba atípica» cuando se utiliza en otros procesos civiles (entre partes distintas o con objetos distintos), es decir una prueba que, aun si no está mencionada ni disciplinada por el código procesal civil, es admisible y puede ser *valorada libremente* por el juez. Analiza de manera expresa este difícil problema, entre otros, con referencia a la sentencia judicial, Quorzola (2016, p. 195 ss.), quien al respecto otorga al juez del segundo caso una (oportuna) libertad en cuanto a la valoración de las declaraciones sobre los hechos contenidas en una sentencia firme precedente: «Es suficiente, de hecho [...] limitarse al plano lógico para afirmar y constatar cómo, *de por sí*, la irrevocabilidad no parece atribuir a la decisión ninguna calidad relevante en cuanto a su potencial alcance demostrativo [...]. Si el juez al que se atribuye concretamente un cierto proceso decide utilizar, para su propia decisión, la *decisión sobre los hechos* (it: *l'accertamento*) que otro juez realizó en un distinto proceso terminado con una decisión devenida intangible, podrá naturalmente hacer eso [...] justamente porque ese hecho, que resulta averiguado (it: *accertato*) mediante una decisión que tiene la calidad de cosa juzgada, tiene también él esa misma calidad. Pero, si ese mismo juez considera —debido a que en la viva etapa de instrucción en curso en el proceso en el que él está ocupado emergen elementos que le dan la apariencia de que esa decisión previa sobre los hechos (it: *accertamento*) es más frágil de lo que la armadura de la cosa juzgada le haga ver desde lejos— no utilizar esa decisión (it: *l'accertamento*) [...] y juzgar de modo diferente, es libre de hacerlo y no podríamos, a estas condiciones, opinar distinto». En la literatura en castellano, véase Romero Seguel (2012). Antiguamente, en italiano, ya Calamandrei (1938, p. 569): «Podemos, pues, por lo pronto, considerar pacífico este punto: que considerar los juicios históricos contenidos en las premisas de una sentencia como expresión de una verdad legal que tiene su raíz en los principios mismos de la cosa juzgada, sería ciertamente un error».

⁴⁰ En Italia, el artículo 210, *comma 4* del Codice di procedura civile (en adelante, CPC 1940) establece que el juez (a) puede inferir «argumentos de prueba» desde la omisión de la parte de producir el documento (véase, críticamente, *infra* en el texto) y también puede pronunciar, hacia la parte desobediente o hacia un tercero, una pena pecuniaria de quinientos hasta tres mil euros (esta última posibilidad, por cierto, ha sido introducida muy recientemente, en el 2023). El artículo 37 (Failure to Make Disclosures or to Cooperate in Discovery, Sanctions) de las *Federal Rules of Civil Procedure* de

c) Una tercera posibilidad, de carácter no sancionatorio —y que no abordaremos en este trabajo— consiste en invertir la carga de la prueba por parte del juzgador (así llamada carga «dinámica» o flexible de la prueba o, en el ordenamiento italiano, principio de «*vicinanza della prova*», es decir cercanía de la prueba): en la práctica, ya no sería la parte que no está en posesión de la prueba documental quien debe probar el hecho constitutivo controvertido (por ejemplo, el paciente, respecto a la negligencia del médico, en el caso de responsabilidad civil), sino que es la parte más «cercana» al medio de prueba quien debe probar el hecho contrario (es decir, sería el médico quien tiene la carga de probar su diligencia, en cuanto más facilitado en ofrecer la prueba). Esta opción no nos convence, entre otras razones porque la dinamización de la carga (subjettiva) de la prueba podría conllevar una modificación judicial de las normas sustantivas, que ya establecen quién debe probar y qué (Ferrer Beltrán, 2019; 2021). Por ello, sería preferible potenciar *la carga (o el deber) de aportación (burden/duty of production)*, mediante un sistema de incentivos o sanciones que empujen a las partes a producir documentos aun cuando estos sean contrarios a sus intereses.

5. LA DEBILIDAD EPISTÉMICA DE LAS INFERENCIAS ADVERSAS. ¿LA OMISIÓN COMO ELEMENTO DE JUICIO?

Como ya se ha señalado, el art. 9(6) de las *Reglas de la IBA* (2020) establece que el tribunal arbitral, en caso de falta de exhibición del documento (sin que la parte destinataria de la orden ofrezca una justificación satisfactoria), podrá considerar el documento contrario a los intereses de la parte (*adverse inference*)⁴¹. ¿Cuál es el significado técnico de esta previsión?

La estructura es la de las presunciones llamadas (erróneamente) *simples* u *hominis*, las cuales, sin embargo, bien vistas, no son otra cosa que razonamientos de tipo inferencial (Ferrer Beltrán, 2022, p. 423)⁴². La disposición parece dar a los árbitros la posibilidad (no la obligación) de *inferir* un cierto hecho ignoto *p* (contrario a los in-

Estados Unidos determina que (2a) «*if a party [...] fails to obey an order to provide or permit discovery*», la corte puede (2a1) «*directing that the matters embraced in the order or other designated facts be taken as established for purposes of the action, as the prevailing party claims*», es decir tomar los hechos descritos en la orden de exhibición así como la parte adversa los considera.

⁴¹ Sobre esta cuestión en específico, véanse Bedrosyan (2016); Sharpe (2006); van Houtte (2009); Rizzo Amaral (2018).

⁴² Sobre el concepto de presunción, la literatura es bastante amplia; véase Taruffo (1974); (1991), (1992); (2010). Es preciso especificar que la «presunción» de la cual hablamos en el texto se distingue de la presunción *strictu sensu* de origen legal, donde de la prueba del hecho-base debe seguir necesariamente (salvo prueba contraria) el hecho-presunto. Es por esta razón que, en el caso tratado en el texto, coincidimos que sería mejor dejar de hablar de presunción y hablar de inferencia *tout court* («es tremendamente confundente llamar presunción a lo que es, en realidad, una inferencia probatoria» [Ferrer Beltrán, 2022, p. 424]).

tereses de la parte destinataria de la orden de exhibición) a partir de la falta de prueba de *non-p* (o, viceversa, de inferir *non-p* de la ausencia de prueba de *p*).

Evidenciamos aquí que la prueba *falta*: no hay ni prueba de *p* ni prueba de *non-p*. Hay ausencia de cualquier prueba que verse *directamente* sobre el hecho a probar. Lo que hay —y es *cierto, y no necesita ser probado*— es simplemente una conducta procesal, un comportamiento de la parte, que nada tiene que ver con el hecho objeto de prueba, la cual se ha negado a exhibir el documento aun estando obligada a hacerlo. Este es el único hecho conocido —ya no visto en su lado *omisivo*, sino en el *comisivo*, es decir, como conducta positiva— del cual se extrae el hecho ignoto (*p*). La *ratio* subyacente —podemos decir, la *máxima de la experiencia*, la generalización empírica— que permitiría pasar del hecho-base «desobediencia» al hecho-presunto es que la parte no ha exhibido en juicio el documento en cuanto este es de valor probatorio favorable a la parte que ha pedido la exhibición (de lo contrario, si lo hubiera beneficiado a él, lo hubiera producido). La falta de exhibición aquí sería tomada como un *indicio*, un *signo* de la contrariedad del documento a los intereses de la parte. A este propósito, la doctrina arbitral habla, quizás impropriamente, de una *prueba indirecta* (*indirect evidence*: p. ej., Bedrosyan, 2016, p. 247) la cual puede, e incluso debe, ser sopesada con otros elementos de juicio, si se cuenta con ellos (v. *infra*). Sin embargo, el problema con dicha inferencia es que puede confundir las máximas de la experiencia con meras conjeturas, pues la parte recalcitrante pudo haber tenido múltiples razones, distintas a la contrariedad en el caso concreto, para no producir el documento (por ejemplo, que contenga información sensible cuyo valor es mayor a perder el caso, que permita dar pie a otras pretensiones en contra, etc.).

El problema del valor probatorio de la negativa a presentar un elemento de juicio se presenta con gran frecuencia en muchos contextos procesales. Piénsese en el silencio: ¿es posible, y si es así, con qué límites, inferir *algo* de la falta de respuesta a un interrogatorio (en el ámbito de las investigaciones de policía, o durante el proceso penal, o durante un proceso civil)? Es notorio que muchísimos sistemas, en línea con la sensibilidad moderna, reconocen, dentro del recinto del proceso penal, un *right* (o *privilege*) *to silence*, parte del derecho a no autoincriminarse (denominado principio del *nemo tenetur se detegere* o *nemo tenetur edere contra se*), pero este aun no garantiza que el silencio sea completamente irrelevante, en cualquier circunstancia⁴³. En la tutela civil, en cambio, rigen otros valores. El proceso civil italiano, por ejemplo, asigna un claro rol al silencio, ya que la falta de contestación, proveniente de la parte *constituida* en juicio, de los hechos alegados por la contraparte, los vuelve *pacíficos*, es decir que no necesitan ser probados (artículo 115, *comma* 1, CPC 1940): norma contestada y muy contestable bajo el

⁴³ Cfr., p. ej., la sección 34 del *Criminal Justice and Public Order Act, 1994*: «Where, in any proceedings against a person for an offence, evidence is given that the accused at any time before he was charged with the offence [...] the court or jury, in determining whether the accused is guilty of the offence charged, may draw such inferences from the failure as appear proper». Críticamente, sobre esta previsión, véanse Jackson (2001); Jain (2022). Más en general, Ho (2022).

perfil epistémico (Taruffo, 2008). Un discurso aún más radical podría hacerse con referencia al caso de la negativa del presunto padre a someterse a la toma de muestra sanguínea en un proceso de reconocimiento de paternidad: ¿en qué relación se encuentra esta conducta omisiva con el hecho de la paternidad? Es muy posible (aunque no compatible) que un determinado ordenamiento decida hacer descender automáticamente la consecuencia de la paternidad, judicialmente declarada, a partir de la pura negativa de someterse al examen del ADN (es el caso, por ejemplo, del ordenamiento peruano); pero es necesario decir claramente que en este caso la consecuencia opera como pura y verdadera *sanción* y no como inferencia⁴⁴. ¿Y qué decir, en fin, de la *rebeldía (contumacia)*, la conducta omisiva por excelencia, o sea la ausencia voluntaria de la parte de todo o de parte del juicio (civil)? ¿Sería sensato afirmar que la falta de constitución de la parte en juicio, aunque ritualmente demandada, es un signo probable de la falta de fundamento de su pretensión? En otras palabras: la parte, no compareciendo, ¿está, quizás, *tácitamente* confesando? (teoría de la *ficta confessio*). Muchos ordenamientos jurídicos rechazan esta lectura, y ciertamente la rechaza el sistema procesal italiano, que se conforma, tradicionalmente, al principio de la neutralidad epistémica de la rebeldía.

Volvamos a nuestro caso de la falta de presentación de la prueba documental como «síntoma» de la contrariedad del documento a los intereses de la parte. Desde el punto de vista de la justificación epistémica, consideramos que esta inferencia está entre las más débiles que se puedan hacer, pues —como se ha señalado— podría caer en la mera conjetura. *Es una prueba que prueba poco*. Su valor es mínimo (incluso si —entendemos— no nulo: ver apdo. 7) y por esta razón —a nuestro entender— del todo inadecuado para fundar, sola y de manera epistemológicamente racional, una decisión sobre un hecho. El comportamiento es en realidad un *hecho procesal* y como tal extraño a los hechos del juicio. Falta el nexo con el hecho pasado.

A este propósito, otro paralelismo útil puede ser diseñado nuevamente con el ordenamiento procesal italiano. El artículo 210 CPC 1940 (en la parte en la que reenvía al art. 116, *comma* 2, CPC 1940) permite al juez extraer (*trarre*) «argumentos de prueba» a partir de la falta de exhibición del documento (o de la falta de consenso para permitir una inspección judicial) así como más en general del comportamiento en juicio (*contegno*) de las partes⁴⁵. Ahora bien, la categoría del «argumento de prueba» no brilla ciertamente por su claridad (Chiarloni, 1986). Por una cuestión de precisión del

⁴⁴ Nos referimos a la Ley n. 28.457, de 8 de enero de 2005 (y sucesivas modificaciones). Art. 1: «Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir al juzgado de paz letrado que expida resolución declarando la filiación demandada. [...] Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el juzgado declara la paternidad extramatrimonial y dictará sentencia pronunciándose además sobre la pretensión de alimentos». Art. 2: «La oposición no genera declaración judicial de paternidad siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica del ADN». Críticamente, sobre la consecuencia como inferencia o como sanción, véase Cavani (2017).

⁴⁵ En la doctrina italiana, véase Gradi (2016).

lenguaje, consideramos también que, al igual que la noción de *indicio*, no debería ser utilizada: un elemento o es potencialmente idóneo para probar *algo* (por poquísimo o tanto que sea) y entonces *es* una prueba; o no es idóneo, porque, por ejemplo, la ley excluye que pueda ser valorado (piénsese en los mensajes anónimos para la determinación de la culpabilidad en el proceso penal o en un testimonio obtenido mediante tortura) y entonces no es, conceptualmente, una prueba: de las dos la una, y es difícil admitir categorías que están en el medio (muy claramente, Ferrua, 2020, p. 5: «“Prueba” es todo lo que puede ser valorado por el juez con respecto a una determinada proposición para probar. No existen entidades intermedias entre lo que es prueba y lo que no es prueba»). Pero, más allá de esta cuestión en gran parte terminológica, lo que el Código italiano (CPC 1940) quiere probablemente decir con la expresión «argumento de prueba» es que la conducta procesal no debería ser considerada idónea *por si sola* para fundar una *decisión sobre un hecho* (un *accertamento*) (Poli, 2022)⁴⁶. Es —como suele decirse— una *probatio inferior*, un elemento de juicio que la ley considera de orden y de grado inferior.

Esta consideración puede extenderse a la regla IBA que aquí se analiza. En efecto, una parte —especialmente en un contexto como el del arbitraje internacional— puede tener muchas razones que poco o nada tienen que ver con el punto controvertido por no querer exhibir un documento: o porque esto contiene información sensible, sea que versen directamente sobre el caso o no, o porque del mismo es posible recabar elementos ulteriores que podrían ser utilizados por la contraparte para fines distintos o, más en general, porque contiene particularidades que la parte considera que no deben hacerse públicas. Pensemos en el caso de manual de una prueba de video que, además de probar el punto controvertido (p. ej., la diligencia del médico en un caso de responsabilidad médica), ofrece también la prueba de una infidelidad conyugal; o en un documento fiscal que contiene elementos que podrían constituir delito⁴⁷. La parte, por cuanto no tendría nada que temer sobre el punto de hecho controvertido en juicio, podría ser presionada a no querer exhibir la prueba documental por razones distintas. No hacerlo, la llevaría a perder el caso —consecuencia esta, por cierto, que nos parece de buen sentido y a la cual no nos oponemos, siempre que sea vista en su lado estrechamente sancionatorio (ver apdo. 6)—, pero nunca podría ser sobre la base de *tener por probado* un hecho en virtud de una inferencia epistemológicamente injustificada. Nuestra crítica, entonces, apunta no al pronunciamiento de una condena *en sí*, sino a la condena por la razón equivocada.

⁴⁶ Sobre el tema, además de Poli (2022), véanse Ricci (1988) y Ruffini (2004).

⁴⁷ En la misma dirección, Poli (2022, p. 465) (con respecto al mismo problema en el proceso civil italiano): «... no es posible fundar ninguna conexión epistémica seria entre la premisa (la conducta) y la conclusión (la verdad de los enunciados facticos de la parte quien ha pedido la exhibición de los documentos) porque —[...]—, cuando no existen otros elementos probatorios, *son demasiado altas las probabilidades de que las preocupaciones relativas a la exhibición de los documentos, aun si referidas a su contenido, se deban a circunstancias no directamente conexas con la causa en curso, sino, por ejemplo, con otras posibles controversias, quizás de diferente naturaleza*». (Las cursivas son nuestras.)

6. LA NATURALEZA DE SANCIÓN EN SENTIDO ESTRICTO DE LA «CONSECUENCIA ADVERSA» DE LA REGLA 9(6) IBA (CON UNA PEQUEÑA DIVAGACIÓN DE DERECHO COMPARADO)

Pero entonces, ¿qué podrá hacer el árbitro, en caso de que la parte se niegue a obedecer la orden de exhibición del documento, y *no estén disponibles otros elementos de prueba* (en un contexto, además, como lo arbitral, en el cual no siempre es posible utilizar poderes coercitivos)? ¿La interpretación del hecho específico controvertido de forma contraria a los intereses del obligado (de modo que este último, de repente, pierda el arbitraje) sobre la base de la *sola* negativa a consignar la prueba (y siempre que no existan otros elementos de juicio) debería ser, por tanto, excluida en virtud de lo que hemos dicho?

No: consideramos que la amenaza de la condena juega un rol demasiado importante en los arbitrajes internacionales para poder prescindir de ella. Es por tanto nuestra opinión que la decisión en sentido contrario a los intereses de la parte desobediente sobre el específico punto controvertido prevista por el art. 9(6) puede estar justificada en tanto se conciba como *sanción en sentido estricto*, es decir como pura y simple consecuencia derivada de la no obediencia a una orden de la corte y, por lo tanto, sin una motivación de orden epistémico. No debe haber ningún compromiso, ni expreso ni tácito, sobre la verdad o falsedad del supuesto fáctico. La sentencia de condena no acredita lo sucedido. Consideramos que la disposición debe ser leída bajo esta óptica.

La naturaleza puramente sancionatoria de la consecuencia adversa se infiere, por un lado, del hecho de que esta es antes que nada y primariamente directa a presionar a la parte a cumplir la obligación de producción (con un efecto, por lo tanto, disuasorio de la conducta desobediente: llamado *in terrorem effect*; Bedroysan, 2016, p. 252). La sanción tiene el fin primario de incentivar la producción del medio de prueba y, más en general, la leal colaboración y la buena fe de ambas partes para la justa resolución de la litis⁴⁸. De otro, porque concebir la consecuencia como sanción nos da la posibilidad de descartar cualquier determinación epistémica (*accertamento*). *La aplicación de la sanción excluye cualquier accertamento sobre el punto.*

Estaremos en presencia, en palabras más simples, de una *condena (sobre el hecho concreto o sobre la disputa) sin decisión fáctica*. La técnica no es desconocida en el mundo de *common law* y, en particular, en el proceso civil inglés, donde la desobediencia a una orden de la corte (*failure to comply with a courts' order*), sobre todo en el ámbito de la *disclosure*, puede llevar, discrecionalmente, al pronunciamiento de sanciones procesales como la *order of striking out* —o sea, el rechazo de la corte de seguir

⁴⁸ Cfr. art. 3 del preámbulo (IBA, 2020, p. 7): «*The taking of evidence shall be conducted on the principles that each Party shall act in good faith*».

adelante con el proceso, con la automática pérdida de la litis por la parte recalci-trante⁴⁹— o como el *debarment from defending*, o sea la formal exclusión forzosa del proceso de la parte que no ha cumplido la orden de instrucción y su condena (ambos poderes derivan de las facultades de *case management* y de los denominados *inherent powers* de las cortes de *common law*). En estos casos, como se ha dicho, estaremos ante condenas sin *averiguación y determinación de los hechos*, únicamente basadas en sanciones procesales.

A este preciso propósito es relevante recordar la tan famosa y compleja contro-versia, de derecho internacional privado, conocida como «Gambazzi-Stolzenberg», que versaba exactamente sobre la admisibilidad de estos tipos de decisiones dentro del espacio jurídico europeo. No es posible, aquí, reconstruir todas las etapas procesales. Baste solo resaltar que la parte (el abogado suizo Gambazzi), en un proceso ante la *High Court* londinense, fue sancionada por *civil contempt of court* (desacato judicial) y excluida del proceso por orden del juez, y por lo tanto impedida de defenderse, por no haber obedecido a un *disclosure order* (en específico, una orden de dar información acerca de su patrimonio y de exhibir documentos en su poder). Por lo tanto, al final perdió el proceso en un juicio en el cual no había estado en grado de defenderse (indefensión) y que había rechazado sus pretensiones sin una autentica decisión epistémica sobre los hechos (sin un *accertamento*) y entonces sin una verdadera motivación (*default judgment*). En sede de reconocimiento del fallo en otros países europeos (y no solo europeos), a los fines de la ejecución, se planteó la cuestión de la compatibilidad de esta sentencia de puro carácter sancionador con el denominado «orden público procesal europeo» (ex art. 27, *comma* 1, Convenio de Bruselas, 1968, aplicable, en ese entonces, a la controversia). El caso escaló hasta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea —a consecuencia de un reenvío prejudicial de las cortes italianas—, el cual afirmó la compatibilidad «en abstracto» de pronunciamientos de tipo «puramente sancionatorio» con el orden público europeo, compatibilidad que fue después confirmada «en concreto» por las cortes italianas, en cuanto la sanción de la indefensión no constituyó un «menoscabo manifiesto y desproporcionado del derecho del demandado a ser oído» (dado que la parte hubiera podido defenderse, simplemente cumpliendo con la orden de *disclosure*)⁵⁰.

Consideremos que este planteamiento podría ser aplicado en la interpretación del artículo 9(6) de las *Reglas de la IBA* (2020).

⁴⁹ *Rule 3.4., Power to strike out a statement of case*, de las Civil Procedure Rules del Reino Unido: «(2) *The court may strike out a statement of case if it appears to the court (c) that there has been a failure to comply with a rule, practice direction or court order*». A veces, las cortes utilizan esta sanción en caso de comportamientos de las partes que tienen una connotación particularmente negativa o en mala fe (*misconduct*, p. ej. cuando una parte falsifica o destruye a propósito un documento, véase *Arrows Nominee Inc. v Blackledge* [2000] All ER (D) 854). Sobre la institución del *striking out*, véanse Passanante (2010, p. 985); Andrews (2017, p. 213 ss.) y (2003, p. 521).

⁵⁰ Véase *Gambazzi contra Dailmer Chrysler Canada y CIBC Mellon Trust*, C-394/07, STJUE, de 2 de abril de 2009. En la doctrina italiana, véase D'Alessandro (2009). Sobre el asunto, también Cuni-berti (2009) y (2010).

Naturalmente, dada la ausencia de cualquier fundamento epistémico de la condena, resulta que el supuesto fáctico de la decisión, aun cuando esta sea firme, inmutable e incontrovertible, no podrá ser invocado como prueba en otro proceso, ni tampoco con eficacia libremente valorable (salvo, naturalmente, el efecto de cosa juzgada, la cual, sin embargo —según el saber común— no cubre las declaraciones de los hechos; véase nota 40).

Esta es la razón por la cual preferimos hablar de «consecuencia» (y ya *no* de «inferencia») adversa, en cuanto la sanción excluye cualquier razonamiento de tipo probatorio-inferencial. Por ello, consideramos que la perspectiva de la condena (sobre el hecho específico y potencialmente sobre la entera litis) sea un aspecto que merece ser preservado.

6.1. UNA ESPECIFICACIÓN

Lo que hemos dicho, entiéndase bien, no comporta en absoluto que el juez esté siempre constreñido a aplicar la sanción en caso de cualquier incumplimiento, aun cuando normativamente injustificado, con la orden de exhibición. Lo que queremos decir es que, *cuando* la parte resulte perdedora sobre el específico punto de hecho controvertido, en virtud de su *sola* conducta procesal (ya que no existen otros elementos de juicio que versen sobre *ese* hecho), entonces esta consecuencia debe ser entendida estrictamente como sanción, y no como producto de una verdadera decisión fáctica. Pero no queremos decir que al incumplimiento deba *siempre* y automáticamente seguir la condena sobre el punto, por ejemplo cuando hayan emergido otros elementos de juicio que van en dirección contraria a la sanción y que, eventualmente, tienen una mayor fuerza probatoria. Es importante excluir cualquier automatismo sancionatorio, a fin de exigirle al juez que considere otros elementos de juicio; y de hecho, el art. 9(6) aquí examinado afirma que el juez «puede», no que «debe», aplicar la consecuencia adversa, y este término juega un rol muy importante. En otras palabras, se debe conservar un área de discrecionalidad del tribunal arbitral en los casos en que la parte destinataria de la orden ofrezca una prueba contraria capaz de vencer la sanción. En efecto, podría darse el caso de que la parte haya ofrecido diversos documentos (u otros medios) que van en determinada dirección, y su contraparte solicite una exhibición solo con la finalidad de invalidar dichas pruebas mediante la aplicación de la sanción. Por ello, la sanción no puede aplicarse como un mero automatismo, sino que quedará en discreción del tribunal arbitral el decidir aplicarla, que —en nuestra opinión— sería cuando la exhibición genere «la» prueba determinante sobre la cuestión fáctica controvertida. En otras palabras, la sanción procesal no podría dejar sin eficacia a medios de prueba que hayan probado el hecho.

El problema mayor es *cuáles* pueden ser estas pruebas idóneas para vencer la sanción. Para garantizar la eficacia disuasoria de esta última, nos parece que *no* podría ser un medio de prueba *cualquiera*: sería muy inefectivo que la parte pueda «escapar» de la consecuencia adversa de no haber presentado, a propósito, un documento im-

portantísimo simplemente trayendo a juicio, por ejemplo, una muy débil prueba testifical en su favor. Más bien, la prueba contraria ofrecida debería ser particularmente calificada y dotada de un fuerte potencial demostrativo, según una ponderación de los pesos probatorios que el tribunal hará necesariamente caso a caso y excepcionalmente. El árbitro debería entonces tener particular cuidado para evitar fáciles abusos por la parte desobediente.

7. CONCLUSIÓN. LA «NO EXHIBICIÓN» COMO ELEMENTO DE JUICIO EN CONJUNTO CON OTROS ELEMENTOS QUE APUNTAN HACIA LA MISMA DIRECCIÓN

Una última aclaración final. Hemos dicho *supra* que la conducta procesal —en nuestro caso, consistente en la negativa a exhibir la prueba documental— tiene un valor probatorio *muy bajo* en un razonamiento probatorio de tipo inferencial sobre los hechos objetos del juicio: podría, pues, *por si sola*, fundamentar una «condena sancionatoria» (sin motivación sobre el hecho concreto, en calidad de pura sanción), pero no una inferencia probatoria. Sin embargo, consideramos que sería asimismo quizás injusto excluir del todo *cualquier* valor probatorio. Al final, la parte ha omitido presentar voluntariamente una prueba que tenía a su disposición y que la contraparte ha pedido que se presentase, sin dar justificaciones al respecto (o dando justificaciones que han sido rechazadas). Afirmar que el valor de la omisión, por si sola, es *muy bajo* no significa afirmar que sea *epistemológicamente irrelevante*. Entonces, si no parece racionalmente justificable fundar una decisión fáctica sobre la sola y única base de la negativa de consignar un documento (justamente por la heterogeneidad de los motivos que puedan empujar a la parte a una decisión así), no parece injustificado que esta *pueda*, en cambio, ser valorada *como genuino elemento de prueba* en concomitancia con otros elementos a favor de la misma conclusión (probablemente, pero no necesariamente, presentados por la contraparte), los cuales, valorados por sí solos, quizás no habrían sido suficientes para fundar la decisión sobre el mérito. En otras palabras, consideramos que la falta de exhibición de un documento siempre *puede* tener un rol *integrativo* respecto a los resultados ya emergidos (si hay) y que van en la misma dirección (refiriéndose a la práctica arbitral, Greenberg y Lautenschlager, 2011). Este, sin embargo, es un caso más fácil respecto a la hipótesis «crucial» que nos hemos planteado en este trabajo, ya que el tribunal cuenta con un acervo probatorio que pueda corroborar, o no, la inferencia adversa⁵¹.

Imaginemos que el decisor disponga, a favor de la prueba (*proof*) de un cierto hecho X, de los medios de prueba (*evidence*) *p1* y *p2* (por ejemplo, dos testimonios); e imaginemos que el conjunto de estas dos pruebas, después de haberlas valorado,

⁵¹ Naturalmente, de hecho, «*the party seeking the adverse inference must produce all available evidence corroborating the inference sought*» (SHARPE, 2006, p. 551).

sea insuficiente para alcanzar, en el caso específico, el estándar probatorio requerido (incluso el mínimo imaginable, el de la *preponderance of evidence*). Imaginemos incluso que, además de estos dos medios de prueba, la parte contra la cual estos son presentados se haya negado también a exhibir el documento que podría aclarar toda duda. Llamamos a esto elemento adicional de la conducta *p3* e imaginemos que este permita añadir ese segmento que consienta al juez alcanzar el estándar previsto. En este caso, y solo en este, la inferencia, a partir de la desobediencia, podría ser considerada plausible, dentro de un marco de valoración holístico, ya que esta resulta coherente y corroborada por otros factores. No nos parece insensato afirmar que, dado el conjunto total de los tres elementos a disposición (*p1*, *p2*, y *p3*), el juez o el árbitro podría entonces considerar el *factum probandum* como probado, en cuanto ha sido superado el estándar. Como hemos evidenciado al principio de esta parte II, la diferencia con el caso examinado precedentemente (en el que se aplica simplemente la sanción) sería que en esta hipótesis aquí planteada sí hay, finalmente, una auténtica decisión motivada (un «*accertamento*», fundado no solo en la conducta procesal de la parte), con el efecto de que no se podría descartar una eficacia (variable según el ordenamiento jurídico considerado) en otros juicios futuros (de carácter arbitral o no), según una libre (y racional) valoración del segundo decisor.

BIBLIOGRAFÍA

- Andrews, N. (2003). *English Civil Procedure*. Oxford University Press.
- Andrews, N. (2017). *On Civil Processes*. Intersentia.
- Argerich, S. (2019). A Comparison of the IBA and Prague Rules: Comparing Two of the Same. *Kluwer Arbitration Blog*. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/03/02/a-comparison-of-the-iba-and-prague-rules-comparing-two-of-the-same/>
- Bedrosyan, A. S. (2016). Adverse Inferences in International Arbitration: Toothless or Terrifying? *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 38(1), 241-273.
- Blackaby, N., Partasides, C., Redfern, A. y Hunter, M. (2015). *Redfern & Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press.
- Böckstiegel, K.-H. (2013). *Party Autonomy and Case Management—Experiences and Suggestions of an Arbitrator*. https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media113644850393080bckstiegel_party_autonomy.pdf
- Born, G. (2016). *International Arbitration: Law and Practice*. Wolters Kluwer.
- Cadiet, L. (2003). La justicia civil francesa entre eficiencia y garantía. *Civil Procedure Review*, 4(3), 25-50.
- Calamandrei, P. (or. 1938). *La sentenza civile come mezzo di prova*. En *Opere giuridiche* (Vol. V). Roma Tre Press.
- Cámara de Comercio Americana del Perú (2021). *Reglamento de Arbitraje de AmCham Perú*. <https://amcham.org.pe/wp-content/uploads/2021/05/Reglamento-2021.pdf>
- Catelli, C. y Brueggeman, R. (2021, 3 de septiembre). Evidentiary Objections. *Global Arbitration Review*. <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-evidence-in-international-arbitration/1st-edition/article/evidentiary-objections>
- Cavani, R. (2017, 4 de agosto). La inconstitucionalidad de la sanción procesal prevista en la Ley de Filiación Extramatrimonial. *La Ley*. <https://laley.pe/2017/08/04/la-inconstitucionalidad-de-la-sancion-procesal-prevista-en-la-ley-de-filiacion-extramatrimonial/>

- Cavani, R. y Castillo, Á. (2021). *Garantismo y publicismo en el proceso civil: Un enfoque analítico. Derecho PUCP*, 87, 433-468. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/24469/23238>
- Chekroun, D. (2009). L'imperium de l'arbitre. *Archives de Philosophie du Droit*, 52, 135-180.
- Chiarloni, S. (1986). Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno XL, 819-840.
- Chiarloni, S. (2009). Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 64(4), 101-120.
- China International Economic and Trade Arbitration Commission (2015). *Guidelines on Evidence*. <https://www.cietac-eu.org/guidelines-on-evidence/>
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [CNUDMI] (2006). *Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional*. https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [CNUDMI] (2014). *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (con el nuevo artículo 1, párrafo 4, aprobado en 2013). Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado*. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/uncitral-arbitration-rules-2013-s.pdf>
- Cuniberti, G. (2009). La reconnaissance en France des jugements par défaut anglais. À propos de l'affaire Gambazzi-Stolzenberg. *Revue critique de droit international privé*, 98(4), 685-714.
- Cuniberti, G. (2010). Debarment from Defending, Default Judgments and Public Policy. *IPRax: Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 30(2), 148-153.
- D'Alessandro, E. (2009). Provvedimento inglese di esclusione dal processo e diniego di riconoscimento per contrarietà all'ordine pubblico processuale. La Corte di Giustizia si pronuncia sul caso «Gambazzi». *Foro italiano*, 9, 384-387.
- Damaška, M. R. (2000). *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis Comparado del Proceso Legal* (Trad. Andrea Morales Vidal). Editorial Jurídica de Chile. (Obra publicada originalmente en 1986)
- Del Prato, E. (2018). Los poderes innominados de los árbitros. *Derecho PUCP*, 80, 161-186.
- Dondi, A. (1985). *L'effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*. Cedam.
- Elliott, E. D. (1986). Managerial Judging and the Evolution of Procedure. *University of Chicago Law Review*, 53(2), 306-336. <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol53/iss2/3/>
- Ferrer Beltrán, J. (2017). Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 7(2), 137-164. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/19697>
- Ferrer Beltrán, J. (2019). *La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario*. En J. Nieva Fenoll, J. Ferrer Beltrán y L. Giannini (Eds.), *Contra la carga de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2021, 24 de junio). *¿Qué nos queda de la carga de la prueba? [vídeo]*. XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal (versión virtual). YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=ec1ZBXge5_Y
- Ferrer Beltrán, J. (2022). Los momentos de la actividad probatoria en el proceso. En J. Ferrer Beltrán (Ed.), *Manual de razonamiento probatorio* (pp. 47-77). Suprema Corte de Justicia de la Nación. https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2024-02/Manual%20de%20razonamiento%20probatorio_0.pdf
- Ferrua, P. (2018). La prova nel processo penale. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 4(1), 81-128. <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/130>
- Ficcarelli, B. (2004). *Esibizione di documenti e discovery*. Giappichelli.
- Giabardo, C. V. (2022). *Effettività della tutela giurisdizionale e misure coercitive nel processo civile. Un'indagine di diritto comparato*. Giappichelli.
- Gradi, M. (2016). *Comportamento dei litiganti e accertamento dei fatti nel processo civile*. Messina.
- Greenberg, S. y Lautenschlager, F. (2011). Adverse Inferences in International Arbitral Practice. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 22(2), 43-56. <https://uba.ua/documents/presentation/Greenberg.pdf>

- Hascher, D. (1997). *Collection of Procedural Decisions in ICC Arbitration 1993-1996*. Kluwer Law International.
- Ho, H. L. (2022). Silence as Evidence. En J. Ferrer Beltrán y C. Vázquez (Eds.), *Evidential Legal Reasoning. Crossing Civil Law and Common Law Traditions*. Cambridge University Press.
- Howard, M. (2020). International Arbitration and Cross-cultural Issues. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation & Dispute Management*, 86(3), 331-346.
- IBA Task Force on the Revision of the IBA Rules on Taking of Evidence in International Arbitration, Consolidated Amendments (2021). Commentary on the revised text of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=4F797338-693E-47C7-A92A-1509790ECC9D>
- ICC (2016). *Commission Report, Managing E-Document Production*. <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/icc-arbitration-commission-report-on-managing-e-document-production/>
- ICC (2018). *Commission Report on Controlling Time and Costs in Arbitration*. <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration/>
- ICC (2021). *Rules of Arbitration*. <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/rules-procedure/2021-arbitration-rules/#block-accordion-25>
- International Bar Association [IBA] (2020). *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>
- International Centre for Settlement of Investment Disputes (2016). *Draft Procedural Order No. 1*. <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Draft%20Procedural%20Order%20No%201.pdf>
- Jackson, J. (2001). Silence and Proof: Extending the Boundaries of Criminal Proceedings in the United Kingdom. *The International Journal of Evidence and Proof*, 5(3), 145-173. <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/136571270100500301>
- Jain, A. (2022, 30 de mayo). Silent Lambs to the Slaughter: The Problem with the Current Law Allowing Adverse Inferences from the Accused's Silence. *Blog LSE Law Review*. <https://blog.lselawreview.com/2022/03/30/silent-lambs-to-the-slaughter-the-problem-with-the-current-law-allowing-adverse-inferences-from-the-accuseds-silence/>
- Jarrosson, C. (1987). *La notion d'arbitrage*. LGDJ.
- Jarrosson, C. (1991). Réflexions sur l'imperium. En *Études offert à Pierre Bellet* (pp. 245- 279). Litec.
- Jolowicz, J. A. (2003). Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure. *International and Comparative Law Quarterly*, 52(2), 281-295.
- Kaufmann-Kohler, G. (2010). Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity. *Journal of International Dispute Settlement*, 1(2), 1-17. <https://lk-k.com/wp-content/uploads/Soft-Law-in-International-Arbitration-Codification-and-Normativity.pdf>
- Kubalczuk, A. M. (2002). Evidentiary Rules in International Arbitration. A Comparative Analysis of Approaches and the Need for Regulation. *Groningen Journal of International Law*, 3(1), 85-109.
- Lal, H., Casey, B., Kaiding, J. y Defranchi, L. (2020). Abuse of Document Production in International Arbitration: Remedies When the Adverse Inference Falls Short. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 86(4), 394-411.
- LCIA (2020). *London Court of International Arbitration Rules*. https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx#Article%2022
- López Fung, J. (2019). ¿Tsunamis de documentos o sequía de información?: Posiciones a favor y en contra de la producción de documentos como regla estándar en el arbitraje comercial internacional. En S. García Long (Coord.), *Derecho de arbitraje: estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario* (pp. 117-156). Normas Jurídicas Ediciones.
- Neuhaus, J. E., Finn, A. J. y Blackman, D. S. (2023, 12 de octubre). The 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: A History and Discussion of the 2020 Revisions. *Global Arbitration Review*. <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-evidence-in-international-arbitration/2nd-edition/article/the-2020-iba-rules-the-taking-of-evidence-in-international-arbitration-history-and-discussion-of-the-2020-revisions>

- Passanante, L. (2010). Processo civile inglese. En *Enciclopedia (Annali)* (Vol. III). Milano.
- Persey QC, L. (2010). Effective Case Management. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 76(3), 408-411.
- Peter, A. (2022). Document Production, Late Evidence, Cross-Examinations and Witness Coaching in CIETAC Arbitrations Seated in Vienna, Austria. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 88(3), 437-463.
- Poli, R. (2022). Gli «argomenti di prova» ex art. 116, comma 2, c.p.c. *Rivista di diritto processuale*, 77(2), 460-489.
- Pound, R. (1906, 29 de agosto). *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*. Alocución ante la American Bar Association. <https://law.unl.edu/RoscoePound.pdf>
- Queen Mary University of London & School of International Arbitration (2012). *2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*. https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2012_International_Arbitration_Survey.pdf
- Querzola, L. (2016). *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*. Bologna University Press.
- Reglas de Praga sobre la tramitación eficiente de los procedimientos en el arbitraje internacional* (2018). <https://praguerules.com/upload/medialibrary/91c91c0846151802b375541460b34e6b663.pdf>
- Resnik, J. (1982). Managerial Judges. *Harvard Law Review*, 96(2), 374-448.
- Ricci, G. F. (1988). Prove e argomenti di prova. *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, XLII, 1036 ss.
- Rizzo Amaral, G. (2018). Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for an Inference Chart. *Journal of International Arbitration*, 35(1), 1-30.
- Romero Seguel, A. (2012). La sentencia judicial como medio de prueba. *Revista chilena de derecho*, 39(2), 251-276.
- Ruffini, G. (2004). «Argomento di prova» e «fondamento della decisione» del giudice civile. *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 58(4), 1329-1358.
- Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (Prague Rules)* (2018). <https://praguerules.com/upload/medialibrary/9dc9dc31ba7799e26473d92961d926948c9.pdf>
- Sharpe, J. K. (2006). Drawing Adverse Inferences from the Nonproduction of Evidence. *Arbitration International*, 22(4), 549-572. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C3765/Respondent%27s%20Rejoinder%20%28redacted%20per%20PO10%29/Pi%20C3%A8ces%20juridiques/RL-0110.pdf
- Stephens-Chu, G. y Teynier, C. (2020). The Contribution of the Prague Rules to Promoting Efficiency in International Arbitration. *Themis: Revista de derecho*, 77, 367-377.
- Talavera Cano, A. (2016). Combatiendo la Due Process Paranoia. Asegurando un ejercicio de la discrecionalidad arbitral con razonabilidad. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 8, 75-90. https://iea.ec/pdfs/2016/REA_n8_Art3.pdf
- Taruffo, M. (1974). Certezza e probabilità nella presunzioni. *Foro italiano*, 97, V, 83-112.
- Taruffo, M. (1984). Il diritto alla prova nel processo civile. *Rivista diritto processuale*, 39(4), 74-120.
- Taruffo, M. (1991). Presunzioni (dir. proc. civ.). En *Enciclopedia giuridica Treccani*. Roma.
- Taruffo, M. (1992). Presunzioni, inversioni, prova del fatto. *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 46(3), 733-756.
- Taruffo, M. (2006). El proceso civil de «civil law»: aspectos fundamentales. *Ius et Praxis*, 12(1), 69-94. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000100004>
- Taruffo, M. (2008). ¿Verdad negociada? *Revista de Derecho (Valdivia)*, 21(1), 129-151. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502008000100006#43
- Taruffo, M. (2010). Considerazioni sulle prove per induzione. *Rivista trimestrale diritto procedura civile*, 64(4), 1165-1190.
- UNCITRAL (2012). *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mal-digest-2012-e.pdf>
- Van Compernelle, J. (2014). Rôle respectif de l'arbitre et du juge étatique dans l'administration de la preuve en droit belge. En A. Saletti, J. Van Compernelle y J. F. Van Drooghenbroeck (Dirs.),

- L'arbitre et le juge étatique: Études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (pp. 189-202). Bruylant.
- Van Houtte, V. (2009). Adverse Inferences in International Arbitration. En A. Mourre y T. Giovannini (Eds.), *Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies* (pp. 195-320). Kluwer Law International.
- Walker, J. (2023, 12 de octubre). *The Prague Rules: Fresh Prospects for Designing a Bespoke Process*. Global Arbitration Review. <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-evidence-in-international-arbitration/2nd-edition/article/the-prague-rules-fresh-prospects-designing-bespoke-process>
- Lgislación y jurisprudencia
- Arrows Nominee Inc. v Blackledge* (2000) All ER (D) 854.
- Civil Procedure Rules* (Reino Unido). <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>
- Code de procédure civile* (Francia). https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGI-TEXT000006070716/LEGISCTA000006117221#LEGISCTA000006117221
- Code judiciaire* (Bélgica). https://www.ejustice.jugov.belgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1967101006%2F&caller=list&row_id=1&numero=8&rech=13&cn=1967101006&table_name=LOI&nm=1967101057&la=F&dt=CODE+JUDICIAIRE&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains+%27CODE%27%26+%27JUDICIAIRE%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK&imgcn.x=39&imgcn.y=10
- Codice di Procedura Civile* (Italia). <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/proceduraCivile>
- Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. (Diario Oficial nº C 027, 26-01-1998). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A41998A0126>
- Cour d'appel de Paris, 1er Chambre Civile*, 24 mayo 1991. *Revue de l'arbitrage*, 1992, 636.
- Criminal Justice and Public Order Act 1994, c. 33. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/contents>
- Federal Rules of Civil Procedure* (Estados Unidos). <https://www.law.cornell.edu/rules/frcp>
- Gambazzi contra Dailmer Chrysler Canada y CIBC Mellon Trust, C-394/07*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1ª), de 2 de abril de 2009 [ECLI:EU:C:2009:219]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62007CJ0394>
- Jardine Lloyd Thompson Canada Inc. v. SJO Catlin*, 2006 ABCA 18. <https://www.canlii.org/en/ab/abca/doc/2006/2006abca18/2006abca18.html>
- Perú. Ley n. 28.457, 8 de enero de 2005, que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5af174004678ca55a313e793776efd47/ley28457.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5af174004678ca55a313e793776efd47>

