

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**“LAS REGLAS IBA PARA LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE Y LAS
REGLAS SOBRE LA TRESTIMONIAL EN EL PROCESO CIVIL
PERUANO”**

Tesis para optar el grado de Magíster en Investigación Jurídica

AUTOR

JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ

ASESOR

ALFREDO BULLARD GONZALEZ

MIEMBROS DEL JURADO

GIOVANNI PRIORI POSADA

ALFREDO BULLARD GONZALEZ

MARIO REGGIARDO SAAVEDRA

LIMA – PERÚ

2017

RESUMEN

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

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

Algunos de los mecanismos útiles que propone las Reglas de la IBA son la declaración escrita del testigo y el interrogatorio cruzado (o *cross-examination*) en cuyo alrededor giran otros interrogatorios estrechamente vinculados. Todos ellos conforman un conjunto de medidas que atacan los problemas que impiden el uso más frecuente de la prueba testimonial. Estos están fundamentalmente referidos a la falsedad y los errores en las declaraciones de los testigos, quienes terminan afectados por una presunta falta de credibilidad cuando los jueces deben valorar los medios probatorios.

Palabras clave: arbitraje, proceso civil, IBA, probática, declaración testimonial, interrogatorio cruzado

ABSTRACT

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

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

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

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

Key words: arbitration, civil procedure IBA, probationary, witness testimonial, cross examination.

AGRADECIMIENTOS

A mi esposa, a mi familia y a todos quienes han hecho posible que a mi edad - no puedo negarla - haga este sencillo trabajo.



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

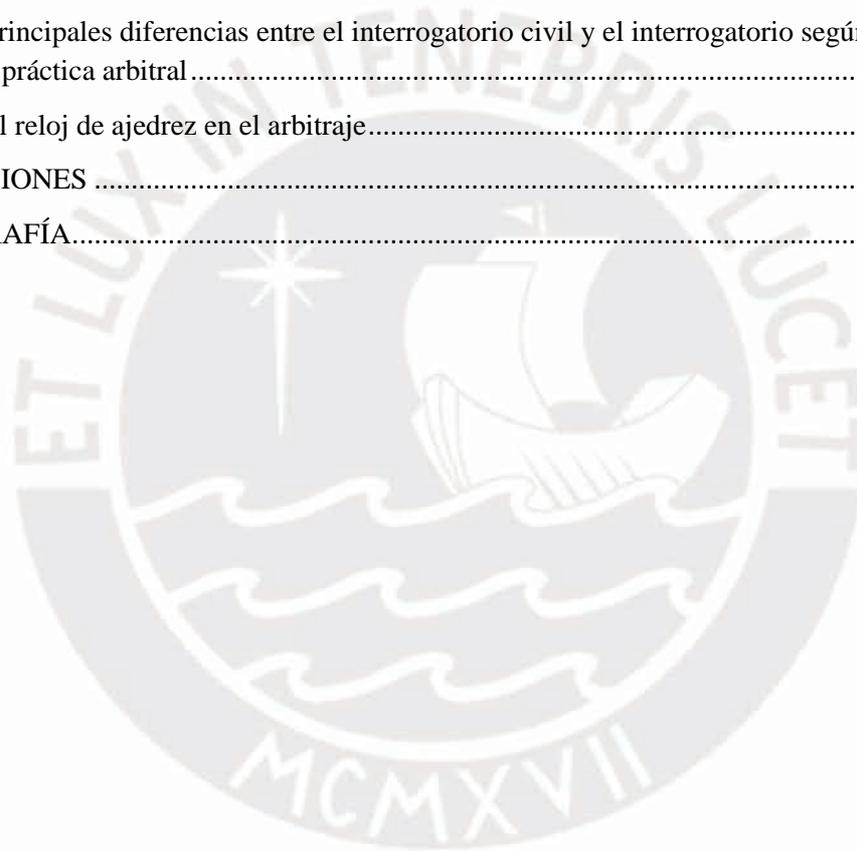
Norberto Bobbio

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I.....	3
La Prueba Testimonial	3
1.1. La importancia de la prueba	3
1.2. La clasificación de los medios probatorios	4
1.3. La declaración testimonial	4
1.3.1. Algunas consideraciones históricas sobre la prueba de testigos	5
1.3.2. El interrogatorio y la prueba testimonial	6
1.3.3. Importancia y necesidad de la prueba testimonial.....	9
1.4. Quién formula las preguntas: el interrogador.....	10
1.5. El testigo.....	13
1.5.1. Concepto.....	13
1.4.1. Características del testigo.....	13
1.4.2. Clases de testigos	14
1.4.3. Deberes de los testigos	15
1.6. Condiciones del interrogatorio	15
1.6.1. La autonomía.....	16
1.6.2. Espontaneidad	16
1.6.3. Oralidad.....	17
1.6.4. Igualdad procesal.....	18
1.6.5. Contradicción	18
1.6.6. Principio de aportación.....	19
1.6.7. Claridad comunicativa.....	19
1.7. La preparación del interrogatorio y del testigo.....	20
1.8. La inhabilidad para declarar	22
1.9. Actuación de la prueba testifical	25
1.10. Obstáculos para la testimonial: falsedad y error.....	26
1.10.1. Los errores.....	26
1.10.2. La falsedad	27
1.10.3. Garantías frente al error y la falsedad: el fracaso de la prueba testimonial.....	28
CAPITULO II	31

Soluciones a la Testimonial: la Probática y las Reglas IBA	31
2.1. La probática.....	32
2.2. Las Reglas IBA sobre la actuación de pruebas	33
2.3. El origen de las Reglas IBA	35
2.4. El uso de las Reglas IBA.....	38
2.5. El <i>soft law</i>	39
2.6. Regla de la buena fe	39
2.7. Análisis de las Reglas IBA sobre la actuación de pruebas	40
CAPITULO III.....	43
Comparación entre las Reglas del Derecho Procesal Civil y las Reglas IBA	43
3.1. El tribunal y las partes fijan las reglas de la audiencia de pruebas.....	45
3.2. Los principios procesales se cumplen en los arbitrajes, a diferencia de lo que ocurre en los procesos judiciales.....	47
3.2.1. La concentración	47
3.2.2. La intermediación.....	48
3.2.3. La oralidad y la economía procesal	48
3.3. Todos pueden ser testigos: la eliminación de inhabilidades y prohibiciones <i>a priori</i> . 49	
3.4. Declaración testimonial escrita	51
3.4.1. Rol del asesor legal: preparación.....	53
3.4.2. Cómo debe ser la declaración testimonial escrita.....	54
3.4.3. Las ventajas de la declaración escrita.....	57
3.4.4. Lenguaje de la declaración escrita.....	59
3.5. El interrogatorio oral en el arbitraje	60
3.5.1. ¿Por qué no se usa la testimonial en los procesos judiciales?	62
3.5.2. La oralidad como principio	64
3.5.3. El Interrogatorio	64
3.5.4. Formas de interrogatorio	66
3.5.4.1. Interrogatorio directo.....	67
i) Concepto	67
ii) Control sobre el testigo	69
iii) Objetivos del directo	69
3.5.4.2. El examen cruzado	70
i) Concepto	70
ii) Finalidad del examen cruzado.....	71

iii) ¿Cómo desacreditar al testigo?.....	72
iv) Habilidad para preguntar: preparación.....	73
v) Decisiones importantes del interrogador.....	74
vi) Las preguntas en el cruzado	75
vii) Ejemplos de interrogatorio cruzado	76
viii) Crítica al sistema del <i>cross-examination</i>	82
ix) Reflexiones sobre el cross-examination o cruzado	84
3.5.4.3. Interrogatorio redirecto	86
3.5.4.4. Interrogatorio recruzado.....	87
3.6. <i>Leading questions</i>	88
3.7. Principales diferencias entre el interrogatorio civil y el interrogatorio según las reglas IBA y la práctica arbitral.....	91
3.8. El reloj de ajedrez en el arbitraje.....	94
CONCLUSIONES	96
BIBLIOGRAFÍA.....	98



INTRODUCCIÓN

Generalmente toda obra humana tiene una finalidad. Es usual que cuando se inicia un trabajo, una investigación o una obra, el autor persiga un fin; pero a este le precede la motivación, es decir, la pregunta ¿Por qué hacer tal o cual investigación? Respondemos a ella a propósito de nuestro tema de investigación “Las Reglas de la IBA para la prueba testimonial en el arbitraje: una comparación con la testimonial en el proceso civil”, siguiendo un orden inverso.

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

La comparación entre los sistemas mencionados es penosa, porque el proceso civil - al que hemos dedicado años de nuestra vida - ha perdido un medio de prueba trascendental, probablemente el más antiguo desde que existen el hombre y la mujer. A ello se suma que la falsedad, riesgo permanente en la prueba testimonial, es un problema cultural de orden moral, pero sin punición.

Hace algunos años, en los procesos civiles el demandante se ofrecía la prueba de testigos y la parte contraria hacía lo propio. El resultado era que los testigos de cada parte respondían en favor de la parte que había ofrecido su declaración. Esto ocurría porque, antes de la vigencia del Código Procesal Civil de 1993, las preguntas se formulaban en sentido afirmativo y, para los testigos de cada parte era muy sencillo responder con un “sí” a todas las preguntas que se les formulaban. No había espontaneidad ni sinceridad; únicamente existía el afán de servir a un amigo, cuando no a un corrupto. Lo malo es que con el cambio de Código Procesal no se resolvió el problema.

Lo descrito explica por qué actualmente nadie pierde el tiempo en ofrecer una declaración testimonial como medio de prueba para acreditar los hechos expuestos en la demanda o la contestación. A esto se suma el total desconocimiento de las técnicas para evitar que el testigo mienta fácilmente y favorecer que diga la verdad. Para ello, resultan imprescindibles una gran

preparación e inversión de tiempo del interrogador y del declarante, así como la observancia de una regla ética, que es decir siempre la verdad. Sin esta, no hay declaración, prueba, ni proceso; peor aún, no hay un verdadero estado de derecho.

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

En el presente trabajo, plasmamos la motivación descrita a lo largo de tres capítulos. En el capítulo I describimos cómo es la prueba del testigo según la legislación procesal civil. El lector comprobará que en el sistema romano-germánico no hay grandes diferencias; los códigos latinoamericanos son muy parecidos entre sí con pequeñas diferencias.

Luego, en el capítulo II explicamos qué es la probática y lo importante que sería usar para bien los medios probatorios, concretamente la apropiada actuación de la declaración testimonial. A la probática le preocupa que el derecho probatorio se enseñe en las universidades, pero que los abogados sólo aprendan a usarlo cuando ya se encuentran en el ejercicio profesional. Por ello, en el mismo capítulo explicamos qué son las Reglas IBA, las cuales, sin hacer referencia explícita a la probática, contienen reglas y formas que regulan la actuación de los medios de prueba. Además, ellas explican cómo sacar ventaja mediante una actuación adecuada, fruto de una intensiva preparación.

Finalmente, en el capítulo III hacemos una comparación de las principales diferencias de las Reglas IBA y la práctica del arbitraje con las normas del Derecho Procesal Civil peruano. Asimismo, describimos lo que vendrían a ser las innovaciones en el derecho probatorio, que están constituidas por las Reglas IBA y su aplicación práctica en los arbitrajes donde hemos tenido la oportunidad de participar como árbitros o abogados defensores.

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

CAPITULO I

La Prueba Testimonial

1.1. La importancia de la prueba

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

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

En cambio, la prueba es trascendental porque el demandante puede haber desarrollado grandes teorías desde el punto de vista jurídico, pero a toda ley le subyace un supuesto de hecho. En consecuencia, cuando el demandante quiere que se aplique una determinada norma jurídica, es indispensable que se refiera al supuesto de hecho en que se sustenta esa consecuencia jurídica y su demostración resulta clave para obtener éxito en el proceso. Ello porque el demandante o el demandado tendrán que probar los hechos alegados, los cuales subyacen en la norma jurídica que es fundamento de sus pretensiones.

Entonces no cabe duda que la parte más importante de un proceso es la prueba. Aun cuando la demanda no sea perfecta y no se hagan los alegatos, no puede prescindirse de la prueba de los supuestos de hecho subyacentes en la norma jurídica que el juez deberá aplicar al sentenciar. Esto lo podemos apreciar quienes nos hemos desempeñado como abogados, árbitros o vocales en tribunales administrativos. En el primer caso, lo que más nos preocupa cuando asumimos una defensa es obtener de nuestro cliente las pruebas que acrediten los hechos invocados como fundamento de nuestra posición. Incluso podríamos llegar al extremo de no aceptar la defensa

de un caso, si nuestro cliente no cuenta con los elementos probatorios suficientes para sustentar el accionar procesal y la consecuencia jurídica que se busca con este.

1.2. La clasificación de los medios probatorios

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

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

1.3. La declaración testimonial

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

Coincidimos con el Código Procesal Civil (1993) en que las dos son pruebas típicas, pero discrepamos en que se regulen separadamente. En el arbitraje, que es donde se centra nuestro interés, es común ofrecer la declaración de parte así como de testigos sin distinción. De la misma manera, las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2010) (Reglas IBA en adelante) sobre actuación de pruebas contienen una definición única de la declaración. Además, su artículo 4.2 sobre el Título de Testigos señala que cualquier persona, incluyendo una parte podrá testificar. Por ello, en el presente trabajo nos referiremos a la declaración en general.

Quizás la única diferencia que puede hacerse entre la declaración de parte y la declaración de testigos esté en la valoración. La declaración de parte, es decir, del demandado que reconoce,

por ejemplo, la existencia de la deuda y el no pago de la misma, tendrá un peso mayor para el juez que lo declarado por un testigo en sentido contrario.

Finalmente, existe una distinción entre medios de prueba, fuentes de prueba y la prueba misma, que es prácticamente unánime en la doctrina (Bustamante 2001; Devis Echandía 1976; Taruffo 2012). Los primeros son los instrumentos que se utilizan para llevar la fuente de prueba al proceso. Para el tema que nos ocupa, los medios de prueba son las declaraciones testimoniales y las fuentes de prueba son los testigos. Los testigos tienen el conocimiento de los hechos por haberlos visto u oído y estos serán llevados al proceso a través de sus declaraciones testimoniales. Finalmente, la prueba es la conclusión favorable que el juez extrae al valorar las declaraciones acerca de la realidad del hecho.

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

1.3.1. Algunas consideraciones históricas sobre la prueba de testigos

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

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

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

A diferencia de lo descrito, actualmente el testimonio se obtiene mediante el interrogatorio oral o escrito al que debe someterse todo testigo. Este ha relegado formalmente el suplicio que se aplicaba desde el Derecho Romano en la clandestinidad o semiclandestinidad (Chocano 1997).

1.3.2. El interrogatorio y la prueba testimonial

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

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

Sin embargo, la disposición mencionada posteriormente sufrió una modificación sustantiva. La Ley 29057 (2007) modificó diversos artículos del Código Procesal Civil, pero mantuvo el texto original del artículo 208 citado. En cambio la Ley 30293 (2015) precisó que el segundo lugar de actuación sería ocupado por “Los testigos con arreglo al interrogatorio **que los abogados le**

realicen directamente [...]” [El subrayado es nuestro]. Este cambio es correcto porque el anterior sistema producía una serie de problemas en el proceso. Así, había que preparar el pliego interrogatorio y acompañarlo a la demanda antes de conocer el contenido de la contestación. Como consecuencia, existía una total falta de flexibilidad que permitiera formular las preguntas de acuerdo a las respuestas dadas, que es como debe ser. Por tanto, se obligaba al demandante a intuir o presumir lo que podrían ser las respuestas y, como es lógico, muchas veces este se equivocaba al hacer el pliego.

Sin embargo, la modificación ha demandado una mayor preparación del interrogador, quien no solo debe conocer debidamente el expediente sino estar muy atento a las respuestas para obtener ventaja de la declaración del testigo. Como se explicará más adelante, esta tarea no es fácil, pues se debe escuchar y preparar la siguiente pregunta al mismo tiempo, sin valerse de un pliego preparado con anticipación e ignorando qué responderá el testigo hasta el momento en que lo hace.

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

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

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

De este modo, el autor vincula el testimonio o declaración a la representación. En respaldo a su posición, cita al maestro Carnelutti: “El testimonio es un acto humano dirigido a representar un hecho no presente, es decir acaecido antes del acto mismo [...] esa reproducción o reconstrucción se obtiene gracias a la memoria del testigo que guarda o conserva la percepción y permite recordarla posteriormente en el momento de la declaración” (citado en Devis Echandía 1976: 32, tomo 2).

Por su parte, Liebman elimina la noción de representación y genera una definición breve, concisa, pero muy clara: “El testimonio es la narración que hace una persona de hechos de los cuales tienen noticia, para darlos a conocer a otro” (1980: 250). En este concepto resalta que el testigo sea definido como una persona distinta no solo de los sujetos del proceso sino incluso de la misma parte que lo convocó, lo cual fue un adelanto para su época.

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

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

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

Respecto del contenido de la testimonial, existen dos debates importantes en la doctrina. En primer lugar, hay quienes exigen que el testigo no solamente declare sobre los hechos que se le preguntan sino sobre la razón de su conocimiento o de su ciencia, y que explique cuándo y dónde ocurrieron estos. Aunque esta no es una exigencia del Código Procesal Civil (1993)¹, si el

¹ El Artículo 225 del Código Procesal Civil (1993) establece los límites de la declaración testimonial, señalando que “El testigo será interrogado **sólo sobre los hechos controvertidos** especificados por el proponente” [El subrayado es nuestro].

testigo señala cuál es su fuente, enriquecerá su declaración. Según nuestro ordenamiento procesal, basta con que el testigo responda claramente las preguntas que se le formulen y cuya respuesta conoce. Naturalmente, una respuesta concreta, aunque sea hecha con claridad, puede perder valor si no se describen ciertos detalles sobre el hecho preguntado. Esto puede ser producto de la iniciativa del testigo o de una repregunta orientada a que explique por qué afirmó o contestó en la forma mencionada.

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

Coincidimos con la posición de Serra porque la emisión de los juicios de valor corresponde al juez. No debe olvidarse que la prueba versa sobre hechos o afirmaciones referidas a los hechos y no sobre juicios u opiniones. Por tanto, la declaración de testigos debe tratar únicamente sobre los hechos que subyacen en la norma que será fundamento de la sentencia. Si en medio del interrogatorio, el preguntante inquiere al testigo para que explique si le parece correcto el hecho recientemente narrado, el abogado de la contraparte deberá objetar esta pregunta - que sería más apropiada si se formula a un perito - ya que el juez no va a fallar considerando la opinión del testigo sino si su declaración es verdadera o no.

1.3.3. Importancia y necesidad de la prueba testimonial

Actualmente existe una innovación respecto de la tradicional testimonial que es de carácter oral para incluir la que se presenta por escrito. Así, las Reglas IBA (2010) en el capítulo de definiciones, señala que la declaración testimonial “significa una declaración testimonial por escrito realizada por un testigo”. La aparición y enorme divulgación del documento escrito lo convirtieron en la prueba por excelencia, particularmente en países del *common law* y restaron importancia probatoria al testimonio oral.

Sin embargo, el estudio y mejora de la prueba testimonial mantienen un valor esencial por dos razones. En primer lugar, la prueba testimonial se suele practicar en los procesos civiles de forma equivocada y sin conocimientos técnicos, lo cual le resta eficacia. En segundo lugar, existen ciertos casos donde los únicos medios para probar los hechos son las declaraciones testimoniales, y un juez o árbitro jamás podrán sustraerse de su obligación de fallar, incluso sin

pruebas (*sentencia non liquet*). Tal es su importancia, que en el sistema anglosajón, sigue siendo la prueba por excelencia. Si bien la prueba documental ofrece una mayor confianza o credibilidad y por lo general emana de ambas partes, el testimonio puede dar un conocimiento más vivo y real, e inclusive más exacto, de los hechos descritos en un documento.

A diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, la prueba testimonial ha retomado su auge en los procesos arbitrales, donde suele ofrecerse con mayor frecuencia de la que se cree. Aun cuando el demandante tiene un documento a su favor, se suele preguntar al testigo (firmante del documento) si reconoce su existencia y la veracidad de su contenido. Una posible explicación de este proceder - que suele confundirse con el reconocimiento en los procesos judiciales - es que muchas veces se presenta una gran cantidad de documentos y, dada su diversidad y la escasez de tiempo del colegiado encargado de la controversia, algunos de ellos pueden pasar desapercibidos. Una forma de evitar esto es justamente llevando al testigo que emitió el documento para formularle las preguntas que permitirán destacar su contenido. De esta forma, el colegiado o árbitro muy probablemente recordará este medio probatorio al momento de fallar.

1.4. Quién formula las preguntas: el interrogador

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

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

facultado por el artículo 43, inciso 1 y 2 de la Ley de Arbitraje (2008) para declarar que una pregunta es impertinente o incluso prescindir de la prueba con una motivación².

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

Sin embargo, no compartimos las objeciones mencionadas. En el primer caso, porque la prueba de oficio suele proceder cuando el juez va a dictar sentencia y no antes, por ejemplo, en la fijación de los puntos controvertidos y la admisión de los medios probatorios. En esas oportunidades, el juez nunca ordena de oficio la actuación de otro medio de prueba. En el segundo caso, referido a la supuesta parcialización del juez, cuando este ordena la actuación de un medio probatorio, por ejemplo pregunta a un testigo, desconoce cómo contestará y a quién beneficiará.

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

A pesar de lo señalado, en los procesos civiles peruanos, el interrogador se limita a leer la demanda e identificar los hechos que se van a probar para, sobre esa base, elaborar el pliego de preguntas que formulará durante la audiencia. En general, no es costumbre que se prepare para lograr el éxito del interrogatorio, dada su poca transcendencia. Los interrogatorios suelen ser

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

inocuos, pues no sirven mucho al que formula las preguntas ni causan perjuicios a la otra parte. Sin embargo, en los procesos del *common law*, y en los arbitrajes internacionales y domésticos, la prueba testimonial tiene mucha importancia, y exige una intensa preparación del interrogador a fin de que formule correctamente las preguntas y obtenga un beneficio para su posición. Por ello, Devis Echandía señala que “[l]a prueba de testigos es frecuentemente una labor dispendiosa, larga, difícil, que significa mucho tiempo y trabajo al juez y a las partes e inclusive una inversión de dinero, que en ocasiones puede ser considerable” (1976: 247).

Quienes estudian el interrogatorio, sobre todo en los procesos penales y laborales, lo consideran de una manera muy singular. Angulo se refiere al “arte de interrogar” y, citando a Dignstein, expresa que “[...] el interrogar se puede considerar un arte pues no hay reglas fijas que debe seguir el interrogador para obtener éxito completo en cada caso ya que el interrogatorio depende de muchísimos factores los cuales no están en control del interrogador” (2007: 25). Por ello, Angulo sostiene que “[h]abría arte en el interrogador en tanto aquel explote sus cualidades innatas y desarrolle al máximo su creatividad permitiendo que su habilidad de preguntante crezca, en función de las observaciones puntuales que le permitan desenvolverse del modo idóneo, efectuando el interrogatorio” (2007: 26).

A diferencia de la forma como actualmente se interroga en el proceso civil, en los arbitrajes interrogar es una disciplina que supone alcanzar un perfil ideal al cual se suman competencias personales, habilidades y destrezas para hacerlo bien. Ello implica, como hemos señalado, prepararse debidamente, así como conocer al testigo e investigarlo hasta en sus más mínimos detalles: su formación profesional, en qué universidad estudió, qué profesión ejerce, cuál es su estado civil, si tiene hijos o no, cómo se desenvuelve en el mundo social, si es un hombre extrovertido o introvertido, si adolece de cierta timidez o es expresivo y locuaz, entre otros aspectos.

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

1.5.El testigo

1.5.1. Concepto

Así como hemos analizado quién formula las preguntas, también debemos establecer quién debe responderlas. El artículo 214 del Código Procesal Civil (1993) señala que las preguntas deben ser respondidas por el testigo y que “[...] excepcionalmente, tratándose de persona natural, el Juez admitirá la declaración del apoderado si considera que no se pierde su finalidad”. Esto quiere decir que la regla general es la declaración del testigo como persona natural y solo en casos excepcionales, lo hará un tercero, pero con el poder respectivo (por ejemplo, en el caso de un enfermo o de un testigo que se encuentra en el extranjero).

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

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

1.4.1. Características del testigo

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

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

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

1.4.2. Clases de testigos

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

Otra clasificación divide a los testigos plurales en concordes y discordes. Los primeros tienen que ser varios y entre ellos deberá existir una coincidencia sobre los hechos materia de su declaración. En cambio, los segundos, como es evidente, comprenden a aquellos que discrepan entre sí o tienen posiciones contrarias respecto de un mismo hecho. Esto nos plantea la siguiente pregunta: ¿Qué testigo ha de merecer mayor credibilidad? El sentido común nos dice que el juez ha de seguir lo que digan los testigos concordes y no los discordes. Ello porque los primeros, al coincidir en la existencia de un determinado hecho, optimizan la credibilidad de sus declaraciones, mientras que en los segundos se requiere determinar a cuál de los testigos creer. También existe la posibilidad de que no se crea a ningún testigo porque no existe una razón para preferir a uno en lugar del otro, salvo que se pueda establecer con claridad quien dice la verdad. Otra posibilidad es asignar más credibilidad al testigo disorde cuya declaración coincida con un documento.

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

1.4.3. Deberes de los testigos

El testigo tiene, en general, tres deberes. El primero es comparecer ante el juez porque, según el artículo 371 del Código Penal, el testigo que se abstiene de comparecer sin una causa justificada, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios. El segundo deber es declarar y está contemplado de manera expresa en el artículo 222 del Código Procesal Civil. Este dispone que toda persona capaz deba declarar como testigo si no tiene excusa o no está prohibida de hacerlo.

El tercer deber del testigo es declarar con la verdad, es decir, el deber de veracidad cuyo incumplimiento está sancionado por el artículo 409 del Código Penal. Esto depende en gran parte de los abogados, pues no es raro que el testigo podría hacer lo que este le recomiende. Por ello, el primer consejo que debe recibir del abogado es que, tanto por escrito como de manera oral, diga la verdad cuando preste su declaración testimonial. Esto considerando, además, que el artículo 216 del Código Procesal Civil (1993) admite la corrección o rectificación, pero no la revocación del testimonio.

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

1.6. Condiciones del interrogatorio

Como resulta más o menos evidente, es indispensable que el testimonio sea confiable para el juez y que produzca credibilidad. Por lo tanto, la actuación del testimonio debe cumplir ciertos

principios o condiciones esenciales para lograr que su recepción sea la mejor. A continuación presentamos las condiciones que son consideradas las más importantes por la doctrina³:

1.6.1. La autonomía

De alguna manera ya hemos tratado este tema porque en el acápite anterior hemos señalado que la declaración debe ser prestada por el testigo y que sólo excepcionalmente se permitirá que lo haga su apoderado. Desde el punto de vista de la prueba, un testimonio prestado a través de un apoderado no tendría mucho valor probatorio. Tampoco tendría autonomía si el sujeto no es libre a la hora de testificar, lo cual tendría que ser descubierto por el abogado contrario o por el juez. Es fundamental, pues, respetar el principio de autonomía o de individualidad, lo cual supone que la declaración sea prestada por el testigo de manera personal.

1.6.2. Espontaneidad

En el ideal, cada testigo debería tener una personalidad fuerte y muy buena memoria. De este modo sólo sería necesario llevarlo ante el estrado y dejar que se expone en lo que requieran los jueces o árbitros a partir de la formulación de una pregunta que opere como estímulo. No obstante, eso ocurre rara vez; los casos en que se ha “enseñado” al testigo cómo contestar o evadir preguntas comprometedoras son los más frecuentes. En cualquier caso, una respuesta memorizada, como señala Devis Echandía, “[...] llevará un signo de artificialidad y como tal generará desconfianza e inseguridad que es precisamente aquello que se considera indeseable en el testimonio” (1976: 134).

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

En el arbitraje, concretamente en las Reglas IBA, también se autoriza la preparación del testigo. Esta libertad del abogado tiene origen en el sistema anglosajón, donde la cultura de decir la verdad es mayor que en nuestro país. Por ello, el artículo 4.3. de las Reglas no considera impropio que una parte entreviste a sus testigos y discuta con ellos sus posibles testimonios.

³ Para una información más detallada sobre los principios para la existencia, validez y eficacia del testimonio, véase Parra (1996, tomo I).

Ello no debe restar la necesaria espontaneidad que debe tener la declaración. El testigo podrá saber qué se le va a preguntar y tener una cierta idea de cómo podría responder, pero sin olvidar que luego la parte contraria formulará el interrogatorio cruzado y que el árbitro podrá realizar preguntas para descubrir si está diciendo la verdad.

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

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

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

Consideramos que la espontaneidad no se pierde con la preparación del testigo, siempre que se cumpla con la condición de decir la verdad. No obstante, esta cualidad podría perderse si es que los testigos se escuchan mutuamente.

1.6.3. Oralidad

Este principio corresponde a la prueba en general. La Ley 29497, Ley Procesal del Trabajo (2010) y el Código Procesal Penal (2004) establecieron el privilegio de la oralidad. Anteriormente, el legislador del Código Procesal Civil (1993) quiso instrumentalizar la oralidad, pero todas las modificaciones que ha sufrido durante su vigencia han causado lo contrario. Por ejemplo, se ha suprimido la audiencia en que se resolvían las excepciones y la de fijación de puntos controvertidos. Ambas han sido sustituidas por resoluciones del juez, dictadas en un escritorio y sin presencia de las partes, de tal modo que la única audiencia vigente es la de

pruebas. Esto es lamentable porque, al no existir la oralidad, se pierde la inmediación, y se reduce la posibilidad de que el juez dicte una sentencia celer y ajustada a los hechos.

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

1.6.4. Igualdad procesal

Este principio, equivalente al de bilateralidad, también rige en todos los procesos e implica que nadie puede tener una ventaja sobre la otra parte. De allí la regla común que de cada escrito presentado por una parte se corra traslado a la otra para que opine o diga lo que conviene a su derecho. Igual ocurre con las pruebas y el interrogatorio en particular, pues todo lo que haga el demandante en el ofrecimiento y actuación de la prueba de testigos podrá ser controlado por la parte demandada con las mismas posibilidades de contradecir dicha prueba, y viceversa.

1.6.5. Contradicción

Este principio forma parte del principio de igualdad antes comentado. El autor Angulo señala que “El principio de contradicción se encuentra plenamente expresado en el interrogatorio puesto que la estructura teórica y el desarrollo práctico de esta técnica de declaración se amalgaman para generar una actividad de control y debate profundo con miras de obtener confiabilidad y veracidad, con respecto a la información que pueda ofrecer cada testigo” (2007: 33).

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

En conclusión, el principio de contradicción radica en que carecerá de todo valor probatorio el interrogatorio que no sea practicado con conocimiento de la otra parte. Ello porque reduce o

elimina la posibilidad de actuar una contraprueba, que podría ser un testigo con una opinión contraria.

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

1.6.6. Principio de aportación

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

1.6.7. Claridad comunicativa

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

La claridad que exige el Código es sinónimo de la precisión que debe reunir todo interrogador. A ello se debe sumar la exigencia de no emplear palabras complicadas ni terminología legal o técnica, salvo que el proceso trate de temas científicos. Es el caso de una demanda de responsabilidad por mala práctica contra un médico o una demanda de incumplimiento de contrato de una obra civil compleja o la exigencia del pago de un tributo que grava las

comunicaciones satelitales. Salvo estas excepciones, lo que se debe lograr con claridad es que el interrogado pueda comprender las preguntas perfectamente y responder del mismo modo.

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

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

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

1.7. La preparación del interrogador y del testigo

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

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

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

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

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

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

La situación de desconocimiento de las ventajas de la prueba testimonial y la ausencia de una buena preparación nos hace recordar a algunas personas que tienen una estufa computadora en su escritorio, pero no saben usarla ni para qué sirve.

1.8. La inhabilidad para declarar

El Código Procesal Civil peruano, así como los códigos procesales del continente contienen supuestos que impiden llamar a declarar a un testigo. Estos pueden ser causales de carácter personal, es decir, relacionadas con el individuo o impedimentos y prohibiciones para declarar debido a la materia que se discute en el proceso. Entre las primeras, se encuentran la eventual incapacidad, el parentesco, la condición de acreedor o deudor con alguna de las partes, la relación de dependencia, la condena por algún delito que afecte su idoneidad o la minoría de edad.

En el segundo grupo pueden encontrarse diversos supuestos establecidos en el Código Civil. Algunos de ellos son la inconvencencia de la prueba testimonial para acreditar determinados actos jurídicos, como la anticresis (artículo 1092), la hipoteca (artículo 1098), la transacción (artículo 1304) o la forma escrita acordada de manera expresa y anticipada por las partes luego de la formación del contrato (artículos 1411 y 1412); el contrato de suministro (artículo 1605); ciertas donaciones de muebles de un determinado valor (artículo 1624) y la de inmuebles en todos los casos (artículo 1625); la existencia y contenido del mutuo (artículos 1649 y 1605); o el mutuo entre cónyuges (artículo 1650).

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

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

como el derecho musulmán, se funden básicamente en la prueba testifical” (2009: 430-431).

Cabe precisar que las causales de prohibición por razón de la persona del testigo están previstas en los artículos 229⁴, 305⁵ y 307⁶ del Código Procesal Civil (1993). Estas se encuentran referidas a la recusación y abstención del juez, que son aplicables a la admisibilidad de la prueba de testigos por remisión expresa del artículo 303. Ciertamente, estas inhabilidades resultan injustificadas. Ello porque el Código está en consonancia con la valoración razonada de la prueba y ha eliminado la prueba tasada, con lo cual ha descartado la imposición del legislador, que desconoce la realidad de cada proceso particular, y ha optado por el criterio del juez.

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

En otras palabras, una cosa es una persona impedida de declarar y otra muy distinta es un testigo que pueda ser considerado como sospechoso, caso en el cual el juez deberá prestar una especial

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

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

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

atención y comprobar que la persona actúa con conocimiento y libertad. Por ejemplo, un joven de 13 años, aún en su adolescencia, puede servir de testigo porque tiene uso de razón y esto debe ser evaluado por el juzgador. De la misma forma, una persona podría ser testigo si, a pesar de tener interés en el resultado del proceso, posea un gran sentido de la ética, y respeto por la verdad y la eficacia de los procesos judiciales. En este caso, el juez deberá evaluar si su declaración es creíble y establecer si su interés la ha afectado o no. Por tanto, sería recomendable la derogatoria del artículo 229 del Código Procesal Civil.

Salvo en muy pocos casos, como el de incapacidad absoluta, cuando la persona no tiene la posibilidad de manifestar su voluntad, el juez o el árbitro pueden inclinarse sin más por la inadmisión de la declaración del testigo. En los otros casos ellos tienen que determinar si el testigo, que podría ser calificado de sospechoso, ha dicho o no la verdad. El sentido común del juez o árbitro debe primar sobre las rígidas disposiciones legales. Según Raffo, “[en] materia de declaración testimonial, nuestro Código Procesal Civil ha retrocedido al sistema de las pruebas tasadas o tarifa legal, preestableciendo qué declaraciones testimoniales pueden acreditar los hechos expuestos por las partes y qué declaraciones no pueden, por cuanto se presume, sin admitir prueba en contrario, que determinadas personas nunca van a declarar la verdad. Esto, repetimos, es una contradicción con el sistema de la libre valoración de la prueba” (1999: 222)

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

En ambos casos, no es suficiente la prueba testifical ni la de cualquier documento para formular una demanda, sino que, única y exclusivamente, se debe presentar la partida de nacimiento del hijo fruto de la relación extramatrimonial. Esto quiere decir que no solo la declaración de testigos es inconducente para probar la infidelidad sino también, otros documentos, como las fotografías, películas o grabaciones. Ello a pesar de que el Código Civil no exige el requisito de la partida. De este modo, se pone en evidencia que las decisiones judiciales –en algunos casos– tienen mayor valor que las decisiones del legislador.

1.9. Actuación de la prueba testifical

El Código Procesal Civil ha sufrido interesantes modificaciones en sus artículos 208 y 425. El primero dispone que los testigos declaren de acuerdo al interrogatorio que los abogados realicen de manera directa. Este comienza por el abogado de la parte que lo ha ofrecido; siguen las preguntas de los demás abogados; y, finalmente, el juez formula las que considere convenientes.

El segundo artículo suprime la obligación de acompañar los pliegos interrogatorios para la declaración de parte y de los testigos, en concordancia con el artículo 208. Actualmente, los abogados de las partes formulan las preguntas de manera oral; evitan la forma escrita; y no hacen preguntas sugestivas, con la tradicional fórmula “diga cómo es verdad”, pues esta fue eliminada en el nuevo Código Procesal Civil. Al menos en esta parte, el Código se ha actualizado.

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

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

Asimismo, con relación a las cualidades del interrogador, Rodríguez señala que: “El interrogatorio debe obedecer a una necesaria y adecuada preparación del interrogador, que supere la rutina, los estereotipos y las frases de cajón o las muletillas sin sentido; debe ser, por el contrario, sistemático, ágil, dinámico, impactante y que evite la confusión tanto en la pregunta como en la respuesta; debe tener el conocimiento del tema específicos, de lo que necesita demostrar y evitar las preguntas impertinentes o inútiles” (citado por Angulo 2007: 98)

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

1.10. Obstáculos para la testimonial: falsedad y error

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

Desde un punto de vista cultural, en el Perú es fácil mentir porque en la práctica no hay sanción. Por tanto, la consecución de testigos que declaren en favor del demandante o del demandado es muy sencilla. En general, existe muy poco respeto por los demás y, menos, por la justicia. Por ello, existe uniformidad en la doctrina para señalar que los principales peligros de la prueba testimonial son los testimonios falsos y equivocados. Como afirma Devis Echandía:

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

1.10.1. Los errores

Una definición sencilla, pero clara sobre los errores es la que señala que se producen cuando hay falta de adecuación entre la declaración del testigo y la realidad. Los casos de errores son más frecuentes y difíciles de controlar que los casos de declaraciones falsas. No es común que el

testigo mienta, pues existen - como veremos más adelante - algunos remedios para atenuar dicho peligro, como el interrogatorio cruzado. Por ello Serra precisa que “los errores involuntarios son más frecuentes, más difíciles de descubrir y por tanto más peligrosos” (2009: 223).

Los elementos de una adecuada declaración testimonial son la percepción, la memoria y la narración. Los errores suelen producirse cuando dichos elementos sufren una afectación. Unos se deben a un defecto en la percepción. Por ejemplo, aquel que es sordo, probablemente será un mal testigo, ya que no habrá escuchado a plenitud la conversación respecto de cuya existencia está declarando. El sordo no tiene intención de mentir sino que cree que ha escuchado todo, pero solo habrá oído una parte y probablemente mal. De ahí se deriva una lamentable consecuencia que es la invención. Lo mismo pasaría con un testigo que tiene un defecto en la visión. El estrábico probablemente verá más personas de las que en realidad existían.

En cuanto a los errores causados por la memoria, o más bien por la falta de memoria, comprenden una variada gama de manifestaciones. El más común es causado por el olvido. El testigo no recuerda absolutamente nada y la solución, nuevamente será el invento. Sin embargo, hay otras formas más sutiles de identificar, que es cuando el testigo cree recordar algo cabalmente y, sin embargo, solo tiene un vago recuerdo del suceso. Tampoco existe en este caso dolo o mala intención, ya que el testigo cree que los hechos ocurrieron en la forma en que los narra, pero es el transcurso del tiempo lo que afecta su declaración. Otra causa de error vinculada a la memoria es la edad del declarante. En el caso del niño, su febril imaginación lo hará confundir la realidad con la fantasía. En el caso del anciano, que al igual que el niño es estudiado a fondo por la psicología del testimonio, el problema se debe simplemente al envejecimiento.

Finalmente, el tercer error se deriva de la narración de los hechos percibidos y memorizados. Al respecto, Chocano señala que “es posible que una persona haya percibido correctamente un hecho y que lo haya memorizado adecuadamente, pero podría no tener capacidad para transmitirlo, sea por limitaciones educacionales, como dificultades con el lenguaje, ignorancia o analfabetismo (...) El *lapsus linguae* constituye un caso particular de problemas en la reproducción del hecho” (1997: 323-324).

1.10.2. La falsedad

En una definición sencilla, la falsedad se produce cuando lo declarado voluntariamente no corresponde a la realidad. Algunos autores, como Chocano (1997) pretenden hacer una

distinción entre testimonios falsos, dolosos o culposos, pero esto no es cierto. La falsedad solo puede ser dolosa porque nadie miente sin querer. Por ello, únicamente nos referiremos a la declaración falsa, la cual supone hacer una declaración contraria a la verdad de manera voluntaria y consciente.

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

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

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

Ante el fracaso de la prueba de testigos en América Latina, algunos autores sugieren ciertas medidas que podrían constituir garantías de la prueba testimonial. La primera es la inmediación. Al respecto, Serra (2009) señala que la presencia del juez es indispensable. Esta exigencia es entendible porque cuando escribió su obra, en España no existía la obligación de asistencia personal del magistrado o del árbitro. Sin embargo, este no es un problema en el Perú porque el Código Procesal Civil (1993) y la Ley del Arbitraje (2008) exigen la presencia del juez o árbitro en la audiencia. No existen casos en que se haya realizado una audiencia de pruebas sin la presencia del órgano jurisdiccional.

Asimismo, Serra sugiere que, como complemento de la inmediación, “[...] la oralidad en la formulación de las preguntas y repreguntas permitiría una declaración más espontánea del testigo y un mayor aprovechamiento del trámite de las repreguntas” (2009: 437). No obstante, se trata de una verdad a medias, puesto que - como veremos más adelante - en las Reglas IBA existe la declaración escrita, que eventualmente podría ser complementado con un interrogatorio oral.

La siguiente medida propuesta es que el testigo declare la razón de su ciencia o conocimiento. Muchas veces, la omisión de las circunstancias de lugar, tiempo y forma que permitieron al testigo conocer los hechos, hace que su declaración sea poco creíble. Por ello, aunque nuestra legislación no incorpora la medida mencionada, las Reglas IBA si los hacen. Así, el artículo 225

del Código Procesal Civil (1993) señala que el límite de la declaración son los hechos controvertidos que han sido especificados por el proponente. Sin embargo, las Reglas IBA - que son *soft law*-, en su artículo 4.5. (b), establecen que la declaración deberá contener una descripción de los hechos “así como la fuente de información del testigo”. Esto constituye una posición más amplia que la mencionada por el Código Procesal Peruano.

La tercera medida, propuesta por Serra, es la transcripción literal de la declaración testimonial y no un simple resumen. Al respecto, cabe hacer la siguiente aclaración: la transcripción de las respuestas debe ser literal, pero, en cuanto al acta de la audiencia, el juez no está obligado a ser textual sino que deberá hacer un resumen de lo actuado, como lo dispone el artículo 204 del Código Procesal Civil. Mientras en los procesos civiles se emplea el acta, en los arbitrajes suele usarse la filmación para el registro de lo actuado. Esto es un acierto y permite que el magistrado o árbitro recuerde y valore las declaraciones del testigo a partir de la revisión del video.

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

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

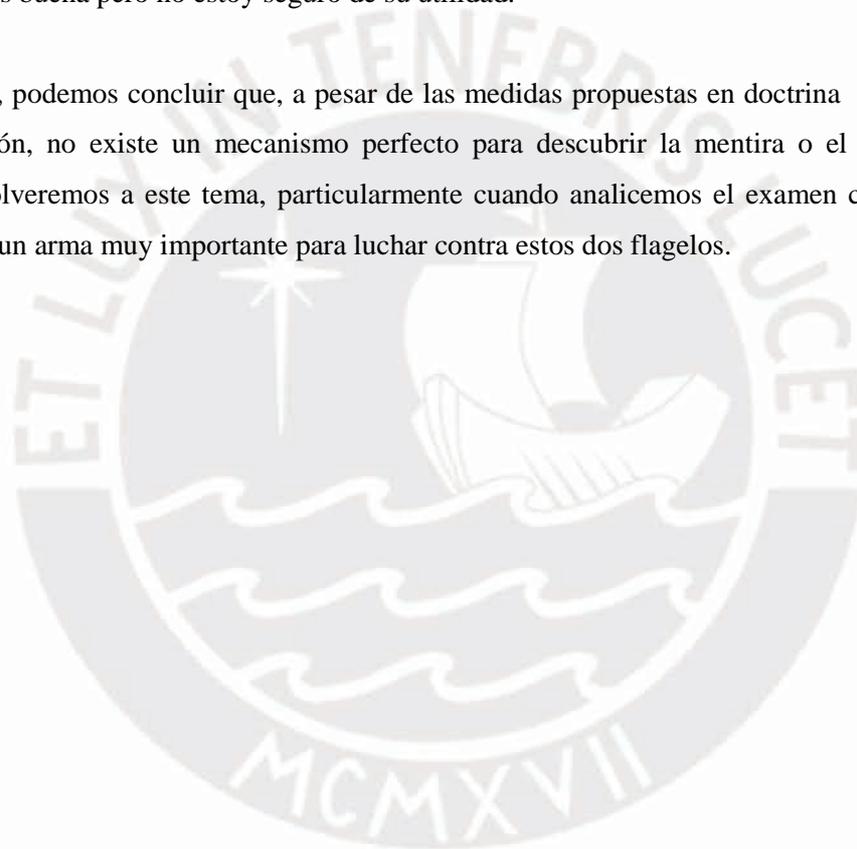
Con el fin de disminuir los errores en la narración, David Echandía (1976) señala la necesidad de que el juez esté presente en las audiencias y en las declaraciones, las cuales deben crear un ambiente favorable para la concentración y tranquilidad de los testigos. Esto conducirá a que las declaraciones se formulen en las propias palabras del testigo y que se eviten las preguntas sugestivas gracias a la oportuna intervención del juez. Esta recomendación es muy útil pero demanda que el juez vaya a la audiencia debidamente preparado, lo que no suele ocurrir.

En el ámbito de la legislación nacional, las normas procesales también contemplan dos medidas para atenuar los riesgos de error y falsedad. Una es la valoración de todos los medios probatorios en conjunto, utilizando una apreciación razonada, que está establecida en el artículo 197 del Código Procesal Civil. De esta forma, se analiza la declaración de un testigo en

concordancia con los otros medios probatorios y se puede establecer si hay coincidencias o no. Si existen muchas pruebas que apuntan en un sentido y aparece una declaración testimonial en sentido opuesto, es probable que el mérito probatorio de esta última quede descartado.

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

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



CAPITULO II

Soluciones a la Testimonial: la Probática y las Reglas IBA

El autor Bustamante (1997) señala que el contenido esencial de la prueba está constituido por tres componentes: la admisión por el juez o árbitro, la actuación y la valoración de los medios probatorios. Nosotros consideramos que existe un componente previo, que es la aportación u ofrecimiento de estos. Todos son fundamentales y el juez no puede prescindir de controlar o ejecutar alguno de ellos.

En virtud del principio de aportación de la prueba, esta corresponde a las partes y no al juez o árbitro. De allí la existencia de las reglas de la carga de la prueba, con la única excepción de las pruebas de oficio. Lo mismo sucede con la etapa de admisión, pues el juez o árbitro deberá revisar los medios ofrecidos para establecer cuáles admite porque tienen relación con la materia controvertida. La siguiente etapa es la actuación, ya que la mayoría de los medios ofrecidos y admitidos deben ser actuados, salvo algunos documentos que solo requieren ser presentados. Por último, está la etapa de la valoración de la prueba, sobre la cual se ha escrito mucho. Esta es muy importante porque la valoración de los medios probatorios tiene estrecha relación con la motivación, elemento sustancial de la sentencia.

En el presente trabajo, nos limitaremos a analizar la etapa de actuación de los medios probatorios. Cuando tenemos a cargo la defensa de un caso, somos conscientes de que podremos ganar si contamos con los elementos probatorios para convencer al juez. Se puede hacer una gran demanda o una estupenda contestación, pero ello no es suficiente. Es indispensable llevar a cabo el proceso de subsunción, es decir, el descubrimiento del hecho que subyace a una norma legal sustantiva porque de su probanza dependerá que se gane el caso.

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

Otra explicación se refiere al interrogatorio y la declaración. Se trata de la falta de conocimiento de las reglas para la actuación de los medios probatorios, la ignorancia de las técnicas del interrogatorio y, por tanto, de las ventajas de la prueba de testigos. Sin embargo, existen dos mecanismos que pueden remediar su desuso: la Probática y las Reglas de Actuación de la *International Bar Association* (IBA). A continuación, desarrollaremos cada uno y haremos alusión a los cambios legislativos que se requieren en materia penal, aunque la solución trasciende el mero incremento de las penas.

2.1. La probática

La probática, según el profesor español Muñoz Sabaté (2007), su principal estudioso, es definida como la ciencia aplicada a los hechos en el proceso. Esta postula que el objeto de la prueba no son realmente los hechos sino las afirmaciones que las partes hacen sobre ellos en el proceso. Lo que deberá probar el demandante y, a su turno, el demandado es el conjunto de afirmaciones contenidas en su primer escrito al juez, es decir, en la demanda y en la contestación, respectivamente. El autor Sentís Melendo, afirma que “la prueba es la verificación de las afirmaciones formuladas por las partes relativas en general a hechos y excepcionalmente a normas jurídicas, que se realizan utilizando fuentes, las cuales se llevan al proceso por determinados medios” (1978:16). En conclusión, la probática tiene por objeto valerse de la ciencia para la demostración de las afirmaciones de las partes sobre los hechos que sustentan su pretensión.

Adicionalmente, la probática nos enseña cómo probar la verdad de los hechos, así se diferencia del derecho probatorio que se materializa en normas procedimentales. Según Muñoz Sabaté (2007), mientras los conceptos relacionados o que forman parte del derecho probatorio se adquieren en los estudios universitarios, el cómo probar se aprende en la práctica profesional⁷. Por ello, dicho autor afirma que la probática pertenece a las ciencias praxiológicas, las cuales estudian los procesos de decisión y selección, y evalúan la pertinencia de los medios disponibles para la solución de un determinado problema. Entonces, la probática lo que hace es descubrir y advertir que existen determinadas reglas de estrategia y de táctica probatoria. Sin embargo, el citado profesor expresa su pesar por la falta de estudios sobre esta y afirma “[...] todavía no conozco en España un libro editado por el método de enseñanza programada acerca de cómo enseñar a probar” (2007: 13).

⁷ Resulta interesante apreciar – y esto se desarrollará más adelante - que las Reglas IBA coinciden con la probática en cuanto a la necesidad de profundizar en la actuación de los medios probatorios, aunque no se ha probado una relación directa entre ambas.

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

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

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

2.2. Las Reglas IBA sobre la actuación de pruebas

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

Una tarea importante de la IBA ha sido preparar propuestas de *soft law* para que sean usadas en los arbitrajes a fin de facilitar la labor de los árbitros y abogados. Ello debido a que, por lo general, las leyes de arbitraje no contienen disposiciones sobre cómo actuar las pruebas dentro de un proceso arbitral, sobre todo, si este es internacional. Dicha tarea está a cargo del Comité de Arbitraje, establecido dentro de la División de Práctica Legal de la IBA, que se dedica a trabajar sobre la legislación, las prácticas, y los procedimientos de arbitrajes y controversias transnacionales. Su importancia es tal que, en el año 2010, cuando se emitió la última versión de las Reglas sobre la Actuación de Pruebas, el Comité contaba con más de 2,300 miembros en más de 90 países. Esta cantidad se incrementa constantemente.

El Comité de Arbitraje está conformado por sub comités permanentes, pero establece grupos de trabajo para tratar cuestiones específicas. Una de estas fue el encargo de actualizar las Reglas sobre Actuación de Pruebas de la IBA. Las primeras Reglas se habrían emitido en 1983 y la segunda versión apareció en 1999. Luego, a partir del 2008, se inició la revisión que concluyó en el año 2010. Esta última estuvo a cargo de dieciséis abogados de diferentes tradiciones legales del *common law* y *civil law*, provenientes de Estados Unidos, Alemania, Italia, Suecia, Francia, China (Hong Kong), España, Bélgica, Suiza, Inglaterra y Holanda. No obstante, como bien señalan López de Argumedo y de Ureña (2013) las Reglas IBA han logrado un equilibrio razonable entre ellas. Estas supusieron un avance significativo para la comunidad arbitral y sirvieron de guía eficiente para un proceso complejo y poco regulado como es el arbitraje internacional.

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

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

That is how proceedings were built in to the IBA Rules, such as extensive written submissions of documents, witness statements with live cross-examination of witness and free assessment of the evidence by the arbitral tribunal.

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

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

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

2.3. El origen de las Reglas IBA

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

Por ello, el prólogo de las Reglas IBA sobre la Prueba, elaborado por Tawil y Gil, copresidentes del Comité de Arbitraje, señala que estas “reflejan procedimientos empleados en diferentes sistemas legales y pueden ser de particular utilidad cuando las partes provienen de diferentes tradiciones legales” (2010: 2). De este modo, se confirma el empleo de las pruebas testimonial y pericial, muy utilizadas en el *common law*, y el mayor uso de la oralidad en el procedimiento arbitral. Se trata de diferencias importantes respecto del *civil law*, donde no se recurre a la prueba testimonial ni se discuten los hechos sino que priman los escritos extensos y la discusión entrada, no en los hechos, sino en la interpretación de la ley y la doctrina.

Los aspectos críticos del *civil law* se confirman con lo señalado por el autor Ezcurra (2016), especialista peruano en arbitraje, quien afirma que los jueces son expertos en derecho, por lo cual, para ganar básicamente se requiere probar los hechos en que la parte ha sustentado su pretensión. De ahí que numerosos autores resalten la amalgama de sistemas que recoge el arbitraje. Es el caso de Cremades, citado por Bullard y Repetto, señala lo siguiente: “La postura

doctrinal mayoritaria sugiere que el arbitraje internacional ha tomado elementos tanto del sistema anglosajón como del continental a fin de crear un procedimiento con lo mejor de ambos mundos. Del sistema anglosajón, el arbitraje internacional ha adoptado el interrogatorio de los testigos y expertos presentados por la contraparte (es decir, el llamado *cross-examination*) y la solicitud de exhibición de documentos (es decir, el llamado *discovery*)” (2016:24).

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

International Arbitration has evolved as a system for resolving disputes among parties from different countries. Not surprisingly, those articles tend not only to use different languages, but also to approach dispute resolution from the perspective of very different legal systems. The two most widespread legal systems are the common law system, in use in most English-speaking countries, and the civil law systems, in use in Continental Europe and the many countries around the world influence by Continental Europe, from Japan to most of Africa and all of Latin America.” [...] In recent years, however, converging practices have emerge that in brace elements of both systems. These converging practices are rapidly gaining acceptance in international arbitration as a middle ground acceptable to parties from both sides of the divide” (citado en Bullard y Repetto 2016: 25).

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

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

Las afirmaciones de los tres autores anteriores - Bichop, Elsing y Townsend, y Cremades – no se refieren a las Reglas IBA, pero se le parecen en la letra. Ellas coinciden respecto de las diferencias entre los sistemas jurídicos, pero, al mismo tiempo, admiten que ambos son

compatibles y que existe, en palabras de Bichop, “una tendencia hacia la armonización” en el arbitraje internacional. Es más, este autor concluye señalando que en el arbitraje internacional debería existir un denominador común alrededor de ciertas reglas, sin percatarse de que ya existen esas reglas simples, claras, concisas y centradas en las Reglas IBA sobre la actuación de pruebas.

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

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

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

En síntesis, por un lado el fenómeno de la globalización a nivel mundial, por otro, la competitividad generada no solamente a nivel nacional sino internacional y, finalmente, la necesidad de armonización que ha sido vista por los expertos de la IBA, han generado que esta entidad haya emitido estas reglas “*soft law*”, denominadas así porque no califican como leyes obligatorias pero que pueden ser adoptadas por las partes para la actuación de las pruebas en un

caso concreto y que constituyen un “amalgama entre el sistema del *common law* con lo mejor del sistema del *civil law*” (Ahbad y Bouchenaki 2011: 93).

2.4. El uso de las Reglas IBA

Las Reglas de la IBA sobre Actuación de Pruebas se están empleando cada vez más. Los autores López de Argumedo y de Ureña consideran:

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

Los autores basan su afirmación en una encuesta realizada entre los arbitralistas, cuyo resultado fue que el 43% de entrevistados declaró haber usado las Reglas IBA en casi todos o en la mayoría de los arbitrajes.

En el Perú viene ocurriendo un fenómeno curioso. Aunque su uso todavía es limitado, no es extraño que en las reglas particulares de algunos arbitrajes se pacte el empleo de las Reglas IBA sobre la actuación de las pruebas. Sin embargo, estas coexiste con el uso de distintas prácticas. Así, a partir de nuestra experiencia profesional, en el año 2016 y 2017 observamos un aspecto importante en el arbitraje nacional. Así, de los tres arbitrajes en los que participamos⁸, en dos - donde era presidente de los tribunales - se aplicaron las Reglas de la IBA con el acuerdo del tercer árbitro y los abogados de las partes. En cambio, en el restante, la negativa fue rotunda, por lo que el arbitraje se llevará bajo las reglas de la Ley de Arbitraje y del Código Procesal Civil.

Frente a los casos descrito, nos preguntamos ¿por qué se aceptaron las Reglas IBA en dos casos y la aplicación analógica del Código Procesal en el otro? Esto se debe a la diferente formación arbitral de los miembros de los tribunales arbitrales. En los dos primeros, intervinieron árbitros y abogados con conocimientos actualizados y en el tercero no. Se trata de un problema que no es jurídico sino de formación y preparación profesional. Los abogados solemos ser renuentes al cambio y más si este demanda esfuerzo.

⁸ Debido al deber de confidencialidad establecido en la Ley de Arbitraje (2008), no incluiremos datos específicos de los arbitrajes mencionados en la presente tesis.

No obstante lo señalado, las Reglas IBA se están usando cada vez más. Al respecto, Karrer afirma lo siguiente: “The parties’ attorneys should understand as early as possible the arbitration proceedings will not follow the procedures called for by their own state courts. Rather they will most often follow the IBA Rules of evidence. In the last few years I cannot remember a single case where these rules were not use as guide lines and I am now talking about cases in jurisdictions literally all over the world” (2008: 74)

2.5. El *soft law*

Las Reglas IBA sobre la actuación de la prueba no tienen carácter imperativo. Se trata de propuestas normativas que pueden aplicarse en casos concretos, pero solo tienen carácter vinculante si las partes se sometan expresamente a ellas. En este caso, dejan de ser *soft law* para convertirse en reglas entre las partes. Así, los autores Ahbad y Bouchenaki señalan lo siguiente: “[...] the International Bar Association, originally created in 1947 in New York by lawyers to promote an Exchange of information between legal associations worldwide, plays a key role in supplying arbitration users a “soft-law” in that field, which started as guidelines and have today become almost binding rules, give their widespread authority” (2011: 93).

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

2.6. Regla de la buena fe

Un extremo novedoso del preámbulo de las Reglas de la IBA está en el apartado 3, que señala que la práctica de la prueba se realizará bajo el principio de que cada parte debe actuar de “buena fe”. Sin embargo, los autores López de Argumedo y de Ureña (2013) advierten que esta disposición presenta tres dificultades, las cuales comentaremos a continuación.

La primera dificultad es que no precisa a quién está dirigida la regla de buena fe, es decir, si solamente a los abogados o también a las partes. Al respecto, consideramos que está dirigida a ambos porque no cabe distinguir donde la norma no distingue. Además, es evidente que nada se

ganaría si las partes tienen una conducta intachable y los abogados actúan con mala fe, o viceversa. Por tanto, esta primera dificultad es de fácil solución.

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

La última dificultad se refiere a cómo garantizar la aplicación de la buena fe, dado que no existen sanciones por su incumplimiento. En principio, la Ley de Arbitraje no soluciona el problema porque su artículo 38 contiene una regla similar a las Reglas IBA, limitándose a señalar que las partes están obligadas “[...] a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje”, pero sin establecer sanciones. No obstante, los centros de arbitraje, como las Cámaras de Comercio, tienen códigos de ética que sí contienen procedimientos para formular quejas por inconductas de abogados y árbitros, los cuales pueden concluir en sanciones. Otra solución sería que los árbitros apliquen “sanciones” en casos grotescos, a través de la regulación de las costas y costos del proceso.

2.7. Análisis de las Reglas IBA sobre la actuación de pruebas

En lugar de realizar un análisis exegético de cada una de las disposiciones de las Reglas IBA sobre arbitraje, nos centraremos en lo referido a la prueba testimonial a la luz de los aspectos desarrollados en el capítulo 1 precedente. Para ello, realizaremos un análisis comparativo entre las disposiciones del Código Procesal Civil, y, eventualmente, en otros códigos de la región, con las Reglas IBA, pero con énfasis en los aspectos que constituyen una positiva novedad o tienen una diferencia relevante. No nos ceñiremos al análisis normativo de las Reglas IBA sino que este recaerá en cómo son interpretadas, ampliadas y analizadas en la práctica profesional.

La comparación no incluirá a la Ley de Arbitraje porque, como hemos explicado, esta sólo contiene tres reglas sobre el tema. Esto se debe a que el legislador peruano ha seguido la Ley Modelo propuesta por The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)⁹, lo cual es considerado un acierto, al punto que la ley peruana ha sido calificada como una de las mejores leyes de arbitraje dictadas en los últimos tiempos. Empero, la ausencia de normas procesales y, sobre todo, de reglas sobre actuación de pruebas no parece conveniente porque se incurre en el defecto que la probática trata de evitar. Esta señala que los abogados no deben limitarse a usar el derecho probatorio sino que requieren saber cómo proceder al interior de un proceso, actuar los medios probatorios y obtener una ventaja lícita de ese conocimiento.

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

Antes de desarrollar el análisis comparativo, debemos precisar que las Reglas IBA sobre actuación de pruebas contienen un preámbulo y definiciones sobre los siguientes temas: ámbito de aplicación, consultas sobre cuestiones probatorias, documentos, testigos, peritos designados por las partes, peritos designados por el tribunal arbitral, inspección, audiencias probatorias, y admisibilidad y valoración de la prueba. En nuestro trabajo, nos concentraremos en los testigos y en algunos puntos importantes, como las audiencias probatorias. Sin embargo, en materia de testigos, las reglas y materias que pueden ser consideradas novedosas o diferentes:

- i) El tribunal y las partes fijan las reglas de la audiencia de pruebas.
- ii) Los principios procesales se cumplen en los arbitrajes a diferencia de los procesos judiciales.
- iii) Todos pueden ser testigos. Eliminación de inhabilidades y prohibiciones a priori.
- iv) Declaración testimonial escrita
- v) El interrogatorio oral en el arbitraje

⁹ El órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional.

- vi) *Leading questions*
- vii) Principales diferencias entre el interrogatorio “civil” y el interrogatorio según las reglas IBA y la práctica arbitral
- viii) El reloj de ajedrez. Economía procesal

En el siguiente capítulo haremos un análisis comparativo de estas innovaciones o modificaciones con las reglas del Código Procesal Civil peruano y, en general, de algunos códigos procesales latinoamericanos.



CAPITULO III

Comparación entre las Reglas del Derecho Procesal Civil y las Reglas IBA

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

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

No interesa para los fines de este trabajo explicar por qué las sentencias fueron opuestas. Más bien, analizaremos una de las más importantes razones por las que el jurado declaró inocente a O.J. Simpson. Para ello, nos basaremos en el resumen del caso “El guante que salvó a O.J. Simpson”, elaborado por Neves de Baers (2012). Este narra que la defensa, además de emplear muchos argumentos sobre racismo, como que los policías investigadores habían sido todos de raza blanca, se basó en la “teoría de los guantes”. El fiscal encargado de acusar a O.J. Simpson por el delito de homicidio había presentado una prueba fundamental: dos guantes con evidencias de sangre de la occisa. Uno había sido encontrado en la escena del crimen, mientras que el otro fue ubicado en el departamento del beisbolista. Esto explicaba por qué no se encontraron huellas dactilares en la escena del crimen ni en el dormitorio de la difunta.

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

necesario llamarlo a declarar sobre lo que ya estaba probado. Desafortunadamente, la fiscalía llamó a declarar a O.J. Simpson y para el efecto también tenía preparados los guantes.

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

Al final, la conclusión fue muy simple: los guantes no le pertenecían a O.J Simpson. El autor Neves de Baers (2012) afirma que “la opinión pública quedó convencida que los guantes fueron sembrados y que la policía no actuó bien. Similar al convencimiento que tuvo el jurado que finalmente declaró inocente al deportista”. Como es fácil advertir, el Fiscal cometió un grave error porque ya había probado que los guantes pertenecían al acusado y que él era el homicida. Su torpeza estuvo en tratar de probar lo que ya estaba probado.

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

Hace dos años tuve la suerte de participar con dos socios de mi Estudio en una audiencia de interrogatorios de testigos que duró más de 20 días [...] La defensa de la empresa estuvo a cargo de mi estudio y la del contratista estuvo a cargo de una prestigiosa firma europea de abogados. Durante la audiencia de interrogatorios desfilaron alrededor de 20 testigos (...). La experiencia fue muy interesante e instructiva [...]. Para nuestros oponentes la prueba testimonial era fundamental para probar su caso. Ellos ofrecieron más de veinte testigos para ese fin. El paradigma europeo de países del common law es que el testimonio constituye evidencia, a menos que se pruebe lo contrario. La palabra vale. Para nosotros, en cambio la prueba de testigos era de relativa importancia y por ello presentamos únicamente cuatro testigos y no nos preocupaba que ellos (nuestros oponentes) tuvieran a más de una docena de miembros de la empresa desfilando con el mismo discurso ante el tribunal. Asumimos que nadie les creería a los testigos que estaban bajo el control de la misma parte que los ofreció, sobre todo si - como en efecto ocurrió- todos decían exactamente lo mismo. Nuestro

paradigma por supuesto (más propio de países del civil law) era uno según el cual la palabra no vale a menos que se pruebe lo contrario (2015: 285-286).

Al concluir la narración el autor reflexiona del siguiente modo:

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

Al finalizar la narración, el autor concluye con la siguiente frase “Dicha experiencia (...) nos obligó a aprender sobre técnicas para interrogar y contrainterrogar testigos, técnicas para sacar la verdad de los hechos ante los ojos y en presencia del tribunal” (2015: 284).

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

3.1. El tribunal y las partes fijan las reglas de la audiencia de pruebas

En un arbitraje, realizado el año 2015, donde participamos como árbitros, el presidente del tribunal poseía una gran experiencia nacional e internacional. Este nos sorprendió desde el comienzo con su reiterada decisión de poner en conocimiento de la parte contraria todo lo que el oponente expresaba en un escrito, y viceversa. Para ello, utilizó la siguiente fórmula: “A conocimiento de la parte contraria por tres días para que exprese lo conveniente a su derecho”. Así se diferenciaba de los procesos judiciales en que se provee “Téngase presente”, salvo cuando se trata de excepciones, oposiciones (denominadas objeciones en el arbitraje), tachas y nulidades.

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

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

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

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

Las juntas de dilatación en las carreteras evitan que se quiebren por falta de ductilidad cuando hay cambios de temperatura. Esto es precisamente lo que ocurre en los procesos civiles: les falta flexibilidad; las reglas son absolutas. Desafortunadamente, estos se encuentran agobiados por las nulidades procesales y no es raro que, una vez llegado el expediente a la Corte Suprema,

el trámite se retrotraiga hasta la primera instancia por haberse incurrido en una de ellas. Sin embargo, estas podrían evitarse si existiera flexibilidad y diálogo entre las partes, que son propios de los procesos arbitrales gracias, entre otras, a las Reglas IBA.

3.2. Los principios procesales se cumplen en los arbitrajes, a diferencia de lo que ocurre en los procesos judiciales

Los principios básicos que deben inspirar los procesos con contenido jurisdiccional son la oralidad, la inmediación, la concentración y la economía procesal (Véscovi 1984; Parra 1992). En este punto realizaremos una comparación factual y legislativa a fin de observar si ambos procesos, el civil y el arbitral, cumplen con dichos principios.

3.2.1. La concentración

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

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

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

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

3.2.2. La inmediación

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

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

No obstante lo señalado, lo más importante respecto de la inmediación en los arbitrajes es que va acompañada de la concentración de los procesos. De este modo, cuando el árbitro deba laudar, recordará las principales actuaciones probatorias así como la impresión que le causaron los alegatos orales - en los que se concede a los abogados una hora para informar y no cinco minutos - y los debates periciales. El árbitro no tendrá que empezar “de fojas cero” como le ocurre al juez civil.

3.2.3. La oralidad y la economía procesal

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

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

De allí que resulte tan importante haber comprobado, en la práctica, al haber litigado en los estrados judiciales durante muchos años, que la oralidad, concentración e inmediación en los procesos civiles se viene perdiendo, mientras que advierto con satisfacción que sí es posible cumplir los mencionados principios en los arbitrajes. Estos son fortalecidos por las siempre actualizadas Reglas IBA y el aporte de la práctica diaria, así como por la diligente conducta de los principales centros de arbitraje en la capital de la República, cuyos reglamentos son actualizados con cierta frecuencia. Por tanto, considero que si el arbitraje lo ha logrado también es posible actualizar y “desenmarañar” el proceso civil.

3.3. Todos pueden ser testigos: la eliminación de inhabilidades y prohibiciones *a priori*

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

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

Lo que no es correcto es prejuzgar, como lo hace el legislador nacional al considerar que el subalterno o empleado o pariente necesariamente declarará en favor de su empleador. En ese caso, se parte de la idea que toda persona, que es llevada a declarar, mentirá para favorecer a alguna de las partes si tiene relación con ella. Ello no necesariamente es así. Puede ocurrir que una persona sea llevada a declarar y que, muy a su pesar, diga la verdad aunque ocasione un perjuicio a los intereses de su padre. Dicha situación no tendría nada de raro puesto que, por encima de las relaciones de parentesco, subordinación o amistad, están los principios morales de toda persona humana. Si el testigo es consciente que lo fundamental en un proceso es el descubrimiento de la verdad y que su deber es colaborar con la justicia, su testimonio deberá ser valorado debidamente. Claro que eso no impedirá que el juez o árbitro partan de una cierta sospecha y juzguen la testimonial con mayor rigor.

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

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

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

Finalmente, al tomarse la declaración al testigo, este tendrá que hacer “una descripción de sus antecedentes”. Si manifiesta, por ejemplo, que ha sido condenado por el delito de difamación, el tribunal estará particularmente alerta sobre si esa persona merece crédito o no. Además, dependerá del desarrollo de la audiencia y de la habilidad de cada abogado, para acreditar o

desacreditarlo. Esto quedará al criterio y valoración del árbitro que, como bien dice Priori, procederá de acuerdo con las reglas de la crítica.

3.4. Declaración testimonial escrita

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

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

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

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

Actualmente, el tema es planteado de modo distinto en el sistema anglosajón, pues, tal como afirma Sinclair: “[...] *there are striking differences in the approach of civil and common law courts and tribunals when it comes to witness evidence*” (2004: 24). Sin embargo, es interesante comprobar que se está produciendo un traslape de las reglas del *common law* hacia las del civil law. Así, el citado autor señala lo siguiente:

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

Lo mismo que podría pasar en el Perú si se tratara de introducir la declaración escrita del testigo pasó en los países del *common law* cuando empezaron a introducir las Reglas de los procesos judiciales domésticos en el arbitraje, pues hasta hace diez años los cuestionamientos eran permanentes (Sinclair 2004). Asimismo, Le Bienvenu y J. Valasek (2004) explican el rechazo inicial a incorporar las reglas del arbitraje internacional en los arbitrajes locales, a pesar de que estas eran conocidas y estaban contenidas en las Reglas IBA. Ello ocurría porque no eran acordes con las expectativas que las partes tenían en un arbitraje.

No obstante, las resistencias están cediendo. La experiencia profesional nos demuestra que en algunos casos se empieza a aceptar la inclusión de las Reglas IBA en las reglas particulares de determinados arbitrajes. Aunque se trata de un proceso de cambio incipiente que tardará algunos años en consolidarse. No pasa lo mismo en los arbitrajes internacionales que se desarrollan en el Perú, en los cuales se acepta con mayor facilidad la inclusión de las Reglas IBA.

Personalmente creo que es saludable para los procesos que coexistan las dos formas de prestar declaración testimonial: primero por escrito pero luego oralmente y mejor si en esta segunda ocasión habrá un interrogatorio cruzado.

3.4.1. Rol del asesor legal: preparación

En los arbitrajes, generalmente se acepta que los abogados asesoren a los testigos, lo que antiguamente se consideraba una práctica incorrecta. Como señalan Bienvenu y J. Valasek: *“Until a few years ago however members of the Bar in various civil law countries where prohibited from having direct contact with a potential witness. In other words preparing a witness was strictly forbidden and anyone who breached the rule would inquire disciplinary sanctions. Recently, the rule has been relaxed in international cases to avoid put civil law lawyers in disadvantage with English barristers or American attorneys”* (2004: 242).

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

En cuanto a la preparación escrita, lo recomendable es pedir al testigo que haga una narración personal de los hechos y hacer hincapié en que solamente debe decir la verdad. Como señalamos, lo más importante de la preparación es la firmeza de la posición ética que debe adoptar el abogado frente al testigo. El autor Hanotiau se refiere a los límites éticos de la siguiente forma: *“In any cases, the lawyers have the ethical duty to avoid attempts to induce the witness to make false testimony. Witness preparation has not become witness manipulation. The starting point for any witness preparation is to remain the witness to tell the truth. Moreover the witness who has been “over-prepared” make quickly lose credibility in the eyes of the Arbitral Tribunal”* (2005:92).

Entonces, como afirman Bienvenú y J. Valasek (2004), queda claro que el rol del asesor legal es buscar la confianza y tranquilidad necesarias para que el testigo preste su declaración conforme a los hechos y de acuerdo a ley. Lo más importante es que la narración sea fiel reflejo de la verdad. De allí que los mismos autores añadan lo siguiente *“[...] the good advocate need not hide the fact that he was involved in the preparation of a witness statement. Rather, the good*

advocate should make it easy for the Tribunal to forget about counsel's involvement, allowing the voice of the witness to come through the document" (2004: 244).

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

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

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

Para concluir, recogemos los consejos simples de Bühler y Dorgan: *"The text of the witness statement may be in narrative form. Depending upon the nature of the information contained in the statement, it may be more convenient to present it in some other form, such as a listing relevant events by way of "bullet points" drafted in "telegraphic" style"* (2000: 13-14).

3.4.2. Cómo debe ser la declaración testimonial escrita

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

- i) el nombre completo y la dirección del testigo;

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

Para tal efecto, abundan recomendaciones de diferentes profesores y abogados litigantes en los foros judiciales y, principalmente, arbitrales. Por ejemplo, bajo el rubro “*Preparation for the hearing*” el autor Sinclair da cuatro recomendaciones:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Para que lo señalado no suceda, Bienvenu y Valasek establecen algunas recomendaciones, a partir de sus reflexiones y la de diversos autores: *“Once a comprehensive draft has been completed, the work is not yet done. The testimony is now ‘right’, but it may not be the ‘best possible’ testimony. [...] A related is organization through headings and subheadings. In a longer statement, sections should be clearly identified by short descriptive headings, and longer sections further sub-divided but descriptive sub-headings”* (2004: 254). No se trata de meras formalidades sino de requisitos esenciales para la comprensión de la declaración.

Es indispensable que la declaración escrita sea muy ordenada de modo que sea fácil ubicar las preguntas, como las respuestas contenidas en dicha declaración para evitar que el lector tenga que revisar todo el texto. Incluso, podría ser recomendable, que quien hace la declaración escrita, en lugar de valerse de una simple narración de los hechos, se formule preguntas a las que inmediatamente le va dando respuestas y así, sucesivamente. La narración, desde nuestro punto de vista, puede permitir fácilmente una primera lectura y su adecuada corrección es indispensable para el momento en que se debe redactar el laudo.

Además, en la preparación de la declaración escrita el abogado debe tener presente y hacer saber al declarante que luego será sometido a un interrogatorio cruzado de modo que se cuide de decir la verdad. Por ello, Bishop señala que *“[a] carefully crafted witness statement should also anticipate the attacks and cross-examinations of the opposing party and the questions of the arbitrators. Thinking through the testimony to ensure that it has the proper level of detail and consistency is important for it to be ultimately persuasive”* (2004: 476-477).

3.4.3. Las ventajas de la declaración escrita

Es difícil encontrar entre los abogados del sistema romano germánico, un autor que opine de manera favorable sobre la declaración escrita. Esta se considera un retroceso porque la tendencia actual está en favor de la oralidad, como ya lo hemos reseñado. Sin embargo, la opinión de Serra, especialista en Derecho Procesal, señala que:

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

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

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

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

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

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

No obstante, la declaración testimonial no es simplemente un acto procesal sino básicamente humano. La hace un hombre o mujer, que es el testigo, y la dirige a otro hombre o mujer, que es el árbitro encargado de definir la controversia. Ambos son seres humanos, de allí que es interesante la afirmación de Sinclair: “*Witness statements are an opportunity to introduce in the tribunal the human side of one case. To win the heart of the arbitrators as well as their mind*” (2004: 34)

Finalmente, con relación al aspecto ético de la declaración escrita, transcribimos la recomendación de Bienvenu y Valasek: “*Assisting the witness with the development of the statements from first draft to polished draft is the very essence of the “invisible” advocacy*

practiced by counsel in international arbitration. It is ethical as long as the final product remains a statement of the testimony of the witness, and not of testimony that has being made up by the lawyer for purposes of the arbitration” (2004: 256).

Es muy interesante la sección 16 de Professional Rules of the Dutch-speaking Brussels Bar, citada por Bühler y Dorgan señalan que: *“In his contacts with the witness, the lawyer will in all circumstances take into considerations the appropriate prudence, decency and integrity. He will strictly refrain from influencing the witness or form inciting him to deviate from the truth”* (2000:5). Como se puede observar, estas reglas no se limitan a exigirle al abogado el cumplimiento del llamado principio de moralidad que consisten en la observancia de los deberes de veracidad, probidad, buena fe y lealtad, señalado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil (1993) sino que le exige prudencia, decencia e integridad y que evite todo tipo de influencias que tenga por finalidad que el testigo no diga la verdad. Insistimos mucho en esto pero es que sin estas cualidades, en particular la decencia del abogado asesor y del testigo, la declaración no será un buen y correcto medio de prueba.

Por ello, para evitar malas interpretaciones, *Schneider sugiere que al final de la declaración se añada un párrafo con la siguiente redacción: “(...) this witness statement has been discussed with my counsel who drafted it and that it is my testimony”* (2005: 583-592). Este último texto probablemente cause un buen impacto en la cultura norteamericana o inglesa, pero en el Perú definitivamente no. Jamás recomendamos un párrafo final a una declaración testimonial en un proceso arbitral seguido en el Perú, pero si el testigo insistiera en hacerla nuestra sugerencia podría ser: **“Esta declaración escrita ha sido hecha íntegramente por mí, primero como un proyecto y luego en su versión definitiva. No he conversado absolutamente con nadie acerca de esta declaración, cuya autoría me pertenece. De acuerdo a ley, he contado con el asesoramiento de un abogado, de quien solo he recibido apoyo legal”**.

3.4.4. Lenguaje de la declaración escrita

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

Existen múltiples recomendaciones, pero lo mejor es que el testigo declare en su idioma y con los modismos que corresponden a su lengua natal. Junto con esa declaración, por ejemplo en

castellano, se podrá acompañar la traducción al idioma del tribunal arbitral o al que hubieran acordado las partes, como es el inglés. Lo que resultaría inconveniente es que la declaración escrita se presente en inglés porque en el examen cruzado las preguntas serán formuladas en dicho idioma. Ello causará dificultades al testigo hispanohablante por más que domine esa segunda lengua.

En nuestra experiencia profesional hemos conocido casos de testigos expertos en Derecho peruano que decidieron responder en inglés al inicio de la audiencia. Sin embargo, fueron sometidos a un inclemente interrogatorio por el abogado contrario, quien usó términos jurídicos que no se dominan fácilmente y que se había preparado intensamente sobre nuestra legislación y su sentido. Quien ha pasado por esa experiencia no volverá a responder en otro idioma que no sea el suyo con el apoyo de un traductor.

También es recomendable cuidar que el testigo de hechos no utilice términos legales que son propios del asesor con quien se ha entrevistado. Este grave error parece ser que es bastante frecuente, lo que resta credibilidad al testigo y hará que su declaración no tenga la virtud de persuasión que espera lograr todo abogado que lleva a declarar a un testigo.

3.5. El interrogatorio oral en el arbitraje

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

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

En la legislación nacional, el Código Procesal Civil (1993) solo contiene una norma referida a las repreguntas y contrapreguntas. El artículo 227 señala que la parte solicitante de la

declaración del testigo y la otra parte pueden hacer repreguntas, por sí mismas o mediante su abogado. Al respecto, Ledesma realiza el siguiente comentario: “Las repreguntas tienen sus raíces en el interrogatorio cruzado del Derecho anglosajón. La norma bajo comentario no precisa en qué momento opera la repregunta, si es al finalizar la respuesta o al finalizar el interrogatorio; sin embargo, señalamos que en aplicación supletoria de la declaración de parte, que recoge el artículo 213 del Código Procesal Civil, esta opera al finalizar el interrogatorio” (2016: 430).

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

La citada autora también señala que las repreguntas “[...] serán para aclarar o ampliar el contenido de las respuestas dadas por el testigo, sea para obtener su declaración respecto de cualquier otro hecho que hubiera sido agregado y pudiese advertirse como conducente así como de los que atañen la determinación de su idoneidad” (2016: 430). Más adelante, Ledesma (2016) opina que con la contra pregunta se persigue no solo la adquisición de nuevas noticias, sino investigar el grado de sinceridad y veracidad del testimonio rendido. El contrainterrogatorio tiene como principal objetivo anular o modificar la evidencia suministrada por el testigo.

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

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

3.5.1. ¿Por qué no se usa la testimonial en los procesos judiciales?

Las razones por las cuales la prueba testimonial no es usada en los procesos judiciales ni en los procesos arbitrales domésticos - salvo que se acuerde emplear el uso de las Reglas IBA - son dos. Por un lado, hay un problema puntual porque los testigos no suelen ser creíbles. Como en el Perú no existe el delito de perjurio, ellos pueden prestar juramento e, inmediatamente, decir lo que se les ha dicho que digan y no lo que consideran la verdad.

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

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

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

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

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

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

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

El mismo autor, también describe su posición sobre la credibilidad:

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

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

3.5.2. La oralidad como principio

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

En el Perú, se acaba de reformar dos leyes procesales, el Código Procesal Penal (2004) y la Ley Procesal del Trabajo (2010), en las cuales predomina la oralidad sobre la escritura. Es más, en la primera reunión de la comisión encargada de revisar el Código Procesal Civil peruano – la cual integramos – observamos que, su presidente hizo hincapié en la importancia de fortalecer y desarrollar la oralidad para alcanzar una mejor justicia. Sus ventajas son un contacto más cercano con el juez, la concentración de los actos procesales, y un proceso celer y más justo.

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

3.5.3. El Interrogatorio

En su libro “El arte de la duda” el profesor italiano de Derecho Procesal Penal Gianrico Carofiglio, citando a Brown, señala la existencia de ciertos parámetros que considera importantes para elaborar un buen interrogatorio oral:

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

Asimismo, el profesor español Manuel Atienza, que elabora el prólogo del libro de Carofiglio, hace un catálogo del interrogatorio que se encuentra en dicho texto:

1. La primera condición para interrogar bien es prepararse bien.
2. No proceda a hacer un contra interrogatorio si no existe perspectivas de obtener un resultado útil, en cuyo caso no hay nada que ganar.
3. El contra interrogatorio procede si se puede obtener alguno de estos resultados: invalidar el testimonio atacando la fiabilidad del testigo o cuestionando la fiabilidad del relato.
4. Interrogue con un objetivo claro y preciso.
5. Interrogue sobre la base de un buen conocimiento de la situación: el sujeto a interrogar, la impresión que ha causado a los árbitros, etc.
6. Elija la modalidad de interrogatorio a utilizar tras considerar el efecto psicológico que pueda causar en los jueces.
7. Evite el enfrentamiento directo entre el interrogado y el interrogado.
8. Evite que se desarrolle el interrogatorio con efectos negativos para el interrogador.
9. Interrogue con cortesía.
10. Nunca trate mal a un testigo desfavorable a no ser que tenga datos objetivos que está mintiendo o que su relato es erróneo
11. Extreme el cuidado en caso de sujetos débiles, como niños o ancianos y no haga comentarios sarcásticos por que causa mala impresión
12. Planifique la secuencia de las preguntas siguiendo un esquema de su argumentación.
13. No haga preguntas arriesgadas, puede llevar a respuestas gravemente perjudiciales.
14. No formule nunca preguntas de importancia crucial cuya respuesta no conozca.

15. Cese de interrogar en el momento que haya obtenido el objetivo que perseguía.
16. Trate que las preguntas tengan una estructura empática y evite el uso de muletillas.
17. Tenga siempre bajo control al interrogado, y maneje con inteligencia las pausas, para que el ritmo sea el adecuado.
18. Utilice conscientemente la mirada para lograr que el interrogatorio sea vivo y fluido.
19. No olvide que todas las reglas pueden tener excepciones.
20. La eficacia de un interrogatorio depende especialmente del contexto, que por definición, es abierto [...] (2010: 13-15).

Este catálogo abierto de Atienza es muy completo porque abarca el interrogatorio desde diversos ángulos, pero básicamente está orientado al interrogador. Son consejos puntuales y muy lógicos al interrogador. Esto es correcto, porque el que se encarga de dar consejos al interrogado es el abogado que lo lleva a declarar como testigo y porque luego él mismo hará las preguntas que el caso amerite, tanto a su testigo como a los testigos de la parte contraria. En lo particular, estimamos que estos consejos serían muy útiles para los Abogados locales que pretendan hacer un buen uso del interrogatorio tanto en los procesos judiciales como en los arbitrajes domésticos.

3.5.4. Formas de interrogatorio

En el artículo 8.3 de las Reglas IBA, se señala que primero deben declarar los testigos del demandante y, segundo, los del demandado (interrogatorio directo). El orden puede ser cambiado por el tribunal arbitral. Luego sigue el famoso interrogatorio cruzado. Finalmente, la parte que llamó al testigo tendrá, posteriormente, la oportunidad de hacer preguntas adicionales sobre asuntos que han surgido en el curso del interrogatorio. Se trata de tres modalidades del interrogatorio, pero en la práctica - probablemente como consecuencia de las reglas sobre arbitraje local en los Estados Unidos - se usa una cuarta modalidad. Esta consiste en la segunda oportunidad dada al abogado de la parte contraria para que también formule nuevas preguntas.

En síntesis, las modalidades del interrogatorio oral son cuatro: directo, examen cruzado, redirecto y recruzado. Este es el orden en que se lleva a cabo cada interrogatorio. Sin embargo, como ya los indicamos el tribunal arbitral puede cambiarlo por su sola decisión o a sugerencia de las partes. Además, habría que añadir las preguntas que el Tribunal puede hacer.

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

3.5.4.1. Interrogatorio directo

i) Concepto

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

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

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

Por su parte, Ezcurra, precisa “[...] que para persuadir al tribunal de nuestra historia será más efectivo mostrarla a través de los protagonistas, antes de escribir cientos de páginas y con argumentos legales y citas con la doctrina más autorizada. Se dice una

foto vale más que mil palabras. Ello es tan cierto porque un testimonio bien logrado es más efectivo que un brillante argumento legal” (2016: 283).

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

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

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

Finalmente, Bailey, un prestigioso abogado norteamericano, incluye una lista breve y muy concreta de elementos para lograr un buen interrogatorio: “Los principales que consideramos en esta introducción a lo que constituye un proceso complejo son: control, velocidad, memoria, sintaxis, lógica, momento oportuno, actitud y conclusión” (1995: 156).

En realidad no es difícil conducir un interrogatorio directo, en caso se acepte en las Reglas del arbitraje, porque para algunos es innecesario si se cuenta con la declaración escrita.

ii) Control sobre el testigo

Hemos advertido que, al ofrecer la declaración de testigos en parte de prueba, algunos abogados locales distinguen entre aquellos sobre los cuales el abogado ejerce control y aquellos sobre los que no. Por ejemplo, si un abogado llama a declarar a su cliente o a un subordinado de este, el abogado tiene control sobre esos testigos, pero si llama a la parte contraria o a la esposa de este, es manifiesto que no lo tiene. No obstante, podría darse el caso de que, en el ofrecimiento de las pruebas, los abogados no hagan el mencionado distingo. Para lograr un correcto desarrollo de las audiencias de pruebas, sería aconsejable que el tribunal arbitral requiera a los abogados que hagan la mencionada precisión, de modo que aquel comprenda mejor el porqué de las preguntas de cada interrogatorio.

iii) Objetivos del directo

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

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

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

Buena parte de los objetivos señalados se logran con el interrogatorio escrito. Empero, el directo permite al abogado que ha llevado a declarar al testigo, que se prepare para el interrogatorio siguiente, es decir, el cruzado o *cross-examination*, que realizará el abogado de la parte contraria. De allí que no sea conveniente renunciar al interrogatorio directo sino realizarlo con el convencimiento de que el testigo está bien preparado y a fin de que vaya haciendo “calistenia” para el contra interrogatorio.

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

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

3.5.4.2. El examen cruzado

i) Concepto

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

El contrainterrogatorio cruzado es aquel que realiza el abogado de la parte contraria a la que ha ofrecido la declaración del testigo que acaba de terminar de prestar su interrogatorio directo. Va, pues, a declarar respondiendo las preguntas que le haga el abogado del adversario. De allí que el testigo no solo requiere preparación sino serenidad y habilidad para responder, pues lo que el mencionado letrado buscará es que el testigo se retracte de lo declarado en el directo o incurra en contradicciones y, si no lo

logra, al menos tratará de hacerle perder credibilidad frente al tribunal. Este interrogatorio suele hacerse a través de las llamadas preguntas sugestivas que, en su texto contienen la respuesta, requiriéndose del testigo únicamente su afirmación o negación de las preguntas así formuladas. Las trataré más adelante.

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

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

Hay coincidencia en la doctrina - Serra, Parra, Carofiglio, Quiroz y muchos autores del *common law* - acerca de la finalidad del examen cruzado, en la forma de preparar al testigo que va a ser materia de un interrogatorio cruzado, el modo de formular las preguntas, qué preguntas deben hacerse, cuándo debe formularse un interrogatorio y cuándo uno debe abstenerse de hacerlo, en qué momento es preciso cortar el interrogatorio e incluso también hay que señalar cuáles son los errores en los que incurren los abogados al usar esta arma. Trataremos de abordar la mayoría de estos temas, guiándome más por la opinión de especialistas puesto que mi experiencia en este tipo de interrogatorios es insuficiente.

ii) **Finalidad del examen cruzado**

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

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

Finalmente, el profesor italiano Carofliglio (2010) indica que hay diferentes modalidades en función de lo que se desea, por ejemplo, si es atacar las respuestas del testigo corresponde hacer lo que él llama “el interrogatorio destructivo”, pero también precisa que otra posibilidad es echarse abajo el testimonio directo “atacando la fiabilidad del testigo”, existiendo un tercer modelo de interacción con testigos desfavorables que consiste en “dirigir su ataque al núcleo mismo del testimonio directo”. Su objetivo es demostrar que la historia que un testigo ha relatado no es cierta (no puede ser creída) porque está plagada de falsedades o se trata de una historia absolutamente increíble desde el punto de vista científico. En este caso, señala Carofliglio “el método consiste en desmontar el relato para invalidar la declaración” (2010:42).

iii) ¿Cómo desacreditar al testigo?

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

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

examination road as well as further develop por amend errors in which he or she could have incurred.” (2004: 458).

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

iv) Habilidad para preguntar: preparación

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

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

v) **Decisiones importantes del interrogador**

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

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

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

Otra decisión importante que tomar consiste en saber cortar el interrogatorio en el momento oportuno. Cymrot señala: “[our] debate tells you something else about cross-examination: when to examine and when to sit down is more easily seen in retrospect than at the moment. Lawyers attempt feats they cannot accomplish. Or they ask one question too many and muddle otherwise helpful testimony. Or they allow the adverse witness to explain away a damaging answer. Someone once wrote there are more suicides than homicides in cross-examination” (2007: 58).

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

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

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

vi) **Las preguntas en el cruzado**

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

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

Vamos observando, entonces, la enorme diferencia entre las preguntas del cruzado con las del interrogatorio directo. En este último, recordemos, las preguntas son abiertas y favorecen que el declarante se explaye hasta donde considere conveniente. En el cruzado no es así, sino que por el contrario se suele recurrir a las preguntas que sólo admiten una respuesta afirmativa o negativa y siguiendo una secuencia lógica, a menos que el interrogador decida valerse de la fórmula del zigzag, que veremos más adelante.

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

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

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

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

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

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

vii) Ejemplos de interrogatorio cruzado

Carofiglio es un autor muy interesante porque, como señala Atienza en el prólogo de “El arte de la duda” (2010), no solamente es un profesor y autor de obras jurídicas sino también literarias. Lo más extraño fue lo que le ocurrió con la primera obra jurídica que

escribió y que, como es fácil suponer, tuvo un tiraje reducido. Al poco tiempo el editor llamó a Carofiglio a solicitar su autorización para hacer una nueva edición y en mayor cantidad de ejemplares puesto que la primera edición se había agotado contra todo pronóstico. El autor comprendió que, además de ser un especialista en derecho procesal penal, tenía una vena literaria que desconocía. Además, ocurrió lo que suele suceder y es que las novelas sobre procesos judiciales, si son bien escritas y con referencia a casos verdaderos, son un éxito de librería, como en efecto ha ocurrido con las obras de Carofiglio.

En el “Arte de la Duda”, se vale de un método muy interesante que consiste en narrar un elevado número de interrogatorios para luego sacar relevantes conclusiones jurídicas, muy útiles para la práctica profesional. Siendo los casos que narra muy ilustrativos, nos limitaremos a poner dos ejemplos de interrogatorios contenidos en el mencionado libro.

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

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

Testigo: sí

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

Testigo: a unos 20 metros o puede que algo más

Abogado: ¿qué hora era?

Testigo: las nueve de la noche

Abogado: ¿y ustedes están afuera en el estacionamiento del supermercado? ¿es exacto?

Testigo: sí

Abogado: ¿el estacionamiento está bien iluminado?

Testigo: no mucho.

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

Testigo: sí algo así, no había mucha luz.

Abogado: en tal caso permítame usted recapitular, los hecho sucedieron a las nueve de la noche en un estacionamiento mal iluminado y usted se encontraba a más de veinte metros del lugar preciso donde se estaba desarrollando la pelea. ¿Es exacto?

Testigo: es exacto. (2010: 21)

Antes de continuar, Carofiglio hace la siguiente reflexión:

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

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

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

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

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

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

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

No vamos a repetir en detalle las distintas finalidades que se pueden alcanzar con el interrogatorio cruzado, pero sea para limitar los daños del directo o para traerse abajo el directo atacando la fiabilidad del testigo o, finalmente, para demostrar la falsedad de lo declarado, el hecho cierto es que el interrogador debe tener una estrategia. Al respecto, Hyam, citada por Carofiglio, afirma lo siguiente: “El fundamento estratégico de todo cross-examination eficaz radica en planificar la secuencia de las preguntas según el esquema de una argumentación, de modo tal que cada pregunta constituya un paso dentro del progresivo desarrollo de la argumentación completa” (1995: 96)

Esta es una estrategia. Puede haber otras, como podría ser un interrogatorio en zigzag, es decir avanzar cronológicamente y, de pronto regresar en el tiempo, para luego retomar el hilo inicial y así sucesivamente a fin de sorprender permanentemente al

testigo. Pero lo que no se puede hacer es “ir de pesca”, frase muy común que se atribuye al interrogador que va preguntando sin ton ni son, es decir en la carencia absoluta de un norte definido, de un plan predeterminado, como se aconseja, para ver si en una de esas logra una respuesta favorable a su tesis de defensa.

El último ejemplo que tomamos de “El arte de la duda” es un caso de asesinato del que se culpa a tres mafiosos. El testigo es un inspector de Policía que dice haber visto a los tres acusados pocos minutos antes de cometerse el crimen. Veamos primero el interrogatorio directo practicado por el Fiscal:

Ministerio Fiscal: ¿En qué unidad presta usted servicio?

Testigo: En la brigada móvil. Unidad de homicidios

Ministerio Fiscal: ¿Conoce a los tres acusados?

Testigo: Muy bien a los tres.

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

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

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

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

Ministerio Fiscal: ¿Qué hora era?

Testigo: Las 19.54

Ministerio Fiscal: ¿Redactó usted el informe de servicio?

Testigo: Sí, lo puse todo por escrito.

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

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

Abogado: ¿Cómo pudo usted anotar; así con tanta precisión, que los había avistado a las 19.54?

Testigo: Miré el reloj.

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

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

Abogado: ¿A qué hora escribió el informe?

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

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

Testigo: lo anoté

Abogado: ¿Qué quiere decir?

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

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

Testigo: Sí.

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

Testigo: Claro

Abogado: ¿Podemos ver esa agenda?

Testigo: Claro.

El presidente hace constar en acta que el testigo muestra una pequeña agenda de bolsillo; queda registrado en acta que se procede a examinar la página correspondiente al día 5 de marzo del año en curso y que en dicha página figura la siguiente anotación: “Calle Pascoli mirando hacia avenida Mazzini, Ticio, Cayo y Sempronio juntos, hora: las 19.54” (2010: 101-102).

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

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

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

1. *Be brief, short, and succinct (...). Never make more than three points on cross-examination.*
2. *Use short questions and plain words.*
3. *On cross-examination never ask anything but leading questions. Put words in the witness' mouth.*
4. *Be prepared. Never ask a question to which you do not know the answer. This is not the time to find out what the case is about.*
5. *Listen to the answer.*
6. *Don't quarrel with the witness.*
7. *Avoid repetition – never permit the witness to repeat what he said on direct examination (if judge hears it twice he probably will believe it).*
8. *Never permit the witness to explain anything*
9. *Avoid the “one question too many”*
10. *Save the ultimate point for summation (pull it together and explain it on summation)*
(2004: 556-557)

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

De otro lado, los autores antes citados, a diferencia de otros que nos han permitido realizar la presente investigación no se limitan a narrar sus experiencias, y eventualmente dar consejos sobre cómo hacer las preguntas y cómo ganar el proceso,

todos los cuales están dirigidos a los abogados de las partes, pero Bishop y Carter (2004), también recomiendan a los árbitros que, una vez terminada la audiencia, no deben retirarse sino quedarse, hacer los comentarios pertinentes respecto de la audiencia y, de ser posible, llegar a ciertas conclusiones preliminares sobre cómo será el fallo final. Estamos plenamente de acuerdo con esta recomendación ya que así se saca ventaja de la inmediatez y concentración, antes comentadas.

viii) Crítica al sistema del *cross-examination*

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

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

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

Sin embargo, Taruffo (2012) reconoce que el *cross-examination* suele tener mucho éxito pero en los llamados juicios por jurado, es decir, en donde no es el juez quien dicta sentencia sino que la culpabilidad o inocencia del procesado es determinada por doce ciudadanos que no son abogados. Es comprensible que un sistema de preguntas y respuestas formuladas con gran efectismo y con un absoluto dominio del lenguaje oral y corporal por parte del interrogador pueda llegar a tener mucha influencia en legos en asuntos legales. Este no es en un sistema en el que quien resuelve es el juez o un árbitro, a quienes por cierto no es fácil influir con armas como las que se utilizan con el *cross-examination*. Sin embargo, el examen cruzado surte efectos definitivamente ante un jurado. Por otro lado, en el segundo caso extraído del “Arte de la duda” de

Carofiglio hemos comprobado cuán negativo puede ser cuando no se sabe practicar. De allí que en nuestra opinión el cruzado es un arma de doble filo.

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

Además, Taruffo señala lo siguiente:

En resumen, lo que está escrito en los manuales que enseñan las tácticas y las estrategias de la *cross-examination* es que ésta debe dirigirse a “destruir” o a “masacrar” el testigo del adversario, sobre todo – y esto es digno de ser notado –, cuando quien interroga sabe que ese testigo ha dicho la verdad. La práctica del *cross-examination* se presta a abusos y vejaciones de todo tipo, que tienen cabida en el “*mental duel*” y en el “*genuine combat*” que se desarrolla entre el abogado y el testigo: mientras más hábil y desprejuiciado sea el abogado, y más débil psicológicamente sea el testigo, más exitosa será la *cross-examination*, aunque resulte en una prevaricación en perjuicio del testigo. Es útil recordar, desde esta perspectiva, que se ha sostenido que la victoria lograda en una *cross-examination* es la victoria de una “*trained curial assassin ambushing an easy target*”: una expresión algo fuerte, pero que ofrece una idea precisa del fenómeno (2012: 194-195)

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

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

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

No obstante que el autor no habría estudiado las Reglas IBA, o en todo caso no les ha prestado mayor atención porque su interés está orientado hacia los procesos civiles y penales y no a los procesos arbitrales, Las Reglas IBA constituyen un buen ejemplo de lo que el autor italiano considera como admisible para efectos del *cross-examination*. Y efectivamente, en las Reglas IBA está permitido el *cross-examination*, ya que según el artículo 8.3 el testimonio oral de una audiencia probatoria se realizará tras el interrogatorio por la parte que ha llamado al testigo y que cualquier otra parte podrá interrogar a dicho testigo en el orden fijado por el tribunal arbitral. De allí que para concluir esta crítica por parte del maestro Taruffo es posible encontrar el término medio al que él alude en sus críticas, en las Reglas IBA, como acabamos de demostrar.

ix) Reflexiones sobre el *cross-examination* o cruzado

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

- a) Estimo que si el abogado no cuenta con pruebas documentales concluyentes, el *cross-examination* puede convertirse en la prueba más importante y, eventualmente, en la clave del éxito. Obviamente, tendrá que seguir las recomendaciones, consejos y reglas citadas en este sub – capítulo.
- b) Debe tenerse presente que el *cross-examination* es un arma peligrosa, es decir, de doble filo. Así como puede conducir al abogado a obtener éxito, lo cual es menos

frecuente de lo que se ve en las películas, no por ello es imposible. Al mismo tiempo y esto sí es más probable, puede ser la causa de una gran derrota. En los casos expuestos por Carofiglio (2010), se ha podido advertir claramente lo impactante y perjudicial que pueden ser un *cross-examination* mal procesado.

c) Hemos comentado frases como “Con un *cross-examination* no se gana un proceso pero sí se pierde” “En una sala de audiencias a la hora del *cross-examination* hay más suicidios que homicidios”, etc., aludiendo a los efectos negativos del *cross-examination*. Pero, también, se puede resumir las recomendaciones más importantes para el éxito del cruzado:

- La preparación es fundamental.
- Es importante tener un listado de temas y no de preguntas porque el interrogador casi no tendrá tiempo para leer y sobre todo porque el interrogatorio es muy dinámico y, a veces, con respuestas imprevistas. Basta tener un apunte con los cinco o seis objetivos concretos a alcanzar.
- La estrategia a seguir más recomendable es planificar la secuencia de preguntas tratando de seguir una determinada argumentación. Hay otras estrategias pero siempre debe seguirse una.
- Nunca debe uno aventurarse a preguntar sin saber la respuesta.
- Es mejor hacer pocas preguntas y de preferencia concretas y cortas. Cuando sea necesario (y se cuente con cierto respaldo documental) es posible hacer las llamadas *leading questions*.
- Nunca se debe hacer preguntas abiertas.
- Se debe saber perfectamente cuándo cortar el interrogatorio.

Sería conveniente que exista una legislación peruana expresa en el arbitraje y no simplemente las Reglas IBA que son *soft law*. En nuestro contacto con el arbitraje moderno, hemos encontrado varios casos en los que propusimos la aplicación de las Reglas IBA y obtuvimos respuestas negativas de otros árbitros o los abogados de las partes. Todavía son pocos los abogados que conocen esas reglas y que estén dispuestos a hacer un arbitraje actualizado y moderno. Si las tornamos obligatorias, ayudaríamos a su inmediata e ineludible aplicación.

3.5.4.3. Interrogatorio redirecto

Las cartas están completamente jugadas, el tribunal conoce lo que ha ocurrido, primero, al leer la declaración del testigo ofrecido por una de las partes y, luego, al comprobar cómo ha respondido el interrogatorio cruzado. Como bien señala Angulo “[...] el redirecto constituye una segunda y última oportunidad de efectuar preguntas al testigo que se hubiera llevado a la audiencia, inmediatamente después que se le hubiera contra interrogado” (2007: 54). Asimismo, el especialista en materia penal indica: "No estamos obligados, ni estratégica, ni sustantivamente a efectuar un re directo, debemos hacerlo únicamente en aquellos casos que sea necesario. Ciertamente será necesario cuando es imperativo hacer una aclaración o cuando el testigo necesite ser re habilitado” (2007: 57.)

Estando en las circunstancias descritas, las Reglas IBA permiten al abogado, que ofreció la prueba en primer término y formuló las preguntas en el interrogatorio directo, salvar la declaración prestada en el examen cruzado y ayudar al testigo a explicarse mejor respecto de las contradicciones en que hubiera incurrido en el cruzado. Ese es fundamentalmente el objetivo del re directo.

Las preguntas deben circunscribirse a los hechos y preguntas que se han desarrollado en el examen precedente. En otras palabras, el que ha ofrecido la prueba no puede aprovechar el examen re directo para formular preguntas al testigo sobre hechos que no fueron tocados en el examen directo. Esa no es la idea del examen re directo, sino únicamente permitirle al testigo que se explique mejor y, hasta cierto punto, que defienda lo declarado, primero por escrito y después en el directo, si es que esto ha sido atacado en el examen cruzado.

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

Sin embargo, como no es frecuente que un testigo en un arbitraje según las Reglas IBA mienta descaradamente sino que por lo general comete olvidos o se expresa mal, hemos visto en algunos arbitrajes que con dos o tres preguntas bien formuladas es fácil que el testigo se exprese

mejor y salga de la difícil situación en que lo pueden haber puesto en el cruzado, repito si sus errores no son graves.

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

El marco del cuadro al que hacía referencia Blackaby solamente será puesto en la "obra de arte" si es que fuera imprescindible hacerlo. En caso contrario o de no estar seguro de rehabilitar a su testigo, mejor será abstenerse de formular el re directo.

3.5.4.4. Interrogatorio recruzado

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

En todo caso, lo interesante es que el proceso siempre es una confrontación dialéctica, por un lado, de quien sostiene una tesis y, por la otra, quien afirma la antítesis. Así ocurre con estos cuatro interrogatorios: Habla A, contesta B; vuelve a hablar A y nuevamente contesta B.

A modo de resumen de las cuatro formas de interrogatorio, reitero que, el principal objetivo del interrogatorio directo es que el testigo repita o amplíe lo dicho en el *written statement* o declaración escrita. A continuación, el abogado contrario formulará el cruzado o *cross-examination*, tratando que el testigo se contradiga o, por lo menos, quede desacreditado. El

testigo puede ser salvado en el re directo. Finalmente, el *re-cross* servirá para que el abogado contrario reitere, de alguna manera, la tesis desarrollada en el examen cruzado.

3.6. *Leading questions*

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

En los arbitrajes es común el empleo de las *leading questions* siempre que se hayan aprobado las formas de interrogatorio que he señalado anteriormente. De lo contrario, podrían suscitarse discusiones entre las partes que tendrán que ser resueltas por el tribunal.

No obstante, Sinclar pone un ejemplo para demostrar que los árbitros no siempre están familiarizados con el *cross-examination*: “*In one recent arbitration a german arbitrator admonished the english cross-examiner for asking leading questions, and instructed him only to ask questions commencing with: Who, what, where, when, how and why. This is of course diametrically at odds with normal practice and the advice repeated through the leading advocacy manuals for common law practitioners which insist “questions on cross-examination should be leading”* (2004: 42-43).

Así como hemos visto el caso descrito, también me he encontrado en diferentes tribunales arbitrales en los que he participado, en los cuales en más de una ocasión mis colegas árbitros no aceptan la aplicación de las Reglas IBA. Incluso, hay abogados que no conocen dichas reglas o que, conociéndolas, prefieren no someterse a ellas. En realidad, una pregunta es denominada *leading question* o pregunta sugerida o dirigida cuando el interrogado solo puede asentir o negar lo que se le inquiere. Ya hemos visto que las Reglas IBA las permiten “siempre que no induzcan “irrazonablemente sus respuestas” (artículo.8.2).

Sin embargo, la pregunta sugerente o sugestiva - como la traducen Cabanellas y Hoague (2001) - no siempre es contraria a los fines de la justicia, puesto que en muchos casos se les considera que son una ayuda prestada a la memoria del testigo. Angulo también ve este objetivo aparentemente apropiado cuando dice que “[s]e utiliza preguntas sugestivas, por lo general, cuando se tiene como objetivo, recordar al testigo algunos hechos que olvidó” (2007:

108-189). Además, el autor señala que “muchos litigantes pueden mencionar el caso de la persona cuya memoria era manifiestamente clara durante la etapa preparatoria y de preparación del juicio y que sin embargo se derrumba al ocupar el estrado de testigos durante el debate” (2007: 188-189).

La pregunta sugestiva tiene por objeto tres finalidades: Por un lado, ayudar a la memoria del interrogado; en segundo lugar, tener un interrogatorio célere y sin tanta demora como es el caso del interrogatorio tradicional; y por último tener permanentemente bajo control al interrogado y que este “no se vaya por las ramas” respondiendo temas que no tienen nada que ver con el interrogatorio. Es común en la actuación de esta prueba que el testigo conteste algo distinto.

Esta es una técnica vedada a la que recurren algunos testigos con la finalidad de evadir lo preguntado. Empero, si el interrogador está en control, no deberá permitir esa respuesta y, más bien, solicitarle al árbitro que le exija responder lo preguntado.

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

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

Por otro lado, es interesante el análisis que realiza Chocano, cuando afirma lo siguiente:

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

Fácilmente se advierte que las preguntas sugestivas son en sí mismas peligrosas, como ya lo hemos indicado, puesto que lo que se busca es una respuesta determinada la cual se pone en el texto de la pregunta. De allí que algunos doctrinarios ingeniosamente denominan a las *leading questions* como “respuestas preguntadas”.

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

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

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

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

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

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

Lo que acabo de expresar tiene lógica por cuanto el tratadista colombiano Parra se pregunta: “¿Qué es más fácil? ¿Inventar una mentira o aceptar repitiendo lo que otro ha fabricado o elaborado en virtud de la pregunta? Es innegable que a todo el mundo le es más fácil asentir a la mentira de otro repitiendo lo que este le insinúa en la pregunta.” (1996, tomo I: 240). Con este simple ejemplo, que el autor colombiano denomina escenario psicológico, nos lleva a la respuesta que en efecto es más sencillo responder a una pregunta cuya respuesta está contenida en la formulación del interrogatorio.

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

3.7.Principales diferencias entre el interrogatorio civil y el interrogatorio según las reglas IBA y la práctica arbitral

Al haber revisado la doctrina y algunos casos jurisprudenciales del interrogatorio en el proceso civil así como según las Reglas IBA a las cuales debemos adicionar la práctica del arbitraje local, consideramos que las principales diferencias serían las siguientes:

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

Por el contrario, la prueba de testigos no tiene mayor uso en el sistema civil, donde se encuentra desprestigiada. Ello se debe a dos razones. La primera es la falta de credibilidad en la palabra del testigo. Mientras que la segunda razón se debe a que en el proceso civil, no se conocen las ventajas de este medio de prueba ni los mecanismos para su correcta utilización. Entre estos se encuentran la preparación del interrogador y del testigo, el examen cruzado, y la punición penal efectiva.

- ii) De acuerdo con las Reglas IBA, la declaración testimonial es la que hace un tercero o la parte por escrito, en la llamada *written statement*, y de manera oral en la audiencia de pruebas. En cambio, según el sistema civil la prueba de testigos solo la hace un tercero y oralmente ante el juez o árbitro.
- iii) En la audiencia sobre la actuación de prueba de un proceso de arbitraje internacional que está regido por las Reglas IBA, así como en la práctica del arbitraje, se conocen cuatro etapas del interrogatorio que tiene objetivos diferentes. En cambio, en el sistema civil peruano la diferencia es poco clara. Si bien el Código Procesal Civil (1993) se refiere a la posibilidad de formular preguntas, repreguntas y contra preguntas, la doctrina consultada no es precisa al respecto, lo cual demuestra el poco uso que tienen.
- iv) Según el sistema de las Reglas IBA, en principio, todos pueden ser testigos, incluida la parte, sus parientes y sus subordinados. No existen limitaciones salvo que un tribunal arbitral decida impedir la participación de un tercero cuando sea absolutamente incapaz. Ello porque en las mencionadas Reglas se presume que toda persona es hábil para declarar, salvo que el árbitro concluya lo contrario. Por su parte, el Código Procesal Civil (1993) contiene un régimen detallado de prohibiciones e inhabilidades. Esto se debe a que parte de la presunción no escrita de que el testigo necesariamente va a favorecer a su pariente, íntimo amigo o acreedor.
- v) Según los arbitralistas del *common law*, así como de quienes emplean las Reglas IBA, la preparación del testigo, de los abogados y de las preguntas, sumadas al aprendizaje y

desarrollo de las técnicas de litigación oral, son indispensables para obtener éxito en las audiencias de pruebas.

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

- Decir la verdad y no pretender engañar a quien ha ofrecido la prueba, menos al tribunal arbitral.
 - Responder de la misma forma como se le ha preguntado, es decir, si la pregunta es breve, clara y concreta, la respuesta debe reunir las mismas características. La excepción ocurre cuando se formulan preguntas abiertas porque permiten al declarante extenderse sobre lo que recuerde y le parezca pertinente.
 - Prepararse de manera adecuada, invirtiendo mucho tiempo con el testigo para que soporte con serenidad y aplomo el interrogatorio cruzado del oponente, y su declaración sea un éxito. Sin embargo, la preparación excesiva no es conveniente, porque, el testigo debe decir la verdad con sus propias palabras y no con las del abogado o la parte que ha pedido su declaración.
 - Someter al testigo a un interrogatorio simulado previo. Esto permite que el abogado advierta cómo reacciona ante preguntas sensibles: si se pone nervioso, contesta mal, tartamudea o responde de manera equivocada. Ello puede hacer que se dé marcha atrás y no lo lleven a declarar oralmente, aunque su declaración escrita ya no sea merituada por el tribunal.
- vi) En el antiguo Código de Procedimientos Civiles (1912), todas las preguntas al confesante debían formularse en sentido afirmativo con la finalidad de hacer efectivo el apercibimiento para quien se negara a responder. El apercibimiento implicaba que las respuestas se tenían por respondidas en el mismo sentido. Para ese legislador, las ahora llamadas *leading questions* no eran peligrosas y constituían la forma regular de preguntar. Acertadamente, en el actual Código Procesal Civil (1993), dicha regla no existe; sólo se exige que la pregunta sea clara y precisa. Habría sido ideal que el legislador previera el interrogatorio cruzado e incluyera la regulación de las preguntas sugestivas, como ocurre en las Reglas IBA.

El tema que sigue a continuación también marca una gran diferencia entre ambos interrogatorios pues el “reloj de ajedrez” es conocido y aplicado solo en los arbitrajes.

3.8.El reloj de ajedrez en el arbitraje

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

A modo de ilustración de ese proceso ideal nos permitimos describir la siguiente experiencia. En una oportunidad, nos topamos con un profesor de Derecho Procesal muy imaginativo, quien nos reveló, muy seguro de sí mismo, que sí existía ese proceso. Cuando en la guerra, el capitán de un batallón advierte la deserción de uno de sus soldados, inmediatamente y en un solo acto, lo emplaza, llamándolo por su nombre para que retorne (demanda). Si el desertor no regresa, lo cual equivale a una contestación negativa, el Capitán dicta la sentencia, que no es apelada, y procede a ejecutar el fallo, disparando al desertor. ¡Todo en un minuto!.

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

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

Cada vez que un abogado, por ejemplo, toma la declaración de un testigo, se resta el tiempo empleado del total que tiene asignado. Este debe cuidar - al igual que un jugador de ajedrez - de no gastar todo su tiempo en un solo interrogatorio porque aún le falta interrogar a otros testigos e incluso a los peritos propios y ajenos. Al final de la semana, se habrán actuado todas las pruebas, a menos que una parte se haya quedado sin tiempo disponible según lo que manda el reloj. También el tribunal está sujeto al reloj de ajedrez porque se le asigna un tiempo - menor al

de las partes - para que haga preguntas en la misma audiencia. Incluso, se puede asignar los tiempos a los abogados para hacer sus informes orales antes de terminar la audiencia.

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

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

Finalmente, señalamos tres condiciones para que el reloj de ajedrez preste las ventajas que hemos comentado:

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

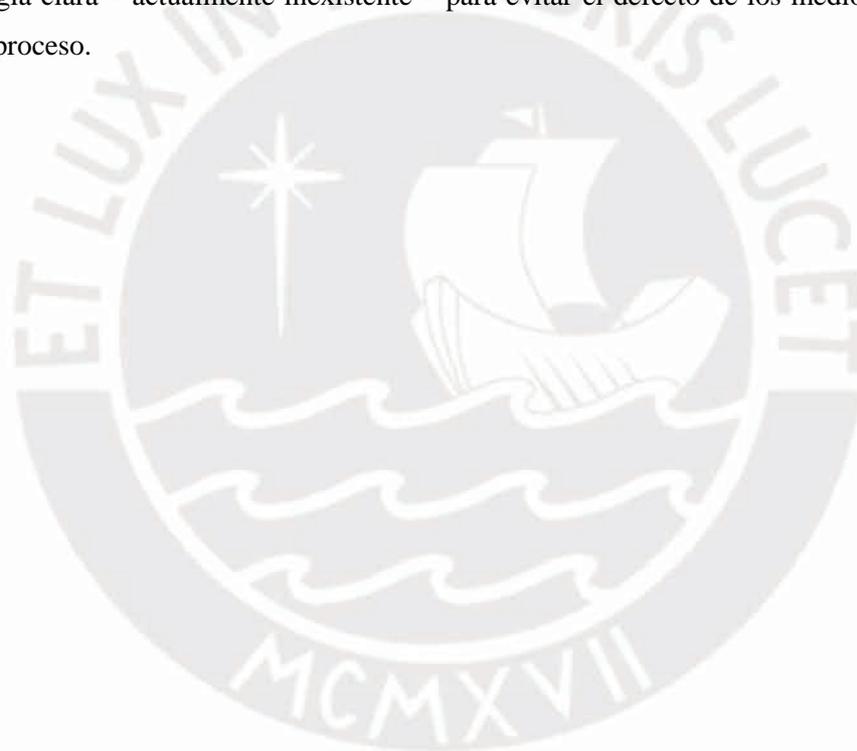
Como puede apreciarse, este procedimiento ordenado, beneficia no solo a los abogados sino al Tribunal y al proceso porque permite a los primeros, que tienen una estrategia determinada, preguntar y repreguntar a todos sus testigos y de la contraria, al igual que a los peritos, sin perder tiempo; y al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

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

CONCLUSIONES

1. Ante la evidente disminución del uso de la prueba de testigos en los procesos judiciales civiles - a diferencia de otros procesos jurisdiccionales, como el laboral, el penal y el arbitral - es preciso estudiar fórmulas o mecanismos que reviertan esta situación, sobre todo en procesos donde no suele haber prueba documental.
2. El modo típico para lograrlo es el estudio de otros Códigos Procesales de la región, que pudieran ser más modernos. Ese camino es el que actualmente recorre en parte la Comisión nombrada por el Ministerio de Justicia para el efecto. Nosotros proponemos, adicionalmente, recurrir a la probática y a las Reglas IBA sobre actuación de pruebas, que son propias del arbitraje y están enriquecidas por la práctica local.
3. El principio de flexibilidad, aplicado junto con los principios de oralidad, concentración, inmediación y economía procesal, tienen plena vigencia en los arbitrajes locales y no son solo una aspiración académica. Estos deben replicarse en los procesos judiciales, respetando las diferencias esenciales de cada proceso.
4. El uso de la declaración testimonial escrita, como parte de un conjunto de medidas para impulsar el empleo de la prueba de testigos, es digno de un estudio más profundo. No atenta contra el principio de oralidad porque el testigo será interrogado verbalmente en la audiencia de pruebas y debería ser sancionado severamente en caso se descubriera la falsedad de lo declarado y no como ocurre actualmente.
5. Es indispensable que, en el desarrollo de la audiencia de pruebas, exista la posibilidad de que los abogados puedan formular los cuatro modos de interrogatorio, es decir, el directo, cruzado, redirecto y recruzado.
6. El examen cruzado puede ser una buena arma para descubrir la falsedad de la declaración testimonial, principalmente si está acompañada de otras de similar valor. Para ello, se requiere que el interrogador haya evaluado la conveniencia de usarla y esté adecuadamente preparado.
7. La regla de que todos pueden ser testigos, incluidos parientes, subordinados y otros, es válida. El prejuicio del legislador al respecto es inconstitucional porque afecta el derecho a la prueba. Lo que interesa son las respuestas del testigo, las cuales serán materia de valoración por el juzgador, de acuerdo con las reglas de la crítica.

8. Uno de los más claros anhelos de los litigantes en los procesos civiles es acortar los tiempos, es decir, que los procesos no se “eternicen”. La única solución no es aumentar el número de jueces sino estudiar e incorporar algunas de las soluciones ingeniosas del arbitraje. Es el caso del reloj de ajedrez que está rindiendo frutos.
9. Las Reglas IBA son *soft law*. Al no ser imperativas, su aplicación demanda tiempo y esfuerzo al tribunal y a las partes a fin de que las pacten. Su incorporación – debidamente adaptadas - en la legislación nacional arbitral debería ser estudiada.
10. Sería aconsejable que las Reglas IBA tengan una o más disposiciones sobre otros temas de la prueba como es el caso de la carga de la prueba. Además, estas tendrían que consignar una regla clara – actualmente inexistente – para evitar el defecto de los medios de prueba en un proceso.



BIBLIOGRAFÍA

AHBAD, Jalai y Amal BOUCHENAKI

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

ANGULO, Pedro

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

BAILEY, F. Lee

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

BENDER, Raymond

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

BIENVENU, Pierre y Martin J. VALASEK

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

BISHOP, Doak y James H. CARTER

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

BLACKABY, Nigel

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

BÜHLER, Michael y DORGAN, Carroll

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

BULLARD, Alfredo y José Luis REPETTO

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

BUSTAMANTE, Reynaldo

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

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

CABANELLAS, Guillermo y Eleanor G. HOAGUE

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

CARNELUTTI, Francesco

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

CAROFGLIO, Gianrico

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

CHOCANO, Percy

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

COLLANTES, Jorge

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

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/44D686718D847DB905257CFD006C8ED7/\\$FILE/ArbitrajeEnLasDistintas%C3%81reasDelDerechovol4.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/44D686718D847DB905257CFD006C8ED7/$FILE/ArbitrajeEnLasDistintas%C3%81reasDelDerechovol4.pdf)

CREMADES, Bernardo e Ignacio MAGDALENA

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

http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RP_A_10_2010.pdf

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

- 2007 La *Ley N.º 29057*. Ley que modifica diversos artículos del Código Procesal Civil. Lima, 28 de junio.
- 2010 *Ley N.º 29497*. Nueva Ley Procesal del Trabajo. Lima, 13 de enero.
- 2015 *Ley N.º 30293*. Ley que modifica diversos artículos del Código Procesal Civil. Lima, 27 de diciembre.

CYMROT, Mark

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

DAMASKA, Mirjan R.

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

DEVIS ECHANDÍA, Hernando

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

EZCURRA, Huáscar

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

FERRER, Francisco

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

FORTIER, Yves y Stephen DRYMER

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

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola

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

GACETA JURÍDICA

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

GIBBONS, Margaret

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

GONZÁLES DE COSSÍO, Francisco

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

HANOTIAU, Bernard

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

HYAM, Michael

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

HWANG, Michael

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

HWANG, Michael and Andrew CHIN

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

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION

2010 Reglas de la IBA (International BAR Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional. London, 29 de mayo de 2010. Traducción de Inés de San Martín y Florencia Lebensohn. Consulta: 21 de setiembre de 2016.

http://www.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/practicadepuebas/practica_de_prueba.pdf

2016 *Report on the reception of the IBA arbitration soft law products*. New York. Consulta: 1 de marzo de 2017.

file:///D:/_DATA/Downloads/IBAsoftlawArbproducts-ArbGuidelinesandRulesSubcommittee.pdf

GALLOWAY, Patricia

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

GRIFFIN, Peter R.

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

JURISTA EDITORES

2013 *Código Civil*. Lima: Jurista Editores.

KARRER, Pierre A.

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

KEHOE, Edward

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

LEDEZMA, Marianella

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

LIEBMAN, Enrico

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

LÓPEZ DE ARGUMEDO, Álvaro y Juliana DE UREÑA

2013 “Nuevas tendencias en la práctica de pruebas en el arbitraje internacional: Comentarios a las Reglas de la IBA sobre práctica de prueba en el arbitraje internacional (aprobadas

el 29 de mayo de 2010)”. En SOTO, Carlos y Delia REVOREDO. *Arbitraje internacional: pasado, presente y futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. pp. 499-523

LÖRCHER, Gino

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

MADDEN, John

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

MANTILLA, Fernando

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

MANZANERO, Antonio

1991 *Realidad y Fantasía: Credibilidad, Metamemoria y Testimonio*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Psicología. Consulta: 2 de febrero de 2017.
http://eprints.sim.ucm.es/26704/1/Realidad%20y%20Fantas%C3%ADa_Credibilidad%252C%20metamemoria%20y%20testimonio.pdf

2010 “Hitos de la historia de la psicología del testimonio en la escena internacional”. *Boletín de Psicología*. Valencia, número 100, pp. 89-104. Consulta: 2 de febrero de 2017.
<http://eprints.ucm.es/11470/1/N100-6.pdf>

MANZANERO, Antonio y José Luis GONZÁLES

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

MANZANERO, Antonio y José Manuel MUÑOZ

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

MARCONDES, Fernando

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

MAZZONI, Giuliana

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

MINISTERIO DE JUSTICIA y ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

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

1998 *Código Penal*. Lima: Ministerio de Justicia. Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos.

MUÑOZ SABATÉ, Luis

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

2007 *Introducción a la probática*. Barcelona: Editor J.M. Bosch.

MURO, Manuel y Miriam TOMAYLLA

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

NEVES DE BAERS, Victorio

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

NEWMAN, Lawrence y Ben SHEPPARD

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

PARRA, Jairo

1992 *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Parte General. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A.

1996 *Tratado de la prueba judicial*. Tomo I. Quinta edición. Santa Fé de Bogotá: Ediciones Librería de Profesional.

PABÓN, Pedro

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

PICÓ I JUNOY, Joan

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

PRIORI, Giovanni

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

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

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

QUIÑONES, Héctor

2003 *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño. Un análisis crítico del sistema oral en el proceso penal salvadoreño desde una perspectiva acusatoria adversativa*. República de El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura. Consulta: 30 de enero de 2017.
http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/pnacw581.pdf

QUIROZ, William

2015 *El interrogatorio cruzado en el modelo procesal acusatorio*. Lima: Ideas Solución Editorial.

RAFFO, Mauricio

1999 “Prohibiciones para a la declaración de testigos y la libre valoración de la prueba”. *Revista peruana de derecho procesal*. Lima, número 3, pp. 215-222.

RODRÍGUEZ, Maribel

2012 “Los privilegios probatorios (*evidentiary privileges*) en arbitraje internacional, en especial el secreto profesional, privilegios abogado-cliente y privilegio de negociación (*settlement privilege*)”. *Revista del Club Español de Arbitraje*. Madrid, número 15, pp. 79-102

RONEY, David

2003 “Effective Witness Preparation for International Commercial Arbitration”. *Journal of International Arbitration*. London, volumen 20, número 5. pp. 429-435.

SANDERS, Paul

1999 *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*. The Hague: Kluwer Lay International.

SCHNEIDER, Michael

2005 “Advocacy with Witness Testimony”. *Arbitration International*. London, volumen 21, número 2, pp. 583-592.

SENTÍS MELENDO, Santiago

1978 *La Prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América.

SERRA, Manuel

2009 *Estudios de Derecho Probatorio*. Lima: Communitas.

SCOTT, Teresa y Antonio MANZANERO

2015 “Análisis del expediente judicial: Evaluación de la validez de la pruebas testifical”. *Papeles del Psicólogo*. Madrid, volumen 36, número 2, pp. 139-144. Consulta: 3 de febrero de 2017.

<http://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/2569.pdf>

SOTO, Carlos

2008 *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión. El Arbitraje en el Perú y el Mundo*. Tomo I. Lima: Magna.

2011 *Tratado de Derecho Arbitral*. Tomo 2. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

SOTO, Carlos y Alfredo BULLARD

2011 *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Dos tomos. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.

SINCLAIR, Anthony C.

2004 “Differences in the Approach to Witness Evidence Between the Civil and Common Law Traditions”. En BISHOP, Doak y Edward KEHOE (editores). *The Art of Advocacy in International Arbitration*. New York: Juris. pp. 23-47.

TARUFFO, Michele

2005 *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer. Madrid: Editorial Trotta.

2009 *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons.

2010 *Simplemente la verdad. El juez y la constitución de los hechos*. Traducción de Daniela Accatino. Madrid: Marcial Pons.

2012 *Teoría de la Prueba*. Lima: Ara Editores.

TAWIL, Guido

2004 “Attacking the Credibility of Witnesses and Experts”. En BISHOP, Doak y Edward KEHOE (editores). *The Art of Advocacy in International Arbitration*. New York: Juris. pp. 451-462.

UNIVERSIDAD DE ALICANTE

2009 Psicología del testimonio. Tema 3. Exactitud y fiabilidad del testimonio [diapositiva]. Consulta: 15 de octubre de 2016.

https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/12918/3/TEMA_3_Psicolog%C3%ADa%20de%20Testimonio.pdf

VERGER, Joan

2003 “Disposiciones generales de la prueba, prueba de interrogatorio de parte y testigos”. *Revista peruana de derecho procesal*. Lima, número 6, pp. 501-563.

2004 “La técnica de las pruebas orales como presupuesto de eficacia del juicio acusatorio”. *Revista peruana de derecho procesal*. Lima, número 7, pp. 529-562.

VÉSCOVI, Enrique

1984 *Teoría general del proceso*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis.

VALERA, Casimiro

2007 *Valoración de la prueba. Procedimientos civil, comercial y penal*. Segunda edición.
Buenos Aires: Editorial Astrea

VAN HOUTTE, Hans

2004 “Counsel-witness Relations and Professional Misconduct in Civil Law Systems”. En
V.V. VEEDER and Laurent LÉVY (editores). *Arbitration and Oral Evidence*. Dossiers
of the ICC Institute of World Business law, volumen 2, Kluwer Law International. pp.
105-113.

VON SEGESSER, Georg

2002 “Witness Preparation in International Commercial Arbitration”. *ASA Bulletin*. Geneve,
volumen 20, número 2. p. 222-228.

WOLF, John y Kelly PRETEROTI

2007 “Written Witness Statements. A Practical Bridge of the Cultural Divide”. *Dispute
Resolution Journal*. New York, volumen 62, número 2, pp. 82-88.

