

La producción documental en el arbitraje: un mecanismo destacado en la práctica internacional

DOCUMENT PRODUCTION IN INTERNATIONAL ARBITRATION
AND ITS APPLICABILITY IN DOMESTIC ARBITRATION.

*Carlos Elías Correa García**

Recibido/Received: 20/12/23

Aceptado/Accepted: 08/01/24

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Fundamentos teóricos de la producción documental en el arbitraje internacional. 2.1. ¿En qué consiste la producción de documentos? 2.1.1. ¿Qué ocurre en los sistemas procesales de civil law? 2.1.2. ¿Qué ocurre en los sistemas procesales de common law? 2.1.3. ¿Qué ocurre en arbitraje internacional? 2.2. Facultad de los tribunales arbitrales para ordenar la producción documental en el arbitraje internacional. 2.2.2. Regulación procesal en el arbitraje internacional. 2.2.2.1. Lex arbitri y regulación por defecto. 2.2.2.2. Acuerdo entre las partes. 3. Facultad del tribunal para modular las reglas procesales. 3.1. Reglamentos internacionales de arbitraje que reconocen expresamente la facultad para ordenar la producción de documentos. 3.2. Efectividad de la producción documental en el arbitraje internacional. 3.2.1. El uso de “inferencias adversas”. 3.2.2. Colaboración entre los tribunales arbitrales internacionales y la justicia ordinaria para la obtención de pruebas. 3.3. Alcance y requisitos de la solicitudes de producción de documentos. 3.3.1. Uso de normas de soft law. 3.3.2. Requisitos para la solicitud de producción documental bajo las reglas de la IBA y las reglas de praga. 3.3.3. Identificación adecuada del documentos o “categoría de documentos”. 4. Relevancia y

* Estudiante de pregrado de la Facultad de Derecho, Política y Desarrollo de la Universidad Espíritu Santo (UEES). Correo electrónico: carloscorrea@uees.edu.ec. El autor desea expresar su profundo agradecimiento al equipo de Coronel & Pérez, cuya motivación, aliento y apoyo fueron fundamentales para llevar a cabo este trabajo académico. Sin su invaluable colaboración, esta investigación no habría sido posible.

materialidad del documentos solicitado. 5. Poder, custodia y control del documento solicitado. 6. Documento solicitado no caiga bajo el ámbito de “privilegios”. 6.1. Redfern schedules. 7. Aplicabilidad de la producción documental en el arbitraje doméstico. 7.1. Libertad configurativa de la regulación sobre la prueba en el arbitraje doméstico y posibilidad de emplear la producción documental. 7.2. Límites a la configuración de las reglas sobre la prueba a la luz de la sentencia 2822-18-ep/23. 7.3. Implementación de la producción de documentos en el contexto ecuatoriano. 8. Conclusiones.

RESUMEN: Este trabajo académico se centra en el análisis de la “producción documental” (*document production*) como una práctica extendida en el ámbito del arbitraje internacional. En primer lugar, se examinan los fundamentos teóricos, los antecedentes y la definición de este mecanismo procesal, así como la autoridad conferida a los tribunales arbitrales para emitir órdenes al respecto. A continuación, se aborda la situación actual de la producción de documentos en los foros internacionales de arbitraje, considerando el marco normativo vigente y los requisitos vinculados a las solicitudes de producción de pruebas documentales, de acuerdo con instrumentos de *soft law* como las Reglas de la IBA y las Reglas de Praga. Por último, se explora la viabilidad de aplicar este mecanismo en el contexto del arbitraje doméstico, en consonancia con la legislación ecuatoriana vigente.

PALABRAS CLAVE: producción documental, *Redfern schedules*, arbitraje internacional, arbitraje doméstico

ABSTRACT: This academic paper focuses on the analysis of document production as a common practice in international arbitration. First, it examines the theoretical foundations, background, and definition of this procedural mechanism, as well as the authority of arbitral tribunals to order it. Furthermore, it addresses the current state of document production in the field of international arbitration, considering the existing regulatory framework and the requirements for requests to produce documents under soft law instruments such as the IBA Rules and the Prague Rules. Finally, it explores the applicability of the document production mechanism in domestic arbitration, in accordance with current Ecuadorian law.

KEYWORDS: document production, *Redfern schedules*, international arbitration, domestic arbitration

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje se caracteriza por su flexibilidad, impulsada por el principio de autonomía de la voluntad que emana de su origen contractual. Bajo esta premisa, las partes gozan de una notable libertad para diseñar las reglas procesales que mejor se adapten a sus necesidades, siempre en consonancia con los límites establecidos por el orden público y el debido proceso. Esta flexibilidad se manifiesta de manera importante en el ámbito probatorio, donde tanto las partes como los árbitros tienen la amplitud necesaria para establecer las reglas que regirán la presentación, validación y actuación de pruebas. Este aspecto es uno de los factores que convierten al arbitraje en un mecanismo tan atractivo a nivel mundial.

En Ecuador, con la emisión de la Sentencia 2822-18-EP/23 del 13 de septiembre de 2023, la Corte Constitucional ha respaldado significativamente la flexibilidad de adaptación de las reglas de procedimiento en el arbitraje nacional. Esta Sentencia reafirma la amplia libertad de las partes para configurar y modificar las reglas procesales, incluyendo aquellas relacionadas con la prueba, lo que, a su vez, abre la posibilidad para explorar diversas instituciones jurídicas comunes en el arbitraje internacional y considerar su aplicación en el arbitraje doméstico.

En este contexto, una de las figuras jurídico-procesales más empleadas en los foros internacionales de arbitraje es la “producción documental”, denominada en inglés como *document production*. Este mecanismo procesal desempeña un papel crucial en la recopilación y presentación de pruebas en procedimientos arbitrales, ya que permite a las partes acceder a documentos relevantes y contribuye a la transparencia y economía procesal.

En esencia, la producción de documentos requiere que una de las partes del arbitraje, a solicitud de su contraparte o del tribunal arbitral, presente o exhiba documentos bajo su control que puedan resultar determinantes para la resolución del caso¹. Este mecanismo encuentra respaldo en las regulaciones de diversas

1 A. REDFERN Y M. HUNTER, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4ta. Ed., Editorial La Ley, 2007.

instituciones arbitrales a nivel mundial y en instrumentos de *soft law*² utilizados tanto en el arbitraje comercial internacional como en el de inversión.

A partir de las consideraciones expuestas, el presente trabajo académico tiene como objetivo revisar los fundamentos teóricos y la aplicación práctica de la producción documental en la esfera del arbitraje internacional. Para cumplir este propósito, se seguirá la siguiente estructura:

En la *Sección 2* se examinarán algunos aspectos generales de la producción de documentos en el arbitraje internacional.

- En la *Subsección 2.1.* se revisarán los principios que rigen la presentación de pruebas en los sistemas procesales del *civil law*, el *common law* y el arbitraje internacional, con miras a comprender en qué consiste la producción documental y cuáles son sus antecedentes.
- En la *Subsección 2.2.* y la *Subsección 2.3.* se analizará el estado actual de la producción de documentos en el arbitraje internacional, considerando el marco regulatorio vigente, junto con los requisitos y alcances de las solicitudes de producción documental bajo instrumentos de *soft law* como las Reglas de la IBA³ y las Reglas de Praga⁴.
- En la *Subsección 2.4.* se abordará la utilización de tablas de producción de documentos (conocidas como *Redfern Schedules*) en la resolución de objeciones a las solicitudes documentales.

En la *Sección 3* se explorará la aplicabilidad de la producción documental en el arbitraje doméstico, a la luz de la legislación nacional y de la Sentencia 2822-18-EP/23, teniendo en cuenta los posibles límites constitucionales que puedan surgir en este ámbito.

2 Según la definición de Pastor, el término “*soft law*” engloba una diversidad de actos que varían en su origen y naturaleza, y aunque inicialmente carecen de efectos jurídicos vinculantes, adquieren relevancia de diversas maneras. En el ámbito internacional, esto incluye normas convencionales, acuerdos no vinculantes, resoluciones, recomendaciones y declaraciones de principios emitidas por organizaciones o conferencias internacionales, las cuales tienen un carácter meramente exhortatorio y no obligatorio, y sirven como guía u orientación en términos programáticos. Sin embargo, en el contexto que estamos tratando, estas normas pueden adquirir el carácter de reglas adjetivas aplicables al procedimiento arbitral, ya sea por acuerdo entre las partes o por disposición del tribunal arbitral. B. PASTORE, “Soft Law y la Teoría de las Fuentes del Derecho.” *Journal of The Saudi Pharmaceutical Society* 1 (2014).

3 Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, 2020).

4 Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (*Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration*, 2018).

Finalmente, en la *Sección 4*, presentaremos algunas conclusiones generales que resumen los hallazgos y puntos clave discutidos en el presente trabajo académico.

2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA PRODUCCIÓN DOCUMENTAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Antes de entrar a analizar el mecanismo procesal objeto de estudio en este trabajo académico, es crucial abordar una cuestión preliminar: el término “producción de documentos” (*document production*) puede llevar a confusiones, dado que, en el sistema procesal ecuatoriano, se utiliza la palabra “producción” como sinónimo de “práctica” de la prueba.

En este sentido, debemos destacar que el concepto de “práctica de la prueba” en el derecho nacional se refiere a la actividad de utilización o actuación de los medios probatorios, previamente anunciados y admitidos, que se lleva a cabo dentro de un proceso judicial para demostrar ante el juzgador los hechos que han sido ofrecidos en los actos de proposición⁵. En cambio, la “producción de documentos” en el arbitraje internacional se relaciona con la presentación de medios probatorios documentales, a solicitud de la contraparte o del tribunal arbitral, para su posterior validación a través de un análisis de admisibilidad que lleva a cabo el propio tribunal.

Para evitar confusiones, una traducción más adecuada de la figura *document production* podría ser “exhibición de documentos”. No obstante, para los fines de este trabajo académico, se ha preferido mantener el término “producción documental” por ser ampliamente utilizado por la doctrina a nivel internacional.

Después de haber efectuado esta advertencia inicial, en la presente Sección nos adentraremos en el estudio de este mecanismo procesal en el contexto del arbitraje internacional. Esto incluirá la exploración de la institución del *discovery* angloamericano, el antecedente cercano de la producción documental, su definición, y la facultad que poseen los tribunales arbitrales para emitir órdenes relacionadas con la producción de documentos.

5 J. L. MAZÓN, *Ensayos críticos sobre el COGEP*, Tomo I, 2da. Ed., Legal Group Ediciones, 2020.

2.1. ¿EN QUÉ CONSISTE LA PRODUCCIÓN DE DOCUMENTOS?

Primero, debemos tener en cuenta que el arbitraje internacional se presenta como un espacio de convergencia de diversas tradiciones jurídicas, siendo frecuente que los abogados de una parte estén familiarizados con sistemas procesales derivados del derecho continental-europeo (*civil law*), mientras que aquellos de la otra parte provengan de jurisdicciones arraigadas en el derecho angloamericano (*common law*). Esta disparidad de sistemas se vuelve evidente en el ámbito probatorio, donde emergen notables diferencias, particularmente en lo que respecta a la presentación de pruebas.

Según Taruffo, en general, se puede distinguir entre sistemas “centrados en las partes”, donde la presentación de pruebas depende en gran medida de la actividad de las partes, y sistemas “centrados en el tribunal”, en los cuales el juzgador desempeña un papel mucho más activo en la etapa de aportación probatoria⁶. En esta línea, es importante conocer que el desarrollo y los principios que rigen la presentación de pruebas difieren entre los sistemas procesales del *civil law*, el *common law* y el arbitraje internacional.

2.1.1. ¿QUÉ OCURRE EN LOS SISTEMAS PROCESALES DE *CIVIL LAW*?

En los sistemas del derecho continental-europeo, basados en el principio general conocido como “*affirmanti incumbit probatio*” (la carga de la prueba recae en quien hace una afirmación), la actividad probatoria se enfoca principalmente en la demostración de los hechos en disputa⁷. Como resultado, la presentación de prueba documental se limita a este propósito específico, lo

6 M. TARUFFO, *La prueba*, Marcial Pons, 2008.

7 Es importante destacar que, aunque la aplicación de la regla general del *onus probandi* prevalece, existen excepciones establecidas por el legislador por razones de orden público, que invierten la carga de la prueba. Por ejemplo, en el sistema procesal civil ecuatoriano, el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) establece en el inciso primero de su artículo 169 la regla general de la carga de la prueba, pero en los incisos 4 y 5 de dicho artículo, se disponen dos excepciones que invierten la carga de la prueba en asuntos de familia y medio ambiente. El COGEP detalla:

Art. 169 COGEP.- Carga de la prueba.- Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. [...] En materia de familia, la prueba de los ingresos de la o del obligado por alimentos recaerá en la o el demandado, conforme con lo dispuesto en la ley sobre el cálculo de la pensión alimenticia mínima. En materia ambiental, la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o la o el demandado [...].

que implica que, en principio, las partes solo están obligadas a presentar aquellos documentos que contribuyan a demostrar la veracidad de sus afirmaciones con respecto a un hecho controvertido en particular⁸.

Bajo este contexto, es importante hacer algunas precisiones. A pesar de que la regla general en los sistemas de derecho continental-europeo establece que todas las pruebas deben ser anunciadas y adjuntadas en los actos de proposición con el fin de respaldar las afirmaciones de una parte con respecto a los hechos que alega⁹, cabe destacar que la mayoría de los ordenamientos jurídicos de esta tradición contemplan remedios procesales que permiten obtener pruebas documentales o periciales en posesión de terceros, en situaciones en las que una de las partes no puede acceder a dichas pruebas por sus propios medios¹⁰.

En el derecho ecuatoriano, el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) contempla la figura del “auxilio judicial” que faculta al juez a ordenar a la otra parte (o incluso a terceros no involucrados en el litigio) que proporcione todo documento o información que esté en su poder y que fuese solicitada mediante auxilio¹¹. No obstante, debe señalarse que el alcance de esta figura suele ser bastante restringido y se limita a elementos probatorios de “imposible” acceso. Además, se requiere que dicha solicitud se presente en los actos de proposición, ofreciendo indicaciones precisas sobre el contenido, el lugar en que se encuentra y la absoluta imposibilidad de obtener el medio de prueba

8 Al respecto, COUTURE señala: “El principio general de la carga de la prueba puede caber en dos preceptos: a) *En materia de obligaciones*, el actor prueba los hechos que suponen existencia de la obligación, y el reo los hechos que suponen la extinción de ella. b) *En materia de hechos y actos jurídicos*, tanto el actor como el reo prueban sus respectivas proposiciones. Por virtud del primer principio, el actor tiene la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la obligación, y si no la produce, pierde el pleito, aunque el demandado no pruebe nada: el demandado triunfa con quedarse quieto, porque la ley no pone sobre él la carga de la prueba. El mismo principio, desde el punto de vista del demandado, es el siguiente: si el demandado no quiere sucumbir como consecuencia de la prueba dada por el actor, entonces él, a su vez, debe producir la prueba de los hechos extintivos de la obligación; y si no lo hace, pierde”. E. COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, (Buenos Aires: 1973), p. 243.

9 N.8.

10 J. L. MAZÓN, N. 5 (2020).

11 Art. 159 COGEP.- Oportunidad.- La prueba documental con que cuenten las partes o cuya obtención fue posible se adjuntará a la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, salvo disposición en contrario. La prueba a la que sea imposible tener acceso deberá ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, con las excepciones previstas en este Código. Todo documento o información que no esté en poder de las partes y que para ser obtenida requiera del auxilio del órgano jurisdiccional, facultará para solicitar a la o al juzgador que ordene a la otra parte o a terceros que la entreguen o faciliten de acuerdo con las normas de este Código. [...].

solicitado¹². En consecuencia, debe notarse que este remedio procesal tiene una naturaleza distinta y un alcance mucho más limitado en comparación con lo que se observa en los sistemas de *common law* o en el arbitraje internacional, tal como se expondrá a continuación.

2.1.2. ¿QUÉ OCURRE EN LOS SISTEMAS PROCESALES DE *COMMON LAW*?

A diferencia de lo que sucede en el modelo continental-europeo, en los sistemas de derecho angloamericano se fomenta una actividad probatoria más amplia con dos objetivos principales: en primer lugar, se busca descubrir la verdad en su totalidad, sin limitarse únicamente a demostrar la veracidad de hechos controvertidos específicos; en segundo lugar, pretende prevenir sorpresas procesales durante el juicio. Este enfoque sobre la actividad probatoria se materializa a través de una fase preliminar previa al juicio denominada *discovery* o *disclosure*, en la cual las partes están obligadas a revelar todos los documentos que puedan utilizar para respaldar sus reclamaciones o defensas.

El *discovery*, como institución procesal, encuentra sus raíces en el caso inglés *Compagnie Financiere du Pacifique v Peruvian Guano Co.* de 1882, donde el juez ponente, Lord Justice Sir William Brett del *Queen's Bench*¹³, estableció la regla de que una parte está obligada a revelar a la otra “todos los documentos en su posesión o bajo su control relacionados con cualquier asunto disputado en la reclamación”¹⁴. En otras palabras, en este sistema procesal, las partes están obligadas a presentar todas las pruebas documentales en su poder, incluso aquellas que pudieran ser perjudiciales, y además tienen la facultad de solicitar a su adversario la presentación de documentos específicos.

12 Art. 142 COGEP.- Contenido de la demanda.- La demanda se presentará por escrito y contendrá: [...] 7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica. 8. La solicitud de acceso judicial a la prueba debidamente fundamentada, si es del caso.

13 *Queen's Bench* era la antigua Corte de Apelaciones Inglesa, actualmente denominada *Court of Appeal for England and Wales*.

14 *Compagnie Financiere du Pacifique v Peruvian Guano Co* (1882) 11 QBD 55: “*The party swearing the affidavit is bound to set out all documents in his possession or under his control relating to any matters in question in the action.*”

En los Estados Unidos, las *Federal Rules of Civil Procedure*, en su reforma más reciente de 2022, reconocen el *pre-trial discovery* en la fase preliminar del juicio, que incluye la divulgación de documentos (*discovery of documents*)¹⁵. Según estas Reglas, tan pronto como sea posible, las partes deben llevar a cabo una conferencia preliminar para discutir varios aspectos procesales y presentar propuestas y acuerdos para un plan de *discovery*¹⁶.

En el caso estadounidense, el proceso de *discovery* experimentó un desarrollo gradual que culminó con la introducción, en 1970, de un sistema de divulgación de pruebas amplio y generalizado, lo que en muchas ocasiones provoca costos considerablemente altos¹⁷. A menudo, las partes se involucran en lo que se denomina como *fishing expeditions*, donde solicitan grandes cantidades de información documental basándose exclusivamente en conjeturas. Debido a esto, las *Federal Rules of Civil Procedure* establecen restricciones al *discovery* en las siguientes circunstancias: (i) con base en la “relevancia” de la información solicitada; (ii) cuando se utiliza este proceso para perturbar o incomodar a la parte contraria; y (iii) cuando la información solicitada cae bajo el ámbito de “privilegios” (sobre este punto, véase la *Subsección 2.3.2.*)¹⁸.

En cambio, en el Reino Unido, con la introducción de las *Civil Procedure Rules* en 1999, se restringió el alcance y la naturaleza del *discovery* tradicional, que pasó a llamarse *disclosure and inspection of documents*. Actualmente, las *Civil Procedure Rules* imponen a ambas partes la obligación de proporcionar “listas de documentos” en su posesión. Estas listas deben incluir tanto aquellos documentos que respalden los argumentos de la parte, como aquellos que puedan tener un impacto adverso en su propio caso o en el de su adversario¹⁹. En esta línea, el estándar aplicable a la elaboración de las listas de documentos es el de búsqueda razonable de la información (*reasonable search*)²⁰.

15 *Federal Rules of Civil Procedure* (2022), Regla 26 (a)(3).

16 La Regla 26 (f) de las *Federal Rules of Civil Procedure* determina: “*Except in a proceeding exempted from initial disclosure under Rule 26(a)(1)(B) or when the court orders otherwise, the parties must confer as soon as practicable—and in any event at least 21 days before a scheduling conference is to be held or a scheduling order is due under Rule 16(b).*” *Federal Rules of Civil Procedure* (2022), Regla 26 (f).

17 M. TARUFFO, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana: El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*, Editorial Temis, 2008.

18 *Federal Rules of Civil Procedure* (2022), Regla 26 (b).

19 *Civil Procedure Rules* (2023), Regla 31.10 (2), (3) y (4).

20 La Regla 31.7 (1) de las *Civil Procedure Rules* establece: “*When giving standard disclosure, a party is required to make a reasonable search for documents falling within rule 31.6(b) or (c).*”

2.1.3. ¿QUÉ OCURRE EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL?

Dentro de los procedimientos arbitrales, se aplican los principios fundamentales de buena fe, transparencia y equidad procesal, con el objetivo de garantizar que ninguna de las partes se encuentre en desventaja en lo que respecta al acceso a información relevante para sustentar su caso²¹. Por lo tanto, en la práctica arbitral internacional, la presentación de prueba documental busca enmarcarse en un contexto de equilibrio entre los sistemas procesales del *civil law* y el *common law*, a pesar de las marcadas disparidades entre ambos²².

A partir de lo expuesto, el principio de “buena fe procesal” en el arbitraje implica, en términos generales, que las partes en litigio deben presentar pruebas que respalden adecuadamente sus argumentos y, al mismo tiempo, otorga a cada parte el derecho de acceder a las pruebas que respaldan las alegaciones de su contraparte²³. Sin embargo, para abordar cualquier vacío probatorio o falta de evidencia en relación con las alegaciones previamente presentadas, se inicia una etapa específica en la que se solicita la “producción” o “exhibición” de documentos que se encuentren en posesión de la parte contraria, incluso si estos documentos fueran desfavorables para la parte requerida.

Según Urdaneta, la producción documental en el ámbito del arbitraje internacional se define como un mecanismo mediante el cual una de las partes involucradas en el procedimiento se ve compelida, a solicitud de la otra parte, a presentar documentos específicos o una categoría determinada de documentos que se hallen bajo su posesión, control o custodia²⁴. A diferencia de lo que ocurre en el sistema probatorio del *common law*, en el arbitraje, la producción de documentos no es automática; en su lugar, requiere una resolución emitida por el tribunal arbitral que la ordene. De esta forma, a través de una evaluación previa de la solicitud en términos de su razonabilidad, se busca mitigar los posibles

21 En esta línea, el artículo 18 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional, establece el siguiente principio procesal: “Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.”

22 Como destacan Várady, Barceló y Von Mehren, para los abogados formados en la tradición del *common law*, particularmente para aquellos entrenados bajo el sistema estadounidense, puede ser un desafío adaptarse a los principios que rigen la actividad probatoria en el contexto del arbitraje internacional, debido al alcance limitado del *discovery*. T. VÁRADY, J.J. BARCELÓ Y A.T. VON MEHREN, *International Commercial Arbitration: A transnational perspective*, 2da. Ed., Thomson West (2003).

23 E.J. URDANETA, “La producción de documentos en el arbitraje internacional”, *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 2 (2021).

24 N. 23.

costos que la parte requerida podría enfrentar, en contraste con el proceso de *discovery* estadounidense, que tiende a ser más amplio y menos selectivo.

Por último, es importante destacar que en el arbitraje internacional se adopta una definición amplia del término “documento” que engloba cualquier tipo de registro que contenga información relevante, independientemente de si se encuentra en formato físico o electrónico. Las Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, en su versión más reciente de 2020, establecen que un documento significa cualquier “escrito, comunicación, foto, diseño, programa o datos de cualquier tipo, ya consten en papel, soporte electrónico, audio, visual o en cualquier otro medio”²⁵. Asimismo, las Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (conocidas como “Reglas de Praga”) de 2018, aunque no proporcionan una definición específica de “documentos”, establecen que los elementos de prueba documental pueden ser presentados en copias o en formato electrónico, respaldando así la noción de que, para estos efectos, se considera “documento” a cualquier contenido escrito o audiovisual que se encuentre en soporte físico o electrónico²⁶.

2.2. FACULTAD DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES PARA ORDENAR LA PRODUCCIÓN DOCUMENTAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Después de explicar en qué consiste la producción documental, nos corresponde abordar la facultad de los tribunales internacionales para ordenar este mecanismo de exhibición de elementos probatorios en procedimientos de arbitraje. Para comprender esta potestad, es esencial destacar que la producción de documentos es una cuestión de derecho adjetivo que se rige principalmente por el acuerdo de las partes, aunque está sujeta a ciertas limitaciones que pueden derivar de normas de orden público y de derechos fundamentales como el debido proceso.

En los siguientes párrafos, analizaremos algunos puntos clave relacionados con la regulación procesal que determina la facultad de los tribunales internacionales de arbitraje para ordenar la producción de documentos. Sin embargo, debe advertirse que, aunque el arbitraje se rige principalmente por el principio de autonomía de la voluntad, para efectos didácticos, abordaremos en primer

25 Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020), Definiciones.

26 Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (2018), Artículo 4.7.

lugar la regla por defecto que se aplica en ausencia de un pacto expreso. Luego, examinaremos la importancia de los acuerdos de las partes en materia de regulación procesal, y, finalmente, la facultad supletoria del tribunal arbitral para determinar y modular sus actuaciones procesales.

2.2.4. REGULACIÓN PROCESAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

2.2.4.1. *LEX ARBITRI* Y REGULACIÓN POR DEFECTO.

En el arbitraje internacional, la regulación procesal está intrínsecamente vinculada a la *lex arbitri*, que determina las reglas de procedimiento que se aplicarán. La ley del lugar o sede del arbitraje generalmente define la *lex arbitri* y, en ausencia de un acuerdo explícito entre las partes, esta ley regirá por defecto los asuntos de índole procedimental. Como señala Petrochilo, tanto la jurisdicción del tribunal arbitral como otros aspectos procesales relevantes, incluyendo aquellos relacionados con la práctica de pruebas, están subordinados a esta ley particular²⁷. Por lo tanto, identificar la *lex arbitri* resulta fundamental para determinar la regulación procesal sobre la práctica de pruebas que se aplicará por defecto, en ausencia de un acuerdo expreso entre las partes.

En este contexto, como se mencionó, el principal criterio para determinar la *lex arbitri* aplicable a un procedimiento arbitral es la ley del lugar o sede del arbitraje. Un ejemplo ilustrativo de la utilización de este criterio se encuentra en el Laudo Interino del Caso No. 5029 de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). En este caso, dos empresas francesas y dos empresas egipcias acordaron someter sus controversias a arbitraje bajo el Reglamento de la CCI, sin especificar una sede. Cuando las empresas francesas presentaron una demanda ante la CCI en virtud del convenio arbitral, la CCI determinó que los Países Bajos serían la sede del arbitraje. Frente a esta situación, el tribunal arbitral consideró que, al no existir una designación específica sobre la ley que regiría el arbitraje, la ley arbitral neerlandesa se convertía en la *lex arbitri* aplicable. Además, el tribunal enfatizó que la *lex arbitri* no corresponde a la ley general que rige los procedimientos en la jurisdicción ordinaria, sino a la ley especial —en materia arbitral— del Estado donde se lleva a cabo el arbitraje²⁸.

27 G. PETROCHILOS, *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford University, 2004.

28 Interim Award in ICC Case No. 5029 XII Y.B. Comm. Arb. 113 (1987), en G. BORN, *International Arbitration: Cases and Materials*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011.

2.2.4.1. ACUERDO ENTRE LAS PARTES

La regulación procesal en el arbitraje depende de los acuerdos y configuraciones establecidos por las partes. Este principio se ha incorporado en diversos instrumentos internacionales, como la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional, adoptada por la mayoría de los Estados promotores del arbitraje. El Artículo 19 numeral 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI reconoce la libertad de configuración del procedimiento acordado por las partes como la regla general, y, en situaciones en las que no exista un acuerdo, el tribunal arbitral tiene la facultad discrecional de determinar las reglas procesales más apropiadas según las circunstancias del caso, como se establece en el numeral 2 del mismo Artículo²⁹.

3. FACULTAD DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA MODULAR LAS REGLAS PROCESALES

Como se ha indicado, debido a la flexibilidad inherente al arbitraje, y en ausencia de un acuerdo entre las partes (ya sea de manera directa o mediante la referencia al reglamento de un centro de arbitraje), el tribunal posee la facultad supletoria para determinar y ajustar las reglas procesales que regirán sus actuaciones.

Además de estar contemplada en las legislaciones nacionales de los Estados que favorecen el arbitraje, esta facultad discrecional de modular el proceso goza de amplio reconocimiento en la mayoría de los reglamentos de arbitraje a nivel internacional. Por ejemplo, el Artículo 19 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) concede expresamente esta potestad al tribunal arbitral³⁰.

29 Art. 19 Ley Modelo de la CNUDMI.- Determinación del procedimiento.- 1) Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. 2) A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas

30 Art. 19 Reglamento de Arbitraje de la CCI.- Normas aplicables al procedimiento.- El procedimiento ante el tribunal arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el tribunal arbitral determine ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional a ser aplicado en el arbitraje.

Asimismo, el Artículo 44 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (comúnmente conocido como el “Convenio CIADI”) establece que, salvo pacto en contrario, los procedimientos arbitrales sustanciados ante el CIADI se llevarán a cabo de acuerdo con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes otorgaron su consentimiento para el arbitraje, y dispone también que “[c]ualquier cuestión de procedimiento no prevista en [la Sección 3 del Capítulo IV del Convenio CIADI], en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal”³¹.

3.1. REGLAMENTOS INTERNACIONALES DE ARBITRAJE QUE RECONOCEN EXPRESAMENTE LA FACULTAD PARA ORDENAR LA PRODUCCIÓN DE DOCUMENTOS

Siguiendo con los reglamentos de instituciones arbitrales internacionales, debemos señalar que estos generalmente confieren al tribunal arbitral la facultad específica de ordenar la producción de documentos. En el ámbito del arbitraje comercial, el Artículo 25 numeral 4 del Reglamento de la CCI establece que “[e]n todo momento durante el procedimiento arbitral, el tribunal arbitral podrá requerir a cualquiera de las partes que aporte pruebas adicionales”³². Además, en su Apéndice IV, titulado “Técnicas para la conducción del caso”, el reglamento de la CCI señala que se pueden utilizar tablas de producción de documentos (también conocidas como *Redfern Schedules*) para facilitar la resolución de objeciones a las solicitudes de producción documental³³.

Por otra parte, el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA, por sus siglas en inglés) dispone en su Artículo 22.1 que el tribunal arbitral tiene la autoridad, ya sea a solicitud de una de las partes o de oficio, para requerir a cualquier parte que presente documentos o copias de documentos bajo su custodia, cuando el tribunal considere que dichos elementos de prueba son relevantes³⁴.

En el contexto del arbitraje de inversión, el Artículo 43 (a) del Convenio CIADI junto con la Regla 36 (3) de su Reglamento de Arbitraje, reconocen

31 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Artículo 44.

32 Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2021), Artículo 25 (4).

33 Sobre este punto, véase la *Subsección 2.4*.

34 Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (2020), Artículo 22.1 (v).

la capacidad del tribunal arbitral para solicitar a cualquiera de las partes que aporte documentos u otros medios de prueba en cualquier fase del proceso, siempre que sea considerado necesario para la resolución del caso³⁵. Por su parte, la Regla 37, que trata las diferencias relacionadas con las solicitudes de producción de documentos, proporciona un conjunto de criterios para guiar al tribunal arbitral en su toma de decisiones³⁶.

En concordancia, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, en su versión de 2021, también prevé la posibilidad de que el tribunal ordene la producción de documentos. De manera análoga al Reglamento del CIADI, el Artículo 27 numeral 3 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI dispone que el tribunal arbitral tiene la facultad para requerir a las partes la presentación de documentos u otras pruebas en cualquier etapa del procedimiento³⁷.

A continuación, se presenta un cuadro comparativo que resume las reglas de las instituciones arbitrales mencionadas anteriormente, las cuales otorgan al tribunal arbitral la facultad de ordenar la producción de prueba documental.

	Reglamento de Arbitraje de la CCI (2021)	Reglamento de Arbitraje de LCIA (2020)	Reglamento de Arbitraje del CIADI (2022)	Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2021)
Disposición	Artículo 25 (4)	Artículo 22.1 (v)	Regla 36 (3)	Artículo 27 (3)
Contenido	“ Art. 25.- [...] (4) En todo momento durante el procedimiento arbitral, el tribunal arbitral podrá requerir a cualquiera de las partes para que aporte pruebas adicionales.”	“ Art. 22.1.- El Tribunal Arbitral tendrá el poder [...] (v) para ordenar a cualquier parte que presente al Tribunal Arbitral y a las demás partes documentos o copias de documentos en su posesión, custodia o control que el Tribunal Arbitral considere relevantes.”	“ Regla 36.- [...] (3) El Tribunal podrá requerir a una parte que presente documentos o cualquier otro medio de prueba si lo considera necesario en cualquier momento del procedimiento.”	“ Art. 27.- [...] (3) En cualquier momento de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá exigir, dentro del plazo que determine, que las partes presenten documentos u otras pruebas.”

35 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Artículo 43 (a), y Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Regla 36 (3).

36 Ídem, Regla 37.

37 Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Artículo 27 (3).

3.2. EFECTIVIDAD DE LA PRODUCCIÓN DOCUMENTAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Para concluir esta Sección, es de suma importancia resaltar que, dado que los tribunales de arbitraje internacional carecen de poder coactivo y requieren la intervención de los jueces ordinarios para la ejecución de sus decisiones, resulta esencial evaluar la eficacia del mecanismo de producción documental cuando las partes no manifiestan su disposición para cooperar en la presentación de documentos. Además, nos corresponde analizar la colaboración entre los tribunales arbitrales internacionales y los tribunales de justicia ordinaria para obtener elementos de prueba a los cuales las partes involucradas en el proceso arbitral no pueden acceder por sus propios medios.

3.2.1. EL USO DE “INFERENCIAS ADVERSAS”

Como señala González de Cossío, la efectividad del mecanismo de producción documental en el arbitraje depende en gran medida de la voluntad cooperativa de las partes. En situaciones en las que las partes no manifiestan su disposición para cooperar con la exhibición de documentos, resulta difícil que el tribunal arbitral aplique medidas coercitivas desde una perspectiva puramente jurídico-positiva³⁸.

Sin embargo, incluso en tales circunstancias, los tribunales internacionales de arbitraje recurren a una sanción *de facto* conocida como “inferencias adversas” o “conclusiones desfavorables”. Estas inferencias se aplican cuando una parte a la cual se le ha solicitado la presentación de un documento opta por no hacerlo. Como consecuencia, el tribunal arbitral, en un sentido más práctico que estrictamente jurídico, presume el contenido de la prueba no presentada en detrimento de la parte requerida que omitió la exhibición³⁹.

En esta línea, el Artículo 10 de las Reglas de Praga establece que “[s]i una parte incumple las órdenes o las instrucciones del tribunal arbitral, sin justificación, el tribunal arbitral, cuando corresponda, podrá derivar conclusiones desfavorables para esa parte sobre ese aspecto o sobre su asunto”⁴⁰. Del mismo modo, el Artículo 9 numeral 6 de las Reglas de la IBA determina que si una de las

38 F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, 5ta. Ed., Editorial Porrúa, 2018.

39 N. 37.

40 Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (2018), Artículo 10.

partes, sin una explicación satisfactoria, se niega a presentar un documento en una solicitud de producción documental a la que no se haya opuesto en el plazo correspondiente, o no presenta un documento ordenado por el tribunal arbitral, el tribunal puede inferir que dicho documento sería adverso a los intereses de esa parte⁴¹.

Por otro lado, en términos generales, la producción de documentos se limita a las partes involucradas en el arbitraje debido a su naturaleza contractual. No obstante, algunas disposiciones, como el Artículo 3 numeral 9 de las Reglas de la IBA⁴² y el Artículo 4.5 de las Reglas de Praga⁴³ contemplan la posibilidad de que el tribunal arbitral tome las acciones necesarias para requerir a un tercero (quien no sea parte en el arbitraje) la producción de un documento. Esto, al tratarse de asunto de índole procesal, dependerá de las limitaciones establecidas por la *lex arbitri* aplicable al caso.

3.2.2. COLABORACIÓN ENTRE LOS TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES Y LA JUSTICIA ORDINARIA PARA LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS

Finalmente, la cooperación entre los tribunales de arbitraje internacional y la jurisdicción ordinaria para obtener elementos de prueba inaccesibles para una de las partes en litigio, es un tema ampliamente debatido y regido por la legislación del lugar donde se busca obtener dicho elemento probatorio. Por ejemplo, en los Estados Unidos, la Sección 1782 del U.S.C. (*United States Code*) otorga a las Cortes de Distrito (que son los tribunales de primera instancia del poder judicial federal de los Estados Unidos) la facultad para ordenar de pruebas en posesión de individuos o entidades sujetas a la jurisdicción de

41 El numeral 6 del Artículo 9 del Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, contempla lo siguiente: “[...] 6. *If a Party fails without satisfactory explanation to produce any Document requested in a Request to Produce to which it has not objected in due time or fails to produce any Document ordered to be produced by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal may infer that such document would be adverse to the interests of that Party.*”

42 Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020), Artículo 3 (9).

43 Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (2018), Artículo 4.5.

este país, con el propósito de utilizarlas en procedimientos ante “tribunales extranjeros o internacionales” (*foreign or international tribunals*)⁴⁴.

En los últimos años, las Cortes de Circuito de los Estados Unidos (que, en cambio, son los tribunales de segunda instancia en el sistema federal norteamericano) han sostenido opiniones diversas en cuanto a si el término “tribunal extranjero o internacional” incluye a los tribunales de arbitraje privado a nivel internacional. En ese contexto, la Corte Suprema de los Estados Unidos se pronunció sobre este asunto en una Sentencia emitida el 13 de junio de 2022, mediante la cual resolvió dos casos consolidados: *ZF Automotive US, Inc. v. Luxshare, Ltd. y AlixPartners, LLP v. Fund for Protection of Investors' Rights in Foreign States*.

En dicha Sentencia, la Corte Suprema interpretó que la Sección 1782 del U.S.C. permite exclusivamente la obtención de pruebas relacionadas con procedimientos que involucran a “cuerpos adjudicativos gubernamentales o intergubernamentales”. Esto abarca a jueces estatales ordinarios y entidades investidas de autoridad gubernamental, así como a tribunales internacionales que poseen autoridad intergubernamental otorgada por más de un Estado; sin embargo, excluye específicamente organismos que sean estrictamente privados⁴⁵.

A partir de lo mencionado anteriormente, al menos en el contexto del arbitraje comercial internacional, la Corte Suprema considera que la regla de la Sección 1782 con respecto al *discovery* no es aplicable⁴⁶. Esto significa que las Cortes de Distrito se verían limitadas en su capacidad para ordenar a una parte en un arbitraje privado internacional a presentar pruebas documentales bajo su custodia, restringiendo así la asistencia de los tribunales federales de Estados Unidos en el proceso de producción de pruebas.

44 A este respecto, la Sección 1782 del U.S.C. preveía: “[...] (a) *The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation. [...] (b) This chapter does not preclude a person within the United States from voluntarily giving his testimony or statement, or producing a document or other thing, for use in a proceeding in a foreign or international tribunal before any person and in any manner acceptable to him.*” 28 U.S. Code § 1782.

45 En su parte dispositiva, la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló lo siguiente: “*In sum, we hold that §1782 requires a “foreign or international tribunal” to be governmental or intergovernmental. Thus, a “foreign tribunal” is one that exercises governmental authority conferred by a single nation, and an “international tribunal” is one that exercises governmental authority conferred by two or more nations. Private adjudicatory bodies do not fall within §1782.*” 596 U. S. *ZF Automotive US, Inc. v. Luxshare, Ltd. y AlixPartners, LLP v. Fund for Protection of Investors' Rights in Foreign States* (2022).

46 B. GÓMEZ DE LA TORRE Y S. VÁSCONEZ JÁCOME, “La sección 1782 del título 28 del código de Estados Unidos y sus implicaciones dentro del Arbitraje Internacional y de Inversiones”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 13, (2022).

Sin embargo, en relación con el arbitraje de inversión, surge la duda sobre la posible aplicabilidad de la Sección 1782, especialmente en los casos de disputas bajo el Convenio CIADI, donde las partes involucradas incluyen necesariamente a un Estado. Aunque esta cuestión no está completamente resuelta, parece que las cortes federales estadounidenses tienden a interpretar que un tribunal CIADI carecería de autoridad “intergubernamental”⁴⁷. En todo caso, la doctrina ha considerado que la limitación de la Sección 1782, tras el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, no tendría una afectación determinante en los procesos arbitrales internacionales, ya que estos cuentan con sus propios métodos de producción de pruebas, y, en la práctica, esta Sección se utilizaba solo en una pequeña porción de todos los arbitrajes a nivel mundial⁴⁸.

3.3. ALCANCE Y REQUISITOS DE LAS SOLICITUDES DE PRODUCCIÓN DE DOCUMENTOS

Una vez que hemos establecido con claridad que los tribunales internacionales de arbitraje tienen la facultad de ordenar la producción documental, nos corresponde analizar los aspectos prácticos de las solicitudes de producción de documentos presentadas por las partes. Como mencionamos en la Subsección anterior, los reglamentos de instituciones arbitrales internacionales generalmente otorgan al tribunal la facultad de ordenar la producción de prueba documental, en términos generales. Sin embargo, en raras ocasiones, estos reglamentos establecen límites específicos o requisitos detallados para dicha producción.

Algunas excepciones notables incluyen el Reglamento de LCIA, que establece ciertos parámetros como la “relevancia” y la “custodia o control” del documento solicitado, y la Regla 37 (b) del Reglamento del CIADI que toma en cuenta la “relevancia e importancia” de los documentos solicitados para resolver cualquier diferencia que surja de una objeción de una parte a la solicitud de producción documental de la otra parte.

47 N. 45.

48 Al respecto Gómez De La Torre y Vásquez Jácome señalan lo siguiente: “Consideramos que no existe una afectación como tal a los procesos arbitrales, dado que estos tienen su propio mecanismo y procedimiento para la producción de prueba como es el caso son (*sic*) las reglas IBA sobre la producción de prueba o incluso aquellas que sean aplicables por el propio acuerdo de las partes haciendo uso de la manifestación de su voluntad. Si bien es cierto que el 28 U.S.C §1782 daba un acceso amplio a la prueba, incluso a la protegida por preceptos legales, se utiliza esta herramienta una pequeña parte de todos los arbitrajes realizados a nivel mundial”.

Frente a esta situación, como analizaremos en los próximos párrafos, es común que en el arbitraje internacional se recurra a normas de *soft law* para determinar los requisitos de las solicitudes de producción documental y su alcance.

3.3.1. USO DE NORMAS DE *SOFT LAW*

En situaciones donde no existe una regulación clara sobre los requisitos o el alcance de la producción de documentos, tanto los tribunales arbitrales como las partes a menudo recurren a parámetros establecidos en normas de *soft law*, como las Reglas de la IBA o las Reglas de Praga mencionadas anteriormente. Estas Reglas establecen principios generales en torno a la presentación de pruebas en el arbitraje internacional, incluyendo el de que cada parte debe asumir la carga de la prueba de los hechos en los que basa sus acciones o defensas. Además, estas Reglas desarrollan estándares para la presentación de solicitudes de producción de documentos y los requisitos para que estas solicitudes sean válidas, así como las objeciones a la producción de prueba documental y sus consecuencias.

En este punto, es importante destacar algunas diferencias relevantes entre las Reglas de la IBA y las Reglas de Praga en lo que respecta a los principios que rigen los asuntos probatorios y, en particular, la producción de documentos. Las Reglas de la IBA y las Reglas de Praga reconocen el principio *affirmanti incumbit probatio* como estándar probatorio principal, lo que significa que cada parte en litigio debe presentar las pruebas que respalden sus argumentos⁴⁹. No obstante, en cuanto a la posibilidad de solicitar la producción de documentos, las Reglas de Praga, construidas desde una perspectiva más cercana a la tradición del derecho continental-europeo, otorgan a este mecanismo un carácter excepcional, mientras que las Reglas de la IBA, más afines a la tradición del derecho angloamericano, establecen la producción documental como regla general⁵⁰. Por ejemplo, el Artículo 4.2 de las Reglas de Praga dispone que “[c]omo regla general, se invita al tribunal arbitral y a las partes a evitar cualquier método de exhibición documental, incluido el discovery electrónico”⁵¹.

49 Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020), Artículo 3 (1); y Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (2018), Artículo 3.1.

50 B. GÓMEZ DE LA TORRE Y C. ANDRADE MORENO, “Las normas sobre la práctica de la prueba: Reglas IBA, Reglas de Praga o la autonomía de la voluntad”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 11, (2020), p. 74-75

51 Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (2018), Artículo 4.2.

En cuanto al procedimiento de exhibición o producción documental, este suele ser flexible y adaptable según las necesidades del caso. En una reunión preliminar (o conferencia procesal), que se lleva a cabo tan pronto como el tribunal arbitral recibe el expediente del caso, se suele establecer un calendario de intercambio de documentos que puede incluir la presentación simultánea de solicitudes y un período designado para la producción documental, junto con la oportunidad de presentar objeciones. Por ejemplo, el Artículo 2 numeral 2 de las Reglas de la IBA establece que, en una reunión preliminar realizada lo antes posible, el tribunal arbitral consultará a las partes sobre el alcance, momento y forma del trámite probatorio, incluyendo “[...] c) los requisitos, procedimiento y formato aplicable a la producción de documentos”⁵².

Por otra parte, la práctica común en el arbitraje internacional implica abrir una etapa especial después del intercambio de la primera ronda de escritos para permitir que las partes conozcan los alegatos y pruebas de la contraparte y, en consecuencia, puedan solicitar documentos adicionales si es necesario. A pesar de que tanto las Reglas de la IBA como las Reglas de Praga prevén la posibilidad de requerir medios de prueba adicionales en cualquier punto del arbitraje en caso de que lo consideren necesario (siempre que sea anterior a la expedición del laudo), la fase de producción documental debe ceñirse a lo establecido previamente en el calendario procesal. En este sentido, las Reglas de Praga, en su Artículo 3.3, establecen de forma tajante que “[e]l tribunal arbitral podrá establecer un plazo perentorio para la remisión de la prueba a las actuaciones y rechazar la admisión de nueva prueba que se presente tras el vencimiento de dicho plazo, salvo que concurren circunstancias excepcionales”⁵³.

3.3.2. REQUISITOS PARA LA SOLICITUD DE PRODUCCIÓN DOCUMENTAL BAJO LAS REGLAS DE LA IBA Y LAS REGLAS DE PRAGA

En cuanto al alcance de la producción de documentos, ante el silencio de la mayoría de las legislaciones nacionales y de reglamentos de instituciones arbitrales, se espera que los árbitros encuentren un equilibrio entre la celeridad procesal y el derecho de contradicción. En este sentido, las Reglas de la IBA y las Reglas de Praga establecen una serie de estándares similares los cuales deben ser tenidos en cuenta por parte del tribunal arbitral, siempre con la

52 Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020), Artículo 2 (2).

53 Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (2018), Artículo 3.3.

consideración de que estas Reglas sirven como guía para las actuaciones del tribunal y no tienen un carácter vinculante en sí mismas.

En general, los documentos cuya exhibición se solicita deben ser específicos, relevantes y materiales para el caso, y estar bajo el control de la parte requerida. En esta misma línea, debe tenerse en consideración que, sin perjuicio de que las Reglas de la IBA y las Reglas de Praga contemplan estos tres estándares, existen algunas diferencias significativas. La primera radica en que bajo las Reglas de la IBA no solo se pueden requerir documentos concretos, sino también “categorías de documentos” (siempre y cuando estén determinadas con suficiente especificidad), mientras que las Reglas de Praga parecen limitar la producción a documentos específicos. Además, las Reglas de Praga añaden el requisito de que el documento solicitado no sea de dominio público, mientras que las Reglas IBA requieren que no estén protegidos por “impedimentos legales” ni “privilegios” (*legal impediments or privileges*).

A continuación, proporcionamos un cuadro comparativo que expone las principales diferencias entre las Reglas de la IBA y las Reglas de Praga en lo que respecta a normas relacionadas con la producción documental.

	Premisa sobre la producción documental	Etapas para la producción documental	Requisitos para la solicitud de producción documental
Reglas de la IBA (2020)	La regla general es la producción de documentos. (Art. 3)	Cualquier parte puede presentar una solicitud de producción de documentos dentro del plazo fijado por el tribunal arbitral. (Art. 3 numeral 2)	a) Que se identifique adecuadamente el documento solicitado o una categoría de documentos; b) Que se justifique su relevancia y materialidad para el caso; c) Que esté en poder, custodia o control de la otra parte; y d) Que no esté protegido por impedimentos legales ni privilegios.
Reglas de Praga (2018)	La producción de documentos es la excepción. (Art. 4.2)	La etapa de producción documental solo se abrirá si las partes convencen al tribunal arbitral acerca de su necesidad. (Art. 4.4)	a) Que el documento (específico) sea relevante y material para la resolución del caso; b) Que no sea de dominio público; y c) Que esté en posesión o bajo control de la parte contraria.

3.3.3. IDENTIFICACIÓN ADECUADA DEL DOCUMENTO O “CATEGORÍA DE DOCUMENTOS”

El primer requisito que deben cumplir las solicitudes de producción documental, ya sea de acuerdo con las Reglas de la IBA o las Reglas de Praga, se relaciona con la necesidad de proporcionar una adecuada identificación de los documentos requeridos. Las Reglas IBA, según su Artículo 3 numeral 3 literal (a), disponen que la solicitud debe incluir: (i) una descripción de cada documento cuya exhibición se solicita, la cual debe ser suficiente para identificarlo; y (ii) en el caso de que se solicite una “categoría específica de documentos” (*a narrow and specific category of documents*), se debe incluir una descripción detallada suficiente, así como la justificación de la creencia razonable de su existencia⁵⁴. El nivel de detalle requerido en estas solicitudes generalmente implica la inclusión de información como los posibles autores y destinatarios del documento, las fechas o períodos en los que se crearon y el contenido presunto del documento⁵⁵.

En este contexto, existe un debate sobre si la parte solicitante puede requerir “grupos” o “categorías” de documentos (por ejemplo, todos los contratos, registros financieros o información contable generada en un determinado ejercicio económico), en lugar limitarse a solicitar “documentos específicos”. Como se mencionó, según el Artículo 3 numeral 3 literal (a) (ii) de las Reglas IBA, se permite la solicitud de “categorías de documentos” siempre que la descripción sea lo suficientemente detallada, incluyendo la materia a la que se refieren los documentos solicitados.

En contraste, las Reglas de Praga restringen las solicitudes de producción únicamente a documentos específicos y concretos. Conforme al Artículo 4.3 de las Reglas de Praga, a pesar de la regla general contenida en el Artículo 4.2 (según la cual, el tribunal debe evitar cualquier método de exhibición de documentos), si una parte considera necesario, puede solicitar a la parte contraria solo la presentación de “documentos concretos”, explicando por qué, en su opinión y en el contexto particular, es necesaria la exhibición documental. Específicamente, el Artículo 4.3 establece que una parte puede “[...] solicitar al tribunal arbitral que requiera a la parte contraria la aportación de un

54 Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020), Artículo 3 (3) (a).

55 E.J. URDANETA, N. 23 (2021).

*documento concreto*⁵⁶. Es decir, estas Reglas imponen limitaciones a las solicitudes de producción, permitiendo únicamente la exhibición de documentos específicos y concretos.

4. RELEVANCIA Y MATERIALIDAD DEL DOCUMENTO SOLICITADO

Según el literal (b) del Artículo 3 numeral 3 de las Reglas de la IBA, así como el literal a del Artículo 4.3 de las Reglas de Praga, uno de los criterios fundamentales para admitir la producción de un documento es su “relevancia y materialidad”. Las Reglas de la IBA emplean la formulación “relevante para el caso y material para su resolución” (*relevant to the case and material to its outcome*), mientras que las Reglas de Praga se refieren de manera similar a que el documento solicitado “[sea] relevante y material para la resolución del caso” (*relevant and material to the outcome of the case*)⁵⁷. Demostrar la relevancia y materialidad de un documento es, por consiguiente, una condición esencial para que un tribunal de arbitraje acepte una solicitud de producción documental.

El concepto de “relevancia” de un medio probatorio es crucial como criterio de selección de pruebas admisibles en casi todos los ordenamientos jurídicos. Taruffo explica que la relevancia es un estándar lógico de acuerdo con el cual solo se deben admitir y considerar los medios de prueba que mantienen una conexión lógica con los hechos del litigio⁵⁸. Siendo “ α ” un enunciado acerca de la existencia de un hecho controvertido y “ β ” un enunciado que expresa el resultado positivo esperado de un determinado medio de prueba (es decir, cuál será la consecuencia de practicar ese elemento probatorio), la conexión entre ambos puede adoptar tres formas:

- (i) α y β no tienen ninguna conexión lógica, ya que se refieren a hechos distintos sin relación entre ellos. En este caso, β sería inútil para demostrar α , y, por lo tanto, el medio de prueba no es relevante y debe ser excluido.
- (ii) α y β se refieren al mismo hecho y tienen la misma referencia empírica, lo que significa que β proporciona información relevante para

56 Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (2018), Artículo 4.3.

57 Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020), Artículo 3 (3) (b); y Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (2018), Artículo 4.3 (a).

58 M. TARUFFO, N. 6 (2008).

establecer la verdad de α . Este escenario se conoce en el *common law* como “*real evidence*” o “*material evidence*”. Por ende, la “materialidad” de una prueba vendría a ser un caso específico de relevancia en el que α y β tienen una conexión lógica directa.

- (iii) α y β no se refieren al mismo hecho, pero están relacionados indirectamente, ya que β se refiere a un hecho a partir del cual se puede inferir la veracidad de α . En el derecho angloamericano se denomina al elemento de prueba que recae en este supuesto como “*circumstantial evidence*”. En este caso, el medio de prueba es relevante, aunque no es material, y su admisibilidad puede variar según el sistema procesal⁵⁹.

La relevancia lógica, como criterio de selección probatoria, permite determinar qué elementos de prueba deben ser admitidos e incorporados al proceso. No obstante, la aplicación del principio de relevancia varía según el sistema procesal y las normas que regulan la selección preliminar de medios de prueba presentados. En los ordenamientos de derecho continental-europeo, este principio sirve como un fundamento genérico para excluir elementos de prueba cuya incorporación al caso sería inútil o innecesaria⁶⁰. Por el contrario, en los sistemas de *common law*, la relevancia de la prueba es el único criterio de admisibilidad, lo que evidencia una versión más fuerte de este principio.

En cualquier caso, en el arbitraje internacional, según el literal (a) del numeral 2 del Artículo 9 de las Reglas de la IBA, el tribunal arbitral tiene la facultad de rechazar total o parcialmente la producción de un documento o categoría de documentos, ya sea por iniciativa propia o a petición de la parte requerida, si la solicitud de producción documental carece de suficiente relevancia para el caso o no es material para su resolución. En este contexto, la doctrina coincide en que un documento es relevante si es adecuado para respaldar una afirmación de hecho realizada por la parte solicitante relacionada con el caso en cuestión, o para refutar las afirmaciones de la otra parte⁶¹. Es decir, el documento solicitado será relevante si está relacionado con el hecho litigioso, ya sea porque corresponde a una afirmación de la propia parte solicitante objetada por su contraparte, o a una hecha por la parte requerida que sea cuestionada por la solicitante.

59 N. 57.

60 Por ejemplo, en el sistema de procedimiento civil ecuatoriano, el artículo 160 del COGEP establece tres requisitos que debe cumplir la prueba para ser admitida: *pertinencia, concurrencia y utilidad*. Bajo este contexto, el principio de relevancia vendría a ser un valor subyacente en cada uno de estos criterios.

61 C. CATELLI Y R. BRUEGGEMANN, “Evidentiary Objections”, *Global Arbitration Review*, 2021, <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-evidence-in-international-arbitration/1st-edition/article/evidentiary-objections> (25/10/2023).

Sin embargo, de acuerdo con los estándares establecidos en las Reglas de la IBA y las Reglas de Praga, el solicitante de un documento debe justificar no solo su relevancia, sino también su materialidad. Catelli y Brueggemann señalan que, en el contexto del arbitraje internacional, el requisito de materialidad implica que el documento solicitado sea necesario para decidir un aspecto fáctico en disputa que permita la resolución del caso, y que ese hecho litigioso no hubiese sido probado de otra manera⁶². Por lo tanto, este estándar implicaría, en principio, demostrar una conexión lógica directa e inmediata entre el enunciado que expresa el resultado esperado del elemento de prueba y el enunciado acerca de la existencia del hecho controvertido. En virtud de ello, se debate si el requisito de materialidad implica un estándar más riguroso para la admisión de una solicitud de producción de documentos en arbitraje, en comparación con otros sistemas probatorios en materia civil⁶³.

Por último, también se ha discutido si la parte solicitante tiene la carga de probar las alegaciones de hecho a las que dice que se relaciona el documento solicitado, especialmente porque este requisito no se menciona explícitamente en las Reglas IBA. Aunque algunos autores defienden la aplicación de este requisito por razones de eficiencia, otros se oponen a esta opinión, argumentando, entre otras cosas, que tal enfoque podría comprometer los estándares de materialidad y relevancia, así como llevar a un trato desigual de las partes⁶⁴.

5. PODER, CUSTODIA Y CONTROL DEL DOCUMENTO SOLICITADO

Las Reglas de la IBA y las Reglas de Praga convergen en la premisa de que el documento solicitado debe encontrarse en posesión, custodia o bajo el control de la parte requerida, en vez de la parte solicitante. En consecuencia, si una

62 N. 60.

63 Bajo el sistema probatorio ecuatoriano, por ejemplo, el inciso segundo del artículo 161 del COGEP establece como parámetro que la prueba debe hacer referencia “directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos”, sin requerir necesariamente la materialidad de la misma para su admisión.

64 Oepangat y Janet sugieren que la parte solicitante tiene la carga de probar la relevancia del documento cuya producción se busca. También señalan que, su turno, el tribunal arbitral debe analizar si el solicitante ha presentado un argumento que *prima facie* justifique que el documento solicitado sea relevante para su caso. Sin embargo, estos autores consideran que, incluso en ese supuesto, el tribunal puede determinar que la solicitud de producción de un documento es necesaria para establecer una alegación de hecho de la parte solicitante (es decir, que es relevante), pero aun así negar su producción si no considera que influirá o impactará en el laudo final (esto es, que su resultado será material). D. OEPANGAT Y JANET, “Document Production and Disclosure in Investor-State Arbitration”, *Juris Gentium Law Review*, (2017).

parte ya tiene acceso a ciertos documentos, no se le permite solicitar su producción. Esto se refleja, por ejemplo, en el Artículo 4.5 de las Reglas de Praga, que establece que una parte puede solicitar al tribunal arbitral la presentación de un documento específico “[...] b. que no sea de dominio público⁶⁵; y c. que esté en posesión o bajo el control de la parte contraria”⁶⁶.

El Artículo 3 numeral 3 literal (c) de las Reglas de la IBA establece que una solicitud de producción de documentos en un procedimiento arbitral debe contener una declaración que indique que los mismos no están en posesión, custodia o control de la parte solicitante o, en su defecto, debe proporcionar razones para demostrar por qué sería excesivamente gravoso (*unreasonably burdensome*) para la parte solicitante producir dichos documentos⁶⁷. Esto implica que existen circunstancias excepcionales en las que, aunque el solicitante tenga acceso a los documentos, puede pedir su producción si demuestra que obtenerlos le supondría una carga excesivamente gravosa.

6. DOCUMENTO SOLICITADO NO CAIGA BAJO EL ÁMBITO DE “PRIVILEGIOS”

Los privilegios probatorios (conocidos como en el derecho angloamericano como *privileges*), consisten en mecanismos procesales que otorgan a individuos específicos la libertad de no presentar ciertos medios de prueba, no revelar información en su posesión, e incluso el derecho de excluir la obtención de cierto tipo de información, en relación con un proceso en curso⁶⁸. Es decir, este mecanismo opera anulando la obligación de una persona de revelar o permitir que otros tengan acceso a información, datos o materiales que se encuentren en su posesión, concediéndole al titular de dicha información el derecho de invocar la existencia de “documentación privilegiada” para evitar su divulgación (*discovery*). En términos generales, las justificaciones subyacentes a los “privilegios” a menudo están relacionadas con la protección de la

65 Un ejemplo de esta regla se evidencia en el caso *ADF Group Inc. v. Estados Unidos de América*, donde el tribunal arbitral sostuvo que, si los documentos cuya producción se solicita son de dominio público y están disponibles en las mismas condiciones para ambas partes, no es necesario exigir a la otra parte que los presente para su revisión. *ADF Group Inc. v. Estados Unidos de América*, CIADI, (Caso No. ARB. (AF)/00/1), Laudo del 09 de enero de 2003, p. 210, citado en E.J. URDANETA, N. 23 (2021).

66 Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (2018), Artículo 4.5. (b) y (c).

67 Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020), Artículo 3 (3) (c).

68 M. TARUFFO. N. 6 (2008).

privacidad de los individuos, o la confidencialidad de información profesional, comercial o gubernamental⁶⁹.

En la mayoría de los sistemas de *civil law*, la protección de información que recaiga en el ámbito de un privilegio es bastante limitada. Por el contrario, en los sistemas de derecho angloamericano, los privilegios probatorios son más prevalentes y se han desarrollado más extensamente

En el arbitraje, los tribunales suelen respaldar el derecho de las partes a invocar la confidencialidad y el secreto profesional como medio para excluir la presentación de pruebas. En este contexto, el Artículo 9 de las Reglas de la IBA ofrece directrices para preservar la confidencialidad de documentos y las expectativas de las partes con respecto a la admisibilidad de comunicaciones potencialmente “privilegiadas”. Concretamente, el Artículo 9, numeral 2, literal (b) permite al tribunal arbitral excluir la producción de pruebas documentales que estén sujetas a un “impedimento legal” o “privilegio” (*legal impediment or privilege*) de acuerdo a la ley que el propio tribunal determine como aplicable⁷⁰.

Por otra parte, según el Artículo 9 numeral 4 de las Reglas de la IBA, al evaluar objeciones de impedimento legal o privilegio, el tribunal arbitral puede tomar en cuenta varios aspectos, que abarcan la necesidad de preservar la confidencialidad de toda información generada con el propósito de brindar o recibir asesoramiento legal (*attorney-client privilege*) y la confidencialidad de documentos o comunicaciones relacionadas con negociaciones mantenidas para llegar a un acuerdo (*settlement negotiations privilege*)⁷¹. Asimismo, el Artículo 9 dispone que el tribunal debe considerar las expectativas de las partes y sus asesores en el momento en que se originó el impedimento legal o el privilegio, cualquier renuncia potencial a estos derechos (*waiver of any applicable legal impediment or privilege*), así como la importancia de mantener la equidad y la igualdad entre las partes, especialmente cuando estas están sujetas a diversas normativas legales o éticas⁷².

En esa misma línea, un tribunal arbitral que dirige la etapa de producción documental bajo las Reglas de la IBA puede rechazar la exhibición de un documento por otras razones que van más allá de los “privilegios”. Estas razones pueden incluir la carga excesivamente gravosa de la solicitud, la pérdida o

69 N. 67.

70 Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020), Artículo 9 (2) (b).

71 N. 69, Artículo 9 (4) (a) y (b).

72 N. 69, Artículo 9 (4) (c), (d) y (e).

destrucción del documento solicitado, la protección de secretos comerciales (*commercial or technical confidentiality*) o secretos de Estado (*special political or institutional sensitivity*)⁷³, así como consideraciones relacionadas con la justicia, la economía procesal, la proporcionalidad y la igualdad⁷⁴.

A pesar de que las Reglas de la IBA ofrecen la posibilidad de objetar solicitudes de producción de documentos por razones de confidencialidad y privilegios, no proporcionan una orientación precisa sobre qué ley debe aplicarse al evaluar estas objeciones. Esto puede generar dificultades, especialmente en casos que involucran múltiples jurisdicciones con estándares de confidencialidad divergentes. En cualquier caso, la doctrina internacional sugiere que el principal criterio para determinar la normativa que rige los privilegios en el arbitraje internacional es el *closest connection test*, según el cual la legislación más estrechamente relacionada con el documento solicitado se convierte en la ley aplicable⁷⁵.

73 En el contexto del arbitraje de inversión, OEPANGAT Y JANET abordan la aplicación del Artículo 9 (2) (f) de las Reglas de la IBA, que permite a los Estados oponerse a la producción de documentos basándose en la “sensibilidad política o institucional” (*special political or institutional sensitivity*). Estos autores plantean la preocupación de que los Estados puedan abusar de este privilegio para clasificar todo documento gubernamental bajo la etiqueta de “secreto de Estado”, lo que podría obstaculizar la transparencia del procedimiento arbitral. En esta línea, destacan que, a menudo, en virtud del principio *equal treatment and fairness*, las leyes nacionales otorgan amplia discreción a los Estados para declarar información gubernamental como “secreta” o “privilegiada”. No obstante, el precedente arbitral en esta materia sugiere que la amplia discreción en la clasificación de documentos como “secretos” suele ser rechazada por los paneles de arbitraje de inversión. Por ejemplo, en el caso *Biwater Gauff v. Tanzania*, un tribunal del CIADI rechazó el uso de una ley nacional para evitar la producción de documentos, afirmando que la única razón válida para negarse a la producción de una documentación gubernamental es la protección de información “políticamente sensible” por razones de seguridad e interés público, tal como se establece en el Artículo 9.2(f) de las Reglas de la IBA. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. República Unida de Tanzania*, CIADI, (Caso No. ARB./05/22), Laudo del 24 de julio de 2008, citado en OEPANGAT Y JANET, N. 63 (2017).

74 En su redacción original, el Artículo 9 numeral 2 de las Reglas de la IBA dispone lo siguiente: “[...] 2. *The Arbitral Tribunal shall, at the request of a Party or on its own motion, exclude from evidence or production any Document, statement, oral testimony or inspection, in whole or in part, for any of the following reasons: (a) lack of sufficient relevance to the case or materiality to its outcome; (b) legal impediment or privilege under the legal or ethical rules determined by the Arbitral Tribunal to be applicable (see Article 9.4 below); (c) unreasonable burden to produce the requested evidence; (d) loss or destruction of the Document that has been shown with reasonable likelihood to have occurred; (e) grounds of commercial or technical confidentiality that the Arbitral Tribunal determines to be compelling; (f) grounds of special political or institutional sensitivity (including evidence that has been classified as secret by a government or a public international institution) that the Arbitral Tribunal determines to be compelling; or (g) considerations of procedural economy, proportionality, fairness or equality of the Parties that the Arbitral Tribunal determines to be compelling.*” Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020), Artículo 9 (2) (a), (b), (c), (d), (e), (f) y (g).

75 S. STOUTEN Y D. JANSEN, “Legal privilege issues: at the mercy of the arbitral tribunal”, *International Bar Association*, 2021, <<https://www.ibanet.org/legal-privilege-arbitral-tribunal> (30/10/2023).

6.1. REDFERN SCHEDULES

Para concluir nuestra revisión del estado actual de la producción de documentos en el arbitraje internacional, corresponde analizar la utilidad de las tablas de producción de documentos en la resolución de objeciones a las solicitudes documentales. En la práctica arbitral internacional, cuando se considera una solicitud de producción de documentos y surgen objeciones, es común recurrir a un instrumento colaborativo conocido como *Redfern Schedule*, originalmente concebido por el árbitro británico Alan Redfern. Su finalidad principal es facilitar la creación de un registro de fácil acceso (tanto para las partes como para el tribunal arbitral) que refleje de manera concisa los argumentos relacionados con las solicitudes de producción documental.

Un *Redfern Schedule* comúnmente consta de cinco columnas en las que se registran las solicitudes de documentos o clases de documentos en disputa, las justificaciones para la solicitud, las objeciones a la solicitud, la contestación a las objeciones y la decisión final del tribunal arbitral sobre la exhibición del documento solicitado. De esta forma, las partes y el tribunal contribuyen en diferentes momentos para completar las distintas columnas de la tabla de producción documental.

Como se mencionó anteriormente, el creador de esta herramienta probatoria es el destacado jurista inglés Alan Redfern⁷⁶. Además de una exitosa carrera como litigante, Redfern ha llevado a cabo más de 200 arbitrajes comerciales internacionales en una variedad de disputas y áreas. En el año 2000, como miembro de un tribunal arbitral presidido por otro prominente jurista británico, William Hugh Griffiths, Redfern ideó una tabla de múltiples entradas para abordar las solicitudes de producción de documentos. El árbitro ponente propuso el nombre “*Redfern Schedule*” para este instrumento, y a raíz de esta sugerencia, se adoptó esta denominación para referirse a las tablas de producción documental en procedimientos arbitrales a nivel mundial⁷⁷.

Los *Redfern Schedules* proporcionan una estructura eficiente que simplifica el proceso de producción de documentos. Al condensar las posiciones de las partes en un formato conciso, se elimina la necesidad de extensos debates orales entre los abogados involucrados. Esto, en comparación con los procedimientos judiciales

76 Redfern también es reconocido en la esfera académica por ser el coautor de uno de los tratados más importantes de arbitraje internacional comercial de las últimas décadas, titulado “*Redfern and Hunter on International Arbitration*”.

77 ONE ESSEX COURT, *Alan Redfern retires from practice*, 2008, <https://www.oeclaw.co.uk/news/view/alan-redfern-retires-from-practice> (31/10/2023).

ordinarios, confiere al proceso probatorio en el arbitraje internacional un carácter menos formal y más controlado por las partes⁷⁸. Además, esta herramienta permite a los árbitros tomar decisiones fundamentadas, garantizando que su decisión sobre la producción de un documento (o categoría de documentos) se base en los criterios propios a la práctica arbitral, como la relevancia, materialidad, proporcionalidad y eficiencia procesal, que previamente fueron objeto de análisis.

Finalmente, el uso de tablas de producción documental contribuye a prevenir solicitudes de exhibición excesivamente amplias y costosas, en contraste con el sistema de *discovery* angloamericano, lo que resulta beneficioso tanto para las partes involucradas en el arbitraje como para la eficiencia de la práctica arbitral en general.

En este contexto, el Artículo 22 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, que contiene disposiciones sobre la conducción de los procedimientos, permite al tribunal arbitral, previa consulta con las partes, adoptar las medidas procesales que considere apropiadas, siempre que no vayan en contra de ningún pacto expreso. Estas medidas pueden incluir una o varias de las técnicas para la conducción del proceso descritas en el Apéndice IV del Reglamento de la CCI. En esta línea, el literal “d” de dicho Apéndice IV determina que el tribunal arbitral, con el objetivo de controlar el tiempo y los costos, puede emplear “[...] una tabla de producción de documentos para facilitar la resolución de cuestiones relacionadas con la producción de documentos”⁷⁹.

A continuación, se presenta un modelo de tabla de producción de prueba documental que ejemplifica un *Redfern Schedule* común.

No.	Documento o categoría de documentos	Relevancia y materialidad del documento según la parte solicitante		Objeciones al documento solicitado	Contestación a las objeciones del documento solicitado	Decisión del tribunal arbitral
		Referencias en favor de la solicitud	Comentarios a la solicitud			
1	-	-	-	-	-	-
2	-	-	-	-	-	-
3	-	-	-	-	-	-
...

78 A. REDFERN Y M. HUNTER, N. 1 (2007).

79 Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2021), Apéndice IV.

7. APLICABILIDAD DE LA PRODUCCIÓN DOCUMENTAL EN EL ARBITRAJE DOMÉSTICO

Después de haber definido la producción documental como un mecanismo para exhibir documentos requeridos por la contraparte o por el propio tribunal de arbitraje durante la fase probatoria de un procedimiento arbitral, y considerando su amplio uso en los arbitrajes internacionales, en esta Sección nos centraremos en explorar la viabilidad de aplicar este mecanismo procesal en el ámbito del arbitraje doméstico, teniendo en cuenta la normativa vigente en Ecuador.

En primer lugar, examinaremos algunas disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación (“LAM”) y su Reglamento (“Reglamento de la LAM”), que abordan cuestiones procesales relacionadas con la libertad de las partes para configurar el procedimiento. Al mismo tiempo, evaluaremos la regulación de los aspectos procesales relacionados con la prueba a la luz de la Sentencia 2822-18-EP/23, en la que la Corte Constitucional reafirmó la amplia facultad de las partes para adaptar y modificar las reglas procesales en el arbitraje. Por último, consideraremos los posibles límites constitucionales a la configuración de las reglas sobre la prueba.

7.1. LIBERTAD CONFIGURATIVA DE LA REGULACIÓN SOBRE LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE DOMÉSTICO Y POSIBILIDAD DE EMPLEAR LA PRODUCCIÓN DOCUMENTAL

A partir de la entrada en vigor de la Ley de Arbitraje y Mediación, promulgada en el Registro Oficial No. 145 del 4 de septiembre de 1997, se estableció el principio de que las partes tienen una amplia libertad para diseñar las reglas de trámite aplicables a su procedimiento. Como se explicó en la Sección anterior, esto significa que las partes pueden adaptar el proceso según sus necesidades y preferencias, lo que contribuye a la agilidad y flexibilidad características del arbitraje.

El Artículo 38 de la LAM, que no ha sido reformado desde su entrada en vigor, en donde dispone que el procedimiento arbitral se sujetará al trámite determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, además de las normas procesales indicadas en la misma LAM, sin perjuicio de las “normas supletorias” aplicables⁸⁰. En cuanto a la utilización de dichas normas

80 **Art. 38.-** El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables.

supletorias, el Artículo 37 de la LAM dispone que “[e]n todo lo que no esté previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil [actualmente el COGEP] o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate de arbitraje en derecho”⁸¹. En otras palabras, esta disposición parecía establecer la regla de que, ante un vacío normativo o en ausencia de regulaciones específicas de las partes en el convenio arbitral, los árbitros debían recurrir a las reglas procesales utilizadas en los procedimientos judiciales ordinarios.

No obstante, con la publicación del Reglamento de la LAM en el Registro Oficial Suplemento No. 524 del 26 de agosto de 2021, su Artículo 10, que transcribe de manera casi textual lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Modelo de la CNUDMI, se reconoció más claramente la primacía de la voluntad de las partes en la regulación de las actuaciones procesales⁸². De esta manera, el Reglamento de la LAM estableció que las partes pueden pactar y determinar libremente las reglas procesales a las que se sujetará el tribunal arbitral en sus actuaciones, ya sea directamente o haciendo referencia a un reglamento arbitral, y, en ausencia de acuerdo o en caso de falta de una disposición aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y pudiendo recurrir a los principios y prácticas comunes en materia arbitral. Solo de manera supletoria, y si el tribunal lo estimase necesario, se podrían aplicar las disposiciones contenidas en el COGEP⁸³.

Esta interpretación del Artículo 38 de la LAM, resulta coherente con los numerales 3 y 4 del Artículo 1 del Reglamento de la LAM. A su vez, estas disposiciones establecían que, en la interpretación y aplicación de las normas de la LAM y su Reglamento, así como en cuestiones no expresamente previstas, el tribunal arbitral debe considerar siempre la naturaleza negociable y flexible del

81 Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 37.

82 Art. 10.- Libertad de regulación de las actuaciones.- 1. Las partes podrán pactar y determinar libremente las reglas procesales a las que se sujetará el tribunal arbitral en sus actuaciones, sea directamente o por referencia a un reglamento arbitral. A falta de acuerdo o en ausencia de una disposición aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso pudiendo para esto recurrir a los principios y prácticas de uso común en materia arbitral. 2. Supletoriamente, cuando no contravenga los principios del arbitraje y si el tribunal estimare oportuno, se podrán aplicar las disposiciones contenidas en el Código Orgánico General de Procesos.

83 N. 81.

arbitraje, y especialmente sus principios, usos y prácticas⁸⁴.

A pesar de que la doctrina nacional siempre sostuvo que en el arbitraje las partes tienen la libertad de acordar las reglas de trámite (incluyendo las relacionadas con la prueba)⁸⁵, existía cierta resistencia por parte de algunos tribunales arbitrales a permitir una amplia configuración en lo que respecta a las reglas relativas a las actuaciones del tribunal arbitral. En lugar de ello, preferían recurrir al COGEP en caso de lagunas o vacíos normativos.

En este contexto, la Sentencia 2822-18-EP/23 de la Corte Constitucional, emitida el 13 de septiembre de 2023, confirmó la aplicación supletoria de las reglas procesales propias de los procedimientos judiciales ordinarios. La Sentencia resaltó la naturaleza ágil y flexible del arbitraje, destacando que, particularmente en el ámbito probatorio, el proceso arbitral difiere de un proceso judicial tradicional, ya que no está sujeto al “formalismo judicial”⁸⁶. En este sentido, la Corte Constitucional enfatizó que, aunque la LAM permite la aplicación supletoria de ciertas normas, dicha supletoriedad debe estar en línea con la naturaleza convencional del arbitraje⁸⁷.

En consecuencia, según lo establecido en la Sentencia 2822-18-EP/23, las reglas de prueba acordadas por las partes tienen prioridad sobre las reglas de prueba establecidas en la legislación adjetiva. Esto implica que es factible aplicar diversas instituciones jurídicas comunes en la práctica del arbitraje internacional en el ámbito del arbitraje doméstico, como es el caso de la producción documental, que ha sido el enfoque de este trabajo académico.

Adicionalmente, en el párrafo 30 de la Sentencia 2822-18-EP/23, la Corte Constitucional subrayó que, basándose en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, se debe dar preferencia a las regulaciones de procedimiento acordadas por las propias partes, ya sea de manera autónoma en el convenio

84 Art. 1.- En los arbitrajes regulados por la Ley de Arbitraje y Mediación se aplicarán los siguientes principios.- [...] 3. En la interpretación y aplicación de las normas de la Ley de Arbitraje y Mediación y de este Reglamento, se tomará en cuenta la naturaleza negocial y flexible del arbitraje, así como sus principios, usos y prácticas. 4. Asimismo, las cuestiones que no estén expresamente previstas en la Ley de Arbitraje y Mediación o en este Reglamento, serán resueltas por el tribunal arbitral tomando en cuenta la naturaleza negocial y flexible del arbitraje, así como sus principios, usos y prácticas.

85 Al respecto, véase: E. SALCEDO, *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*, Editorial Jurídica Miguel Mosquera, 2001.

86 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 2822-18-EP/23 del 13 de septiembre de 2023.

87 N. 85 párr. 33.

arbitral o mediante referencia a un reglamento de un centro de arbitraje. En un segundo lugar, se dará preferencia a las regulaciones adoptadas por el tribunal arbitral “[...] lo que pudiese incluir las normas de *soft law* comunes a los procedimientos arbitrales (v.g. Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba, Reglas de Praga para la Tramitación Eficiente de los Procedimientos, entre otros)”⁸⁸. Esto implica que los estándares generales en torno a la presentación de pruebas y las solicitudes de producción de documentos en el arbitraje internacional, serían también aplicables a los arbitrajes domésticos a discreción del tribunal arbitral.

7.1. LÍMITES A LA CONFIGURACIÓN DE LAS REGLAS SOBRE LA PRUEBA A LA LUZ DE LA SENTENCIA 2822-18-EP/23

Otro aspecto relevante resaltado por la Sentencia 2822-18-EP/23 es que, a pesar de la flexibilidad que el arbitraje otorga a las partes para determinar la presentación de pruebas según sus necesidades y preferencias, existe un límite claro: la configuración adoptada por las partes no debe menoscabar los derechos fundamentales de quienes participan en el procedimiento arbitral, especialmente el derecho al debido proceso.

En este sentido, la Corte Constitucional señaló que el tribunal arbitral asume la responsabilidad de preservar tres etapas cruciales en el proceso de pruebas: en primer lugar, evaluar la relevancia de los medios de prueba; en segundo lugar, organizar y llevar a cabo las pruebas cuando sea necesario; y, en tercer lugar, valorar la evidencia al emitir el laudo⁸⁹. Por lo tanto, en el párrafo 35 de la Sentencia 2822-18-EP/23, la Corte señala que la existencia de estas tres fases en las regulaciones sobre la prueba, ya sean acordadas por las partes o por el tribunal arbitral, tiene como finalidad proteger dos garantías específicas del debido proceso: (i) el Artículo 76 numeral 4 de la Constitución de la República, que establece que las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley carecerán de validez y eficacia probatoria, y (ii) el Artículo 76 numeral 7 literal “h”, que garantiza el derecho de las personas a

88 N. 85 párr. 30.

89 N. 85 párr. 35.

presentar pruebas y a contradecir las que se presenten en su contra⁹⁰. En otras palabras, la adaptabilidad en las reglas de prueba tiene sus límites en la protección de los derechos fundamentales de las partes.

Además, la Corte enfatizó que, de acuerdo con la LAM, los árbitros tienen la competencia para evaluar la admisibilidad de los medios probatorios solicitados por las partes. Por lo tanto, en casos de acciones de nulidad de laudos, los presidentes de la Corte Provincial no tienen la autoridad para revisar las decisiones del tribunal arbitral en lo que respecta a la admisión de pruebas⁹¹. La Corte subrayó la importancia de mantener el “principio de mínima intervención” de los órganos de la justicia ordinaria en el arbitraje, considerándolo uno de los pilares esenciales para proteger la independencia del arbitraje⁹².

Finalmente, la Sentencia 2822-18-EP/23 destacó que, cuando un juez ordinario se enfrenta a la tarea de resolver un caso en el que se solicita la nulidad de una decisión adoptada en un arbitraje debido a la falta de “práctica de pruebas” (entendiendo por esto, la falta de actuación o utilización de pruebas), según el artículo 31 literal “c” de la LAM, debe seguir un proceso específico. Esto implica: (i) la definición de reglas procesales basadas en lo acordado por las partes durante el arbitraje, (ii) la verificación de la admisibilidad de las pruebas aceptadas por el tribunal arbitral y (iii) la confirmación de que dichas pruebas no fueron excluidas sin justificación⁹³.

90 A este respecto, la Corte Constitucional señaló lo siguiente: “[...] las regulaciones sobre la prueba que puedan acordar las partes o un tribunal arbitral, 28 deberán tener al menos, tres momentos: (i) un análisis de pertinencia por parte del Tribunal (admisión); 29 (ii) la orden y práctica de dichos medios de prueba (cuando por su naturaleza sea necesario practicarlas —como la testimonial y pericial—); y, (iii) la valoración de los medios de prueba plasmada en el laudo. 30 Con la finalidad de tutelar las garantías del debido proceso reconocidas en los artículos 76.4 y 76.7.h de la CRE, esto es, la exclusión de “obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”, y el respeto del derecho de las personas a “presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra”. [...]”.

91 N. 89 párr. 61.

92 N. 89 párr. 70.

93 En el párrafo 43 de la Sentencia 2822-18-EP/23, la Corte Constitucional señaló que “[...] para que prospere esta causal (artículo 31, literal c) LAM – tercera hipótesis), los presidentes de las Cortes Provinciales que conocen este tipo de acciones de nulidad estarán obligados a verificar los siguientes elementos: i. Determinar cuáles son las reglas de trámite aplicables al ámbito probatorio del procedimiento arbitral en concreto, a efectos de comprobar si las partes han pactado reglas convencionales específicas o si el tribunal arbitral o los reglamentos de los centros de arbitraje han dispuesto una regulación particular sobre la esfera probatoria; 41 ii. Que existan medios de prueba admitidos por el tribunal arbitral; y, iii. Que dichos medios de pruebas no hayan sido practicados (cuando se requiera su práctica), 42 o en su defecto, que la falta de práctica del medio de prueba no se encuentre debidamente justificada. [...]”.

Implementación de la producción de documentos en el contexto ecuatoriano

Para garantizar la implementación de la producción documental en los arbitrajes domésticos, es fundamental contar con el consentimiento de las partes a este mecanismo para la conducción de la actividad probatoria. Lograr este propósito implica establecer dicho acuerdo directamente en el convenio arbitral o haciendo referencia al reglamento de algún Centro de Arbitraje y Mediación nacional, tal como se discutió previamente en la sección correspondiente.

En línea con lo anterior, una manera concreta de alcanzar la implementación de la producción de documentos en el foro nacional sería incluir expresamente en los convenios arbitrales la aplicabilidad de normas internacionales de *soft law*, como las Reglas de la IBA o las Reglas de Praga. Estas disposiciones complementarían y actuarían como reglas supletorias a la *lex arbitri*, que en el caso de un arbitraje doméstico sería la ley arbitral ecuatoriana, específicamente la LAM y su Reglamento. Esta inclusión constituiría una clara manifestación de que las partes han dado su consentimiento para que la actividad probatoria en su procedimiento arbitral se rija por estándares internacionales analizados anteriormente, los cuales permiten y facilitan la producción de documentos, otorgando amplios poderes al tribunal arbitral para llevar a cabo este proceso de manera efectiva y eficiente.

A continuación, con fines ilustrativos y didácticos, se propone un modelo de cláusula arbitral escalonada y amplia (*broad clause*), que establece la remisión a los instrumentos de *soft law* en materia probatoria.

“Cualquier disputa o diferencia que surja de este instrumento o esté relacionada al mismo, se resolverá con la asistencia de un mediador del Centro de Arbitraje y Mediación [*insertar nombre del Centro*]. Si la disputa o diferencia no pudiera resolverse en el procedimiento de mediación, las Partes, renunciando jurisdicción y domicilio, acuerdan someter sus controversias a la resolución de un Tribunal Arbitral que estará sujeto a las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación, el Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación [*insertar nombre del Centro*] y las siguientes reglas:

1. La ley aplicable al arbitraje será la ley ecuatoriana, y en lo referente a la actividad probatoria, se recurrirá a las disposiciones de [*insertar Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional o las Reglas sobre la Tramitación Eficiente*]

de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional], siempre que estas no contradigan normas legales imperativas; [...]”.

Por otro lado, resultaría crucial que los reglamentos de los centros de arbitraje del país, donde se llevan a cabo los arbitrajes domésticos, incluyan también disposiciones que faculten a los árbitros para requerir la exhibición de documentos. Actualmente, algunos reglamentos, como el del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, reconocen la posibilidad de que los árbitros colaboren con las partes para establecer normas procesales aplicables a la fase de prueba⁹⁴. Así, por ejemplo, en relación con las reglas de prueba en arbitrajes internacionales gestionados por el Centro de la Cámara de Comercio de Quito, el Artículo 155 de su Reglamento contempla expresamente que “[e]l Tribunal Arbitral de oficio o en consenso con las partes, establecerán las normas y reglas aplicables a las pruebas. Así también, acordarán la manera de evacuarse y practicarse las mismas”⁹⁵.

Aunque en el Título VIII, que regula el procedimiento de arbitrajes nacionales, no se encuentra una disposición similar a la citada en el párrafo precedente, el Artículo 104 numeral 6 indica que, durante la Audiencia de Sustanciación, los árbitros deben resolver “sobre las pruebas solicitadas por las partes”, lo cual quedará registrado en el Acta correspondiente⁹⁶. Esto implica que un proceso arbitral local, llevado a cabo bajo dicho reglamento, se podría hacer uso de las solicitudes de producción de documentos. Sin embargo, no todos los centros de arbitraje nacionales han adoptado disposiciones similares en sus reglamentos, mostrando preferencia por el modelo probatorio estándar en el derecho continental-europeo.

En la opinión del autor, la incorporación efectiva del mecanismo de producción documental en los reglamentos de arbitraje locales implicaría la inclusión

94 Artículo 99.- Normas de procedimiento aplicables.- Las normas de procedimiento que rijan el arbitraje ante este Centro serán las aquí establecidas, las señaladas en la Ley de Arbitraje y Mediación y su Reglamento, las acordadas por las partes en el convenio arbitral y las que acuerden o acepten en la Audiencia de sustanciación y demás normas aplicables. El Tribunal Arbitral en conjunto con las partes podrán adoptar medidas procesales que consideren apropiadas para la tramitación del proceso, siempre que éstas no vulneren las garantías constitucionales. Por acuerdo entre las partes, el proceso del arbitraje podrá ser llevado paralelamente en castellano y en el idioma señalado para el efecto, en cuyo caso los costos de la traducción deberán ser asumidos por las partes o la parte interesada. En caso de discrepancia entre las versiones, prevalecerá la versión en castellano.

95 Reglamento de Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Artículo 155.

96 N. 94. Artículo 99 (6).

de al menos cuatro tipos de disposiciones normativas: (i) un reconocimiento explícito de esta facultad para los árbitros; (ii) la posibilidad de una conferencia o reunión preliminar, destinada a establecer el calendario y abordar temas probatorios como el formato y el cronograma para solicitudes de producción de documentos; (iii) la promoción del uso de tablas para la producción documental; y (iv) el reconocimiento de la posibilidad de aplicar “inferencias adversas” si una parte no presenta pruebas.

Tomando como referencia las normas de centros de arbitraje internacionales como los de la CCI y LCIA, así como las Reglas de la IBA y de Praga, a continuación, se ofrecen ejemplos de disposiciones que podrían integrarse en los reglamentos de los centros de arbitraje nacionales, con el objetivo de asegurar una implementación efectiva del proceso de producción documental.

Art. [...].- En todo momento durante del procedimiento arbitral, el Tribunal estará facultado para requerir a cualquiera de las partes el aporte de pruebas adicionales y la presentación de documentos relevantes bajo su custodia, posesión o control.

Art. [...].- Después de recibir el expediente del caso, el Tribunal Arbitral celebrará una reunión preliminar, sin demora injustificada.

Durante la reunión preliminar, el Tribunal invitará a las Partes a consultarse entre sí, con miras a acordar un proceso eficiente, económico y justo para la obtención de pruebas. Una vez oídas las partes, el Tribunal establecerá el calendario procesal.

La consulta sobre cuestiones probatorias abordará los siguientes aspectos: [...]

- Los plazos para la presentación de prueba documental;
- Los requisitos, procedimientos y formato aplicables a la producción de documentos;
- El alcance de las solicitudes de producción de documentos; [...]

Art. [...].- Para la conducción del procedimiento arbitral, el Tribunal, tras consultar a las partes, podrá tomar todas las medidas procesales necesarias. En particular, para resolución

de disputas vinculadas a las solicitudes de producción de documentos, el Tribunal podrá ordenar la utilización de tablas de producción documental cuando sea pertinente para optimizar el tiempo y los costos del arbitraje.

Art. [...].- Si una Parte, sin una explicación satisfactoria, no presenta un documento requerido en una solicitud de producción documental, sobre la que no se haya opuesto a tiempo, o no proporciona un documento ordenado por el Tribunal Arbitral, este último podrá inferir que dicho documento es adverso a los intereses de la Parte infractora.

A pesar de las observaciones y sugerencias mencionadas previamente, debido a la complejidad del tema, la implementación concreta de la producción de documentos en los procedimientos de arbitraje doméstico abarca numerosos aspectos y matices que requieren un análisis más exhaustivo y deberán ser objeto de un estudio posterior.

8. CONCLUSIONES

La producción documental en el contexto del arbitraje internacional se refiere a un mecanismo procesal mediante el cual una de las partes involucradas en un procedimiento arbitral se ve obligada, a solicitud de la otra parte o del propio tribunal arbitral, a presentar documentos específicos o una categoría determinada de documentos que estén bajo su posesión, custodia o control. Estos documentos pueden incluir cualquier tipo de registro que contenga información relevante, ya sea en formato físico o electrónico. A diferencia de lo que ocurre con el *discovery* en los sistemas procesales de *common law*, la producción de documentos en el arbitraje no es automática y requiere una orden del tribunal arbitral.

En segundo lugar, la facultad de los tribunales arbitrales para ordenar la producción de pruebas documentales en el arbitraje internacional se basa primordialmente en los acuerdos de las partes, y, supletoriamente, en las disposiciones de la *lex arbitri* aplicable al caso. La *lex arbitri*, generalmente definida por la sede del arbitraje, regula por defecto los aspectos procesales, sin perjuicio de que lo pactado por las partes prevalece en la configuración del procedimiento. En ausencia de un acuerdo expreso, el tribunal arbitral tiene la capacidad de determinar las reglas procesales más adecuadas según las circunstancias del caso.

En tercer lugar, la efectividad de la producción de documentos depende en gran medida de la cooperación de las partes. En caso de falta de colaboración, el tribunal arbitral puede aplicar sanciones *de facto* denominadas “inferencias adversas” o “conclusiones desfavorables”, en virtud de las cuales el tribunal presume el contenido del medio de prueba documental no presentado, en detrimento de la parte requerida que omitió su producción.

En cuarto lugar, las solicitudes de producción de documentos se rigen por normas *soft law*, cuando los reglamentos de instituciones arbitrales no establecen parámetros específicos. Las partes y los tribunales arbitrales a menudo recurren a estándares internacionales como las Reglas de la IBA o las Reglas de Praga para guiar la fase de producción documental. Estas Reglas (de la IBA y de Praga) destacan algunos criterios aplicables a las solicitudes de producción de documentos, que incluyen: a) la identificación adecuada de los documentos solicitados, b) su relevancia y materialidad para el caso, y c) la condición de que los documentos estén bajo el control de la parte requerida. Además, las Reglas de la IBA consideran el requisito adicional de que los documentos solicitados no caigan bajo el ámbito de “privilegios” probatorios.

En quinto lugar, la esfera del arbitraje internacional, la utilización de tablas de producción de documentos (como el conocido *Redfern Schedule* concebido por el destacado jurista británico Alan Redfern), desempeña un papel fundamental en la resolución de objeciones a las solicitudes documentales. Estas tablas, generalmente compuestas por cinco columnas, permiten un registro claro y accesible tanto para las partes como para el tribunal arbitral, en el cual se detallan las solicitudes de documentos en disputa, sus justificaciones, las objeciones presentadas, las respuestas a estas objeciones y, finalmente, la decisión del tribunal arbitral sobre la producción del documento solicitado.

En sexto lugar, la aplicabilidad del mecanismo de producción documental en el arbitraje doméstico en Ecuador, se ve respaldada tanto por la Ley de Arbitraje y Mediación como su Reglamento, los cuales otorgan a las partes la capacidad de configurar libremente las reglas de trámite. En esta misma línea, la Sentencia 2822-18-EP/23 de la Corte Constitucional fortalece el principio de autonomía de las partes para modular las reglas procesales en el arbitraje (incluyendo aquellas relacionadas con la actividad probatoria), otorgándoles prioridad sobre las normas procesales supletorias (como aquellas establecidas por el COGEP). No obstante, es importante destacar que esta Sentencia también fija límites a la libertad de configuración del procedimiento destinados a preservar los derechos fundamentales de las partes, especialmente el derecho al

debido proceso. En consecuencia, el tribunal arbitral tiene la responsabilidad de proteger las distintas etapas de la fase probatoria y garantizar el respeto de los derechos de las partes, con un enfoque particular en el derecho de contradicción de la prueba.

Por último, para alcanzar el propósito de implementar el mecanismo de producción de documentos en los arbitrajes nacionales, se propone incluir una referencia a normas internacionales de *soft law* en los convenios arbitrales, como complemento a la ley ecuatoriana. Además, se sugiere que los reglamentos de los centros de arbitraje nacionales reconozcan expresamente a los árbitros la facultad para requerir documentos.

9. BIBLIOGRAFÍA

- Redfern, A. y Hunter, M. *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4ta. Ed., Editorial La Ley, 2007.
- Gómez de la Torre, B. y Andrade Moreno, C. “Las normas sobre la práctica de la prueba: reglas iba, reglas de praga o la autonomía de la voluntad”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, no. 11, (2020).
- Gómez de la Torre, B. y Vásconez Jácome, S. “la sección 1782 del título 28 del código de Estados Unidos y sus implicaciones dentro del Arbitraje Internacional y de inversiones”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, no. 13, (2022).
- Pastore, B. “Soft Law y la Teoría de las Fuentes del Derecho.” *Journal of The Saudi Pharmaceutical Society* 1 (2014).
- Catelli, C. y Brueggemann, R. “Evidentiary Objections”, *Global Arbitration Review*, 2021.
- Código Orgánico General De Procesos (2015).
- Compagnie Financiere Du Pacifique c. Peruvian Guano Co* (1882) 11 Qbd 55.
- Convenio Sobre Arreglo De Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (1965).
- Corte Constitucional Del Ecuador, Sentencia 2822-18-Ep/23 Del 13 de septiembre de 2023.
- Oepangat, D. y Janet, “Document Production And Disclosure In Investor-State Arbitration”, *Juris Gentium Law Review*, (2017).
- Couture, E. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, 1973.
- Urdaneta, E. J. “La producción de documentos en el arbitraje internacional”, *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, no. 2 (2021).
- Salcedo, E. *El arbitraje: La Justicia Alternativa*, Editorial Jurídica Miguel Mosquera, 2001.
- González de Cossío, F. *Arbitraje*, 5ta. Ed., Editorial Porrúa, 2018.
- Federal Rules Of Civil Procedure* (2022).
- Petrochilos, G. *Procedural Law In International Arbitration*, Oxford University Press, 2004.
- Born, G. *International arbitration: cases and materials*, wolters kluwer law & business, 2011.
- Mazón, J. L. *Ensayos Críticos Sobre El Cogep*, Tomo I, 2da. Ed., Legal Group Ediciones, 2020.

- Ley De Arbitraje y Mediación (1997).
- Taruffo, M. La Prueba, Marcial Pons, 2008.
- Taruffo, M. El Proceso civil adversarial en la experiencia americana: El modelo americano del proceso de connotación dispositiva, Editorial Temis, 2008.
- One Essex Court, Alan Redfern retires from practice, 2008, <https://www.oeclaw.co.uk/news/view/alan-redfern-retires-from-practice> (31/10/2023).
- Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2021).
- Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional para el Arreglo De Diferencias Relativas a Inversiones (2022).
- Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (2020).
- Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2021).
- Reglamento de Funcionamiento del Centro De Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito (2023).
- Reglas de la International Bar Association sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020).
- Reglamento a la Ley De Arbitraje y Mediación (2021).
- Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (2018).
- Stouten, S., Jansen, D. “Legal Privilege Issues: At The Mercy Of The Arbitral Tribunal”, International Bar Association, 2021, <https://www.ibanet.org/Legal-Privilege-Arbitral-Tribunal> (30/10/2023).
- Váradý, T., Barceló, J.J. y Von Mehren, A.T. International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective, 2da. Ed., Thomson West (2003).