

El interrogatorio cruzado y las Directrices para el Careo de Testigos y Expertos del *Chartered Institute of Arbitrators*

Mario Reggiardo Saavedra*

Álvaro Cuba Horna**

Recibido/Received: 31/07/2020

Aceptado/Accepted: 16/09/2020

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El careo de testigos y expertos. 3. ¿Qué resultados puede dar el careo de testigos o expertos? 4. Las Directrices para el Careo de Testigos y Expertos en el Arbitraje Internacional. 4.1. *Checklist*. 4.1.1. Asuntos a tomar en cuenta para optar por el careo. 4.1.2. La forma de organización del careo. 4.2. Directrices Estándares. 4.3. Instrucciones Específicas. 5. Conclusiones.

RESUMEN: Los arbitrajes complejos no suelen ganarse únicamente con documentos escritos. La audiencia es un hito clave. Es la oportunidad con la que cuentan las partes para transmitir a los árbitros su teoría del caso y probar los hechos que alegan. La participación de los testigos y expertos es decisiva, por lo que el interrogatorio debe acomodarse a los intereses de ambos actores, de modo que sus declaraciones no sean desacreditadas por los abogados de la otra parte. Actualmente el interrogatorio cruzado es el predominante.

* Socio de Payet, Rey, Cauvi, Pérez. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho y Economía por la Universidad de Hamburgo. Profesor de Análisis Económico del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad del Pacífico. Correo electrónico: mrs@prcp.com.pe

** Asistente de Payet, Rey, Cauvi, Pérez. Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto de docencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad del Pacífico. Correo electrónico: ach@prcp.com.pe

M. REGGIARDO SAAVEDRA & A. CUBA HORNA, “El interrogatorio cruzado y las Directrices para el Careo de Testigos y Expertos del Chartered Institute of Arbitrators”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 11, 2020, pp. 549-582.



El careo es menos usado. Este tipo de interrogatorio permite confrontar directamente a los testigos y expertos en la audiencia, y poder tener mayor certeza sobre quién dice la verdad. Los autores comentan las ventajas y desventajas de este tipo de interrogatorio. También analizan las Directrices para el Careo de Testigos y Expertos en el Arbitraje Internacional, publicadas por el Chartered Institute of Arbitrators en el 2019.

PALABRAS CLAVE: arbitraje internacional, interrogatorio de testigos y expertos, careo de testigos y expertos.

*Cross-examination and the Chartered
Institute of Arbitrators Guidelines on Witness
Conferencing*

ABSTRACT: Complex Arbitrations are not usually favorable only with documentary evidence. The hearing is a key milestone. It is the opportunity for the parties to transmit their theory of the case and prove the key facts to the arbitrators. The participation of witnesses and experts is decisive, which means that the interrogation must be adapted to the interests of both actors, so that the other party's lawyers do not discredit their oral submissions. Currently, cross-examination is predominant. Witness conferencing is less used. This type of interrogation allows witnesses and experts in the hearing to be confronting, and to be more certain about who is telling the truth. The authors comment on the advantages and disadvantages of this type of interrogation. In addition, the authors analyze the Guidelines for the Witness Conferencing in International Arbitration, published in 2019 by the Chartered Institute of Arbitrators.

KEYWORDS: examination of witnesses, witness conferencing, CIARB, evidentiary hearing.

1. INTRODUCCIÓN

El interrogatorio suele ser una de las partes más emocionantes en las películas sobre procesos judiciales. Y lo es también en la realidad. Ahí el abogado tiene la oportunidad de desacreditar la posición del testigo o experto ofrecido por la otra parte. Pero este ejercicio no es sencillo. Los testigos o expertos suelen ser reacios a brindar toda la información que el litigante necesita. Las respuestas evasivas o incompletas son las preferidas por los testigos o expertos bien preparados.

Este problema suele estar asociado a que los testigos y expertos conocen mejor los hechos que los litigantes. ¿Quién conoce mejor lo que pasó si no el propio testigo del caso? ¿Quién conoce mejor los aspectos técnicos de la disputa que el propio experto? Esta asimetría informativa genera que, en muchas ocasiones, las respuestas evasivas, incompletas o falsas de los testigos o expertos, pasen por alto. Salvo que haya otros medios de prueba que lo contradigan, los abogados tienen una baja probabilidad de notar la falsedad de las declaraciones. El método clásico del interrogatorio cruzado, en principio, no permite solucionar este problema.

El careo de testigos o expertos permite reducir esta asimetría informativa y la posibilidad de que los testigos o expertos adopten conductas oportunistas como declaraciones falsas, incompletas o evasivas. La posibilidad de que los testigos o expertos declaren conjuntamente, así como se refuten simultáneamente, permite a los abogados y al tribunal notar con mayor facilidad quién dice la verdad. Pese a ello, hasta hace poco este tipo de interrogatorio y su diseño eran pocos conocidos por los usuarios del arbitraje.

El diseño de este tipo de interrogatorio era tan solo conocido por los litigantes arbitrales con experiencia en casos sofisticados. Su aplicación y uso no era (y, posiblemente,

hasta la actualidad) tan amplia en los arbitrajes, contrario a lo que sucede en los procesos penales, en los que tiene un uso generalizado.

En el año 2019, el *Chartered Institute of Arbitrators* (CIARB) emitió las Directrices para el Careo de Testigos y Expertos en el Arbitraje Internacional (en adelante, Directrices). Estas buscan identificar las mejores prácticas arbitrales para el diseño de careos de testigos y expertos en los procesos arbitrales, y que sean conocidas por los litigantes arbitrales.

En este artículo, abordaremos cuáles son las principales prácticas arbitrales reflejadas en las Directrices. Presentaremos qué ventajas y desventajas podemos encontrar en el careo de testigos y expertos en los arbitrajes.

Este tipo de interrogatorio debe adaptarse a las necesidades de cada caso en particular, por lo que es indispensable evaluar si nuestros testigos o expertos se ajustan a estas necesidades.

2. EL CAREO DE TESTIGOS Y EXPERTOS

En muchos arbitrajes las pruebas testimoniales o periciales son cruciales para el resultado final. Si bien no son los únicos factores¹, si uno no cuenta con sólidos testigos o peritos que permitan persuadir a un tribunal arbitral de la veracidad de los hechos, existen bajas probabilidades de obtener un laudo favorable.

¿Qué ventajas ofrecen buenos testigos y peritos? Reconstruir los hechos del conflicto, en el caso de los testigos, y sustentar técnicamente los hechos narrados por las partes que dan pie al planteamiento de soluciones legales, en el caso de los peritos. En casos que involucren asuntos complejos de hecho

1. Además de tener buenos testigos y expertos, tener buenas pruebas documentales dará mayores fortalezas a una teoría del caso.

y técnicos, abogados sin buenos testigos ni peritos reducen su probabilidad de éxito. La teoría del caso de los abogados, en realidad, se trata de información que nos es transferida por **(i)** las partes del conflicto (nuestros clientes o, como suelen ser, los testigos) y **(ii)** los expertos del caso (los técnicos o, como suelen ser, los peritos).

Antes que plantear la resolución de un contrato o solicitar una indemnización (soluciones legales), un litigante debe convencer al tribunal arbitral acerca de **(i)** cuáles fueron los hechos del caso; y **(ii)** cuáles son las soluciones técnicas que sustentan los hechos del caso y que permiten a los abogados plantear posiciones legales. La posición de los litigantes será exitosa si logra transferir de forma eficiente (en otras palabras, persuadir) la información que les es transferida por los actores y expertos del caso. Los abogados solo destacaremos en un litigio si somos buenos receptores y transmisores de la información hacia los miembros del tribunal arbitral.

Para lograr este objetivo, entre otras herramientas, los abogados solemos recurrir a las declaraciones de testigos y expertos durante las audiencias. Más allá de su eventual presentación escrita², las declaraciones orales de testigos y expertos son elementos cruciales del arbitraje, pues permiten actuar y recrear todo lo escrito. Como señalan LEVY & REED, “es una regla común que un tribunal arbitral no debe decidir un caso únicamente sobre la base de los documentos presentados por las partes”³. Con la participación oral de los testigos y expertos, las partes “darán vida a lo que, para los árbitros, ha sido hasta ahora solo una pila de papeles”⁴.

-
2. La presentación escrita de las declaraciones testimoniales o periciales suele ser especialmente empleada, en caso las Reglas IBA sobre Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional sean aplicables.
 3. L. LEVY & L. REED, “Managing Fact Evidence in International Arbitration”, en A. VAN DEN BERG, *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series, Vol. 13, Kluwer Law International, 2007, p. 637.
 4. *Ibidem*.

¿Cómo aprovechar y maximizar a los testigos y expertos del caso? No basta con hacerlos hablar en una audiencia. Los abogados deben encontrar una forma u organización de la audiencia (en especial, el interrogatorio) que se acomode al perfil de nuestros testigos y expertos. Los testigos y expertos deben sentirse cómodos en los interrogatorios, en la medida que estén conscientes que deben decir la verdad.

En la actualidad, es usual exponer a nuestros testigos y expertos a los interrogatorios cruzados. En esta modalidad interrogamos a los testigos y expertos de la otra parte para restar credibilidad a sus declaraciones, para hacerlos caer en contradicciones y rectificaciones. Si se desacredita al actor y el experto del caso de la otra parte, la teoría del caso de la otra parte inevitablemente se debilitará. Por ello, en palabras de HARBST, el interrogatorio cruzado “es la oportunidad de la parte contraria para demostrar que la historia no es precisa y no es confiable”⁵.

Durante los últimos años se ha venido expandiendo el uso de otro tipo de interrogatorio, que es el careo de testigos y expertos. A diferencia del interrogatorio cruzado, en el que los abogados realizan una serie de preguntas a los testigos y expertos para desacreditar sus declaraciones de forma individual, “el careo de testigos y expertos implica escuchar a grupos de testigos juntos y permite un diálogo entre ellos, coordinado y controlado por el tribunal”⁶. En esa misma línea, HARBST define al careo de testigos y expertos como “una forma de examen donde los testigos y expertos de ambas partes se escuchan al mismo tiempo”⁷.

-
5. R. HARBST, “A Counsel’s Guide to Examining and Preparing Witnesses in International Arbitration”, *Arbitration International*, Vol. 32(2), 2016, p. 97.
 6. J. WAINCYMER, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, p. 918.
 7. R. HARBST, N. 5.

Si bien el diseño del careo puede variar dependiendo de cada proceso arbitral, el diseño estándar es que el tribunal arbitral o los litigantes proponen un asunto o realizan una serie de preguntas que deben ser respondidos por los testigos o expertos conjuntamente. Durante las intervenciones, el testigo o experto puede intervenir y corregir (en caso lo estime conveniente) algún extremo de la declaración del otro testigo o experto que está sentado a su lado, lo cual puede motivar una discusión directa entre los testigos o expertos. La confrontación directa y simultánea es la principal característica del careo de testigos o expertos, lo cual brindará al tribunal arbitral mayores luces de quién dice la verdad.

El careo se encuentra reconocido en el artículo 8(3)(f) de las Reglas de la IBA sobre Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional, el cual establece que el tribunal arbitral (de oficio o a instancia de una parte) puede variar la organización de los interrogatorios “de modo tal que los testigos sean interrogados en forma simultánea y confrontándose unos con otros (interrogatorio simultáneo o careo de testigos)”. Pese a ello, en la actualidad las preferencias de los litigantes en los arbitrajes suelen estar asociadas a los interrogatorios cruzados.

Sus principales características consisten en que es una declaración **(i)** conjunta; **(ii)** simultánea; y, **(iii)** sobre los mismos asuntos:

- (i) Conjunta.** En el careo, todos los testigos o expertos de un tema en particular están presentes en la misma audiencia para ofrecer sus declaraciones. Como señalan FERNANDINO *et al.*, en el careo, a diferencia del interrogatorio cruzado “todos los expertos y testigos en un tema en particular están presentes en el estrado de los testigos o expertos y están sujetos a preguntas por el

tribunal y las partes”⁸. Las declaraciones son examinadas “lado a lado en lugar de forma secuencial”⁹. Los testigos y expertos oirán todas las respuestas dadas por el resto. Esta característica mitiga varios riesgos del proceso arbitral. Por ejemplo, si los actores del proceso arbitral optan por el careo de testigos o expertos, carecería de sentido ponerse a pensar sobre el secuestro¹⁰ de los testigos antes de sus declaraciones. El carácter conjunto de las declaraciones brinda al tribunal arbitral la oportunidad de observar las reacciones y las respuestas inmediatas de los testigos o expertos ante una declaración falsa, lo cual reduce la posibilidad de que los testigos no adaptarán sus declaraciones en función de la declaración de otro testigo. El careo permite al tribunal arbitral determinar con mayor precisión qué testigo dice o no la verdad.

- (ii) **Simultánea.** En el careo, todos los testigos o expertos ofrecen sus declaraciones de forma simultánea. La opción depende de las partes. Se caracteriza porque los involucrados “se escuchan al mismo tiempo”¹¹. En dicha interacción, incluso, es posible que los testigos o expertos generen diálogos entre sí y lleguen a acuerdos sobre distintos hechos del arbitraje. Frente a una pregunta del tribunal arbitral o de los abogados de las partes, los testigos o expertos pueden responder simultáneamente o de forma consecutiva, pero en cualquier caso cada testigo o experto oirá sus declaraciones y podrá corregir (si lo estima necesario) cualquier afirmación incorrecta.

8. C. FERNANDINO *et al.*, *Evidence in International Arbitration: The Italian Perspective and Beyond*, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, Thomson Reuters, 2016.

9. M. MCLLRATH & J. SAVAGE, “International Arbitration and Mediation: A Practical Guide”. Kluwer Law International, 2010, p. 312.

10. El término “secuestro”, para el caso de los testigos o expertos, es una traducción libre del término “*sequestration of witnesses*”. El secuestro consiste en la prohibición, para un testigo o experto, de asistir a las declaraciones e interrogatorios de otros testigos o expertos, antes de su propia declaración en la audiencia.

11. R. HARBST N. 5, p. 169.

(iii) *Sobre los mismos asuntos.* En el careo es usual que los testigos o expertos declaren sobre los mismos asuntos. Ello permite ordenar la audiencia y que se explote el conocimiento de los testigos o expertos. Carecería de sentido que dos testigos declaren conjuntamente en la audiencia y que sus declaraciones escritas consistan sobre dos asuntos distintos de los hechos del arbitraje. Por ello, es preferible que el careo de testigos sea ordenado dependiendo de los asuntos declarados de forma escrita por los testigos o expertos.

3. ¿QUÉ RESULTADOS PUEDE DAR EL CAREO DE TESTIGOS O EXPERTOS?

A diferencia del interrogatorio cruzado, el careo de testigos o expertos implica una declaración conjunta y simultánea de los testigos o expertos sobre un mismo asunto. Las ventajas son:

(i) *El careo puede acomodarse a testigos o peritos con menos experiencia en arbitrajes.* Como señalan FERNANDINO *et al.*, & MOLFA, el careo:

“[...] puede favorecer a los expertos que tienen menos experiencia en arbitraje, sobre la base de que es probable que se adapten más rápidamente al proceso –que podría ser más similar a un panel académico en el careo– en lugar de una sala tradicional del tribunal para el examen de cross-examination”¹².

El careo puede ser un ambiente mucho más cómodo para nuestros testigos o expertos. A diferencia del interrogatorio cruzado, en el careo los testigos o expertos brindarán sus declaraciones con menos restricciones. Existirá menor control de los litigantes para realizar preguntas incómodas que les resten credibilidad. Los testigos y expertos se sentirán más libres para brindar sus

12. C. FERNANDINO *et al.*, N. 8.

impresiones, lo cual aumentaría la probabilidad de que los testigos o expertos con menos experiencia transfieran al tribunal arbitral de forma adecuada la información que poseen.

- (ii) *El careo restringe las discusiones entre los testigos o expertos.* El careo brinda la oportunidad de que los testigos o expertos dialoguen entre sí y puedan señalar expresamente los asuntos en los que están de acuerdo y en desacuerdo. Por ejemplo, si dos testigos han sido ofrecidos para aclarar la ejecución de un proyecto de obra y existen dos versiones sobre un mismo hecho (causas de la demora en la culminación del proyecto), el careo permitirá un diálogo entre ambos testigos o expertos y que, en caso se afirme un hecho inexacto, se pueda rectificar directamente por el otro testigo o experto. Como señala HARBST:

“[u]na conversación directa entre dos testigos de hecho que pueden haber trabajado en el mismo proyecto se verá muy diferente. Habría un intercambio continuo de declaraciones (orales) y argumentos, como resultado de lo cual se aclara donde hay un terreno en común entre los testigos y donde hay desacuerdo. La dinámica de dicha conversación es adecuada para filtrar eventos relevantes y para probar la fuerza de las posiciones respectivas”¹³.

El diálogo entre los testigos permitirá al tribunal arbitral determinar qué hechos están en discusión entre los testigos, lo cual permitirá acotar la discusión del arbitraje. BORN añade en esa línea que el careo de testigos o expertos permite “identificar áreas de acuerdo, forzar concesiones y evaluar la credibilidad de las discrepancias”¹⁴. Esto no ocurre con mucho éxito en el interrogatorio cruzado, pues ahí las declaraciones de los testigos son individuales y existe una menor capacidad

13. R. HARBST, N. 5.

14. G. BORN, *International Commercial Arbitration. Kluwer Law International*. Kluwer Law International, 2da. Ed., 2014, p. 2293.

de refutar directamente las declaraciones incorrectas. En ese caso, “la confrontación de un testigo con otros testigos es indirecta en un interrogatorio convencional. En careos de testigos, la confrontación es directa”¹⁵. De hecho, tras un interrogatorio cruzado, las refutaciones a las declaraciones de los testigos suelen darse en la audiencia de alegatos finales (días o, a veces, semanas después de las declaraciones orales) o, incluso, en los escritos de conclusiones, lo cual reduce significativamente la capacidad de respuesta de las partes o de los testigos. Por ello, el careo de testigos permite “exponer evasiones, simplificaciones excesivas e inexactitudes”¹⁶.

Lo mismo ocurre en el caso de los expertos. Si los expertos de las partes discrepan sobre un asunto legal o técnico, el careo de expertos les permitirá refutarse directamente y determinar qué experto presenta argumentos más sólidos. De hecho, en el caso de los expertos, estos serán más cuidadosos con sus declaraciones, pues saben que el otro experto puede refutar cualquier inexactitud durante el careo. Esto no ocurre en el interrogatorio cruzado, pues por lo general el experto tiene mayor conocimiento sobre el asunto legal o técnico que el abogado que interroga. Dicha ventaja del careo permitirá al tribunal arbitral conocer con mayor detalle la opinión de los expertos, determinar los acuerdos de los expertos en algunos asuntos y las razones por las que los expertos discrepan en otros asuntos. Como señala HARBST:

“[s]i dos expertos se enfrentan entre sí, la situación es diferente. Los expertos serán más precisos y más cuidadosos al hacer sus declaraciones. Entre ellos, a menudo hay una mezcla fructífera de respeto mutuo y competencia. Ambos son conscientes de que cualquier inexactitud de declaración errónea puede ser refutada inmediatamente”¹⁷.

15. R. HARBST, N. 5.

16. G. BORN, N. 14.

17. R. HARBST, N. 5.

(iii) *El careo puede reducir el tiempo y costo de los arbitrajes.*

Durante los interrogatorios cruzados, es frecuente encontrarnos frente a diversas preguntas innecesarias o poco fructíferas de los abogados, quienes poseen menos conocimiento que los testigos o expertos en los asuntos en discusión. Las preguntas innecesarias e interrupciones de los tribunales arbitrales generan tiempo y costos innecesarios en los arbitrajes. Dentro del careo, este escenario puede mitigarse.

Pongamos un ejemplo. En un arbitraje complejo, se han ofrecido ocho expertos, de los cuales cuatro declaran sobre un mismo asunto y los otros cuatro declaran sobre otro mismo asunto. En una audiencia convencional, es usual que cada experto ofrezca su declaración y sea sometido a un interrogatorio por los abogados de ambas partes por un lapso de 90 minutos. Este procedimiento será aplicado igualmente en el resto de siete expertos. En total, serían 12 horas invertidas para los interrogatorios de los expertos, sin contar los descansos o incidentes, lo cual implica diversos costos en el arbitraje (honorarios del tribunal arbitral, costos del centro arbitral, costo de oportunidad para las partes, honorarios de los abogados, entre otros).

Pero en caso las partes opten por el careo, el tiempo y costo podría reducirse en cuanto existan limitaciones expresas durante la audiencia para la realización de preguntas por parte de los abogados, lo cual podría ser discutible. Bajo el ejemplo señalado, podrían celebrarse dos careos, en los cuales participarán los expertos que opinen sobre un mismo asunto. Cada careo duraría un aproximado de tres horas, o menos, en caso haya limitaciones durante la audiencia para las preguntas de los abogados, por lo que en total serían seis horas invertidas para los interrogatorios de los expertos.

No obstante, este escenario dependerá de la organización de cada arbitraje y la posibilidad de los abogados de tener un tiempo prudencial para realizar sus preguntas. Como señala ULMER, “el careo no necesariamente ahorra tiempos de la audiencia pues generalmente es necesario que los testigos o expertos sean examinados por la parte contraria por separado antes del careo conjunto”¹⁸. Es decir, tras el careo realizado, es posible que los abogados realicen el interrogatorio cruzado, lo que justificaría que la duración de la audiencia sea, incluso, mucho mayor.

Pese a las ventajas ofrecidas por el careo de testigos y expertos, los litigantes y tribunales arbitrales deben ser muy cuidadosos en aplicar este tipo de procedimiento:

- (iv) ***El tribunal arbitral debe mantener el control del interrogatorio.*** Si bien el careo brinda una confrontación directa a los testigos y expertos y una oportunidad para rectificar directamente cualquier inexactitud de las declaraciones, este aspecto puede convertir a un diálogo entre los testigos o expertos en una disputa personal. Por ello, como señala HUNTER, “para que el careo funcione de manera eficiente, el tribunal debe tomar en serio la tarea de elaborar la agenda y asegurarse de que la audiencia esté presidida de manera firme pero justa [...]”¹⁹.

El careo requiere una moderación que ordene la discusión y que evite que las declaraciones no se desvíen de las preguntas formuladas por el tribunal arbitral o el litigante que interroga.

- (v) ***Los litigantes deben mantener su oportunidad de realizar un interrogatorio a los testigos o expertos.*** En el proceso arbitral, los litigantes conocen mejor el caso que

18. N. ULMER, “The Cost Conundrum”, *Arbitration International*, Vol. 26 (2), 2010, p. 244.

19. M. HUNTER, “Expert Conferencing and New Methods”. en A. VAN DER BERG, *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series, Vol. 13, Kluwer Law International, 2007, p. 822.

el tribunal arbitral, pues han sido quienes han dedicado la mayor parte de su tiempo para estudiar el caso. Por ello, es recomendable que los asuntos del careo sean puestos por los litigantes, y no exclusivamente por el tribunal arbitral. Como señala HARBST, “existe el riesgo de que los árbitros mantengan el careo de testigos dentro de los límites de su comprensión personal del caso. Este entendimiento puede no llegar a las cuestiones cruciales en disputa”²⁰.

4. LAS DIRECTRICES PARA EL CAREO DE TESTIGOS Y EXPERTOS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Hasta hace poco no existían lineamientos concretos que asistan a los litigantes y tribunales arbitrales en general para un adecuado uso del careo de testigos o expertos. Si bien existía un reconocimiento expreso de las Reglas IBA sobre Práctica de la Prueba para el careo de testigos y expertos, existían muy pocos instrumentos que expliquen su forma de uso en la práctica arbitral. Su conocimiento se limitaba tan solo a algunos litigantes y tribunales arbitrales sofisticados en los arbitrajes.

Por ello es bueno que el 29 de abril de 2019 el CIARB haya emitido las Directrices para el Careo de Testigos y Expertos en el Arbitraje Internacional. Dicho documento ofrece (i) una lista de asuntos que los árbitros y las partes deberán observar cuando convengan en llevar a cabo un careo de testigos o expertos y, en caso sea convenido, la forma que debe tomar el careo; (ii) unas ‘directrices estándares’ con un marco aplicable de principios que se deberán aplicar en el careo de testigos o expertos; y, (iii) unas ‘instrucciones específicas’ con los tres tipos de formas que puede tomar el careo de testigos o expertos. Adicionalmente, las Directrices contienen unas

20. R. HARBST, N. 5.

'*notas explicativas*' que brindan comentarios detallados sobre los elementos **(i)**, **(ii)** y **(iii)**.

El objetivo de las Directrices es asistir a los litigantes y tribunales arbitrales a diseñar un careo de testigos efectivo y eficiente. Si bien el método del careo de testigos se encuentra reconocido en algunos instrumentos de *soft law* aplicable para los arbitrajes internacionales, estas directrices son una de las primeras que describen de forma detallada las prácticas arbitrales estándares para un adecuado uso del careo de testigos o expertos. Las partes y tribunales arbitrales son libres de ajustar las Directrices a sus propias necesidades, por lo que se descarta que las Directrices sean rígidas en cuanto a su aplicación.

4.1. Checklist

En su primera sección, las Directrices contienen una lista con **(i)** los asuntos que deben ser tomados en cuenta por los actores del proceso arbitral para optar o no por un careo de testigos o expertos; y, **(ii)** en caso opten por el careo, la forma en la que debe ser organizado.

4.1.1. Asuntos a tomar en cuenta para optar por el careo

La lista contiene los siguientes asuntos que las partes deben observar para decidir si se opta o no por un careo de testigos:

- (i)** *Prueba de hecho en conflicto de dos o más testigos que debe ser aclarada.* Este supuesto es muy frecuente en los procesos arbitrales, pues es común que exista más de una versión de un hecho del caso que dependa exclusivamente de la palabra de los testigos. Sin pruebas documentales que acrediten de modo fehaciente un

hecho, el tribunal arbitral deberá confiar en las versiones de los testigos.

Si las versiones de los testigos son contradictorias, es altamente recomendable que el arbitraje opte por el careo de testigos. Como señalan las Notas Explicativas en relación a este escenario, “sus interacciones entre ellos [testigos], así como sus respuestas a las preguntas de los abogados o del tribunal, pueden proporcionar al tribunal una imagen más clara de lo que ocurrió, en vez de evaluar las respuestas dadas por los mismos testigos cuando son interrogados individualmente”²¹. La confrontación directa del careo de testigos permitirá al tribunal arbitral, de igual forma, determinar una imagen más clara y acotar los asuntos en controversia.

Como señalan las propias Notas Explicativas²², es más fácil detectar si un testigo dice o no la verdad cuando declara en compañía de otro testigo, a comparación de si declara individualmente bajo el interrogatorio cruzado. SACHS & SCHMIDT-AHRENDTS apuntan que “ser ubicado junto a sus pares puede obligar a los testigos o expertos a presentar sus opiniones de manera más independiente y objetiva”²³. Cuando declare junto con otro testigo, este sabrá que, si no dice la verdad, el otro testigo lo podría corregir, lo cual restaría credibilidad a su declaración.

¿Pero por qué creer en la veracidad de la corrección del segundo testigo? Esta apreciación dependerá de cada caso en concreto. Por lo general, el tribunal arbitral debe permitir a los testigos o expertos que dialoguen entre sí y analizar si las correcciones realizadas guardan relación con las pruebas presentadas en el arbitraje y, por lo tanto, si resultan convincentes. Dependerá de **(i)** la coherencia

21. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral 1(1), p. 13.

22. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral 1(2), p. 13.

23. K. SACHS & N. SCHMIDT-AHRENDTS, “Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence”, en A. VAN DEN BERG, *Arbitration Advocacy in Changing Times*, ICCA Congress Series, Vol. 15, Kluwer Law International, 2011, p. 143.

de las correcciones y su relación con las pruebas del arbitraje o **(ii)** la persuasión de la corrección de los testigos o expertos. Por ejemplo, si uno de los testigos o expertos corrija una declaración durante el careo, pero las pruebas contradicen frontalmente el contenido de su corrección, el tribunal arbitral deberá estar atento a no dejarse influir ni convencer por dicha corrección. Para ello, es vital estar frente a un tribunal arbitral informado de los hechos y las pruebas durante la audiencia. Incluso, ese riesgo de error puede reducirse si se permite a los abogados intervenir en una situación como la descrita, lo que incluso sería más útil si no se ha acordado llevar a cabo un interrogatorio cruzado con posterioridad al careo.

De hecho, luego del diálogo entre los testigos o expertos en el careo, resultaría útil que los abogados apunten a todas aquellas correcciones realizadas en las que crean que no se ha dicho la verdad, y las desacrediten a través del interrogatorio cruzado.

El careo de testigos reduce en cierta medida la conducta oportunista que puedan adoptar los testigos al no decir la verdad bajo un interrogatorio cruzado. Para optimizar este mecanismo resulta ideal que el careo de testigos sea organizado y moderado por el tribunal arbitral. Resulta vital que el careo no se convierta en una disputa personal entre los testigos, lo cual debe ser cumplido por el tribunal arbitral (de preferencia, el presidente).

- (ii)** *Opinión en conflicto de dos o más expertos en una materia que debe ser aclarada.* Así como el supuesto anterior, este también es muy frecuente en los procesos arbitrales. Si las opiniones de los expertos son contradictorias, es recomendable que el tribunal arbitral y los litigantes escuchen a los expertos refutarse entre sí y expongan sus argumentos. En este proceso de interacción, así como en el caso de los testigos, es perfectamente posible que los

expertos lleguen a acuerdos sobre algunos asuntos en discusión en el arbitraje, lo cual acotará las discusiones del arbitraje y enfocará en menos puntos los asuntos cruciales del arbitraje.

Como señalan las Notas Explicativas²⁴, el careo de expertos puede resultar más fructífero cuando los árbitros tengan experiencia en los asuntos a discutir. Por ejemplo, si los expertos llamados al careo son expertos en temas de construcción y los árbitros tienen amplia experiencia en temas de construcción, un careo entre los expertos que sea conducido y moderado por los árbitros con experiencia en el tema resultaría más fructífero que un interrogatorio cruzado.

- (iii) *Debate sobre la credibilidad de un testigo.* Cuando la credibilidad de un experto sea puesta en discusión (falta de independencia, calificaciones o experiencia), generalmente el careo de expertos no aportará mayores luces para resolver dicho asunto. Carece de sentido que los expertos sean sometidos a un careo para confrontar entre sí sus credibilidades. Si ello fuese así, sería altamente probable que la discusión entre los expertos se convierta en un asunto personal para demostrar qué experto tiene mayores calificaciones, lo cual es uno de los puntos que debe ser evitado durante el careo.

No obstante, la credibilidad no es un obstáculo para que los expertos sean sometidos a careo. Frente a este escenario, las Notas Explicativas²⁵ recomiendan que en el careo de expertos se discutan los asuntos sustantivos de las pericias, mientras que los litigantes tendrán la oportunidad de realizar interrogatorios (bajo el interrogatorio cruzado clásico) para cuestionar la credibilidad del experto.

24. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral 2(3), p. 15.

25. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral 3(2), p. 15.

(iv) *Relación de experiencia contrastante entre los testigos o expertos.* Empecemos con el caso de los expertos. Es usual que algunos expertos tengan mayor experiencia que otros expertos. Esto depende de (i) la experiencia en el tema sustantivo o (ii) la experiencia en procesos arbitrales. La diferencia de experiencia podría verse reflejada durante el careo de expertos, pues el experto con mayor experiencia se sentirá más cómodo durante el careo y sentirá mayor autoridad que un experto con menos experiencia para exponer sus argumentos (incluso, imponerlos) y destacar en la audiencia. Puede que un experto gane más por su presencia que por sus argumentos en sí. Este riesgo podría reducirse en el interrogatorio cruzado, pues el experto con menos experiencia no se sentiría intimidado por el experto con mayor experiencia. De hecho, se sentiría más cómodo, pues sabe que tiene mayor conocimiento en el tema que el litigante que lo interrogará.

En caso haya una diferencia considerable en la experiencia de los expertos, es recomendable que los litigantes que tengan al experto con menos experiencia no opten por el careo. Por el contrario, el careo puede resultar más recomendable para los litigantes que tengan al experto con mayor experiencia.

Si las partes no se ponen de acuerdo frente a un escenario similar, el tribunal arbitral debería optar por el interrogatorio cruzado. Es altamente probable que el careo de expertos impacte en la declaración del experto con menos experiencia, incluso pese a que su solución técnica sea la más adecuada. Ello implicaría que exista una menor probabilidad de que la información por parte del experto con menos experiencia no le sea transferida de forma adecuada (es decir, no haya persuasión), pues podría sentirse intimidado por el experto con mayor experiencia. Por ello, el tribunal arbitral debería optar

por un interrogatorio que maximice la posibilidad de transferir dicha información, lo cual puede darse con mayor probabilidad en un interrogatorio cruzado frente a un escenario como este.

En el caso de los testigos este riesgo puede verse reducido. A diferencia de los expertos, los testigos narran sus versiones del caso sin que haya una disputa sobre cuál es la solución técnica más viable. No obstante, en caso se presenten los mismos problemas que en los expertos, creemos que la solución debe ser similar a la expuesta en el anterior párrafo.

- (v) *Antecedentes culturales contrastantes entre los testigos o expertos.* Imaginemos que tenemos como expertos a dos personas (una de avanzada edad y otra joven) de dos culturas distintas, y en una de estas culturas es socialmente aceptado que las personas jóvenes no pueden contradecir públicamente a las personas de avanzada edad. En un careo de expertos, es probable que el experto joven no refute ni corrija la declaración del experto de avanzada edad por un asunto cultural (antes que por la evidencia técnica de su declaración).

Las Notas Explicativas recomiendan a los litigantes y tribunales arbitrales evaluar este aspecto y señalan que “el careo de testigos o expertos puede no ser siempre preferible donde exista tal diferencia cultural”²⁶. Por ello, en caso se presenten diferencias culturales que puedan afectar la calidad de las declaraciones orales de los testigos o expertos, es recomendable que el tribunal arbitral no opte por el careo.

- (vi) *Los testigos han sido o no colegas.* Cuando los testigos o expertos han sido colegas, las Notas Explicativas²⁷ recomiendan a los tribunales arbitrales evaluar cuáles

26. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral 4(7), p. 17.

27. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral 4(10), p. 17.

fueron sus cargos como colegas y si dicha relación podría afectar sus declaraciones durante la audiencia. Por ejemplo, si uno de los expertos ha sido superior directo del otro experto durante un largo periodo, existe la probabilidad de que el otro experto pueda verse influenciado y su declaración se vea afectada por este asunto. Por supuesto que este escenario dependerá de cada situación concreta, pues puede darse el caso de que la relación laboral anterior no influya en el contenido de las declaraciones (por el contrario, puede ocurrir de que esta relación pasada incentive a una mejor declaración del experto menor). Por ello, en caso una relación laboral anterior pueda influir en la calidad de las declaraciones, es recomendable que el tribunal arbitral por regla general no opte por el careo, aunque la decisión final dependerá del caso en concreto.

(vii) Amistad cercana o enemistad entre los testigos o expertos. Cuando los testigos o expertos se odian entre sí, es probable que el careo se convierta en una disputa personal e, incluso, sea imposible generar un diálogo o consenso. Incluso, si los testigos o expertos tienen una amistad cercana, es probable que no exista ninguna refutación o corrección durante el careo, lo cual aportaría poco al tribunal arbitral. Frente a estos escenarios, los árbitros deben ser cuidadosos y analizar cualquier tipo de relación personal existente entre los testigos y expertos con el objetivo de que el careo no pierda su propósito. Las Notas Explicativas recomiendan que el tribunal arbitral “debe permanecer atento a la posibilidad de que el careo haya dejado de ser un medio útil para analizar las pruebas y variar la forma del careo de alguna manera, o suspender o concluir el careo”²⁸.

28. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral 4(13), p. 18.

(vii) Uno o más testigos o expertos deben presentar su declaración a través de una videoconferencia. En muchas ocasiones, es posible que los testigos y expertos no estén ubicados físicamente en la misma audiencia, lo cual motivará a que brinden sus declaraciones al tribunal arbitral y a los litigantes a través de una videoconferencia.

Esta opción se presentará con mayor frecuencia en la actualidad, a raíz del contexto actual del COVID-19. La pandemia, y las medidas de aislamiento obligatorio, han ocasionado que las audiencias sean actualmente, en su gran mayoría, virtuales. ¿Qué impacto puede tener este contexto en la eficiencia del careo de testigos y expertos?

La declaración por videoconferencia reduce, en cierta medida, una de las principales ventajas del careo, que es la refutación y corrección directa entre testigos y expertos que se sientan lado a lado durante la audiencia. No obstante, consideramos que esta contingencia puede verse reducida con **(i)** una adecuada conexión y señal de internet de las partes, lo que reducirá interferencias durante la audiencia; y, **(ii)** medidas que puede adoptar el tribunal arbitral, para impedir que los abogados o las mismas partes presten asistencia, a los testigos y expertos durante la audiencia, en sus declaraciones orales.

Por ello, en caso una declaración se deba llevar a cabo a través de una videoconferencia, consideramos que es perfectamente posible que se lleve a cabo un careo de testigos y expertos.

4.1.2. La forma de organización del careo

Una vez que los litigantes y el tribunal arbitral han evaluado los anteriores asuntos, y hayan optado por el careo de testigos y expertos, la lista recomienda tomar en cuenta las siguientes formas para llevar a cabo el careo:

- (i) *Número de careos en función a los temas o números de testigos o expertos.* En arbitrajes complejos que involucran varios asuntos en discusión, es recomendable optar por varios careos. En principio, es recomendable que un careo sea dedicado para examinar a los testigos, mientras que otro careo sea dedicado para examinar a los peritos. Pero, incluso, para el caso individual de los testigos o peritos, es posible dividir varios careos en función a los temas en discusión.

Por ejemplo, es posible que en un caso se ofrezcan varios testigos, entre los cuales algunos hayan declarado sobre una sección del proyecto de obra sometido a arbitraje por retrasos, mientras que el resto de testigos haya declarado sobre la etapa en que las partes negociaron el trato directo previo al arbitraje. Frente a estos casos, es recomendable que se celebren dos careos en los que se discutan los temas por separado. Como señalan las Notas Explicativas, “este enfoque puede ser atractivo en asuntos con grandes cantidades de pruebas documentales y periciales”²⁹. La misma lógica es aplicable para el caso de los expertos.

- (ii) *Declaraciones conjuntas de testigos o expertos.* Empecemos por los expertos. En caso los litigantes ofrezcan dos reportes de expertos con conclusiones distintas, en algunos casos los expertos presentarán al tribunal arbitral (antes de la audiencia) un reporte de experto conjunto en el que se detallarán los asuntos en los que los expertos están de acuerdo. Dicha dinámica permitirá al tribunal arbitral y a los litigantes ordenar los temas de la audiencia y maximizar el careo de expertos. En todo caso, el tribunal arbitral tiene la facultad para ordenar a los expertos emitir un reporte de experto conjunto en los que detalle los acuerdos y desacuerdos. El artículo 5(4) de las Reglas IBA sobre Práctica de

29. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral 5(3), p. 18.

la Prueba³⁰ y el artículo 6(7) de las Reglas de Praga³¹ reconocen expresamente dicha posibilidad.

En cualquiera de los escenarios descritos (reporte de experto conjunto), no habrá la necesidad de que durante el careo el tribunal arbitral ordene a los expertos declarar los asuntos en los que estén de acuerdo y en desacuerdo. Con un reporte de experto conjunto, en la audiencia el tribunal arbitral solo incidirá en los asuntos en los que los expertos estén en desacuerdo y profundizar en sus argumentos. Dicha mecánica reducirá el tiempo de los careos e incidirá en los asuntos más cruciales del arbitraje en los que haya desacuerdo.

En el caso de los testigos, no es usual que se redacten declaraciones testimoniales conjuntas bajo el mismo formato descrito. No obstante, nada impide a los tribunales arbitrales a ordenar a los testigos redactar una declaración testimonial conjunta en los que describan los asuntos en los que están de acuerdo y en desacuerdo. De igual forma, la mecánica descrita reducirá el tiempo de los careos e incidirá igualmente en los asuntos más cruciales del arbitraje en los que haya desacuerdo.

(iii) *Cronología de hechos del caso.* Si los testigos o expertos presentan una cronología de los hechos en disputa antes de la audiencia, resultaría muy útil para la organización del careo. El tribunal arbitral y los litigantes tendrían

30. Reglas IBA (International Bar Association) sobre Práctica de la Prueba (2010), Artículo 5(4). “El Tribunal Arbitral podrá, a su discreción, ordenar que los Peritos Designados por las Partes que vayan a presentar o que hayan presentado Dictámenes Periciales sobre los mismos asuntos o sobre asuntos conexos, se reúnan y deliberen acerca de tales asuntos. En dicha reunión, los Peritos Designados por las Partes deberán tratar de llegar a un acuerdo sobre los asuntos a que se refieren sus Dictámenes Periciales y harán constar por escrito aquellos puntos sobre los que lleguen a un acuerdo, así como aquellos otros sobre los que exista desacuerdo y las razones de ello.”

31. Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional, Reglas de Praga (2018), Artículo 6(7). “Oídas las partes, el tribunal arbitral podrá instruir al perito nombrado por una parte y/o a los nombrados por el tribunal arbitral –si los hubiere– para celebrar una reunión y emitir un dictamen pericial conjunto en el que proporcionen al tribunal arbitral: a. una lista de las cuestiones en las que los peritos coincidan en su criterio; b. una lista de las cuestiones sobre las que los peritos discrepen; y c. de resultar procedente, los motivos de las discrepancias de los peritos.”

mayores facilidades para detectar, especialmente en el caso de los testigos, qué hechos están en disputa y cuáles no, los que serían sometidos a careo durante el interrogatorio. Esta herramienta suele ser muy útil, en casos complejos que involucren asuntos técnicos.

- (iv) *Distribución del tiempo para los testigos y expertos.* Para organizar de forma adecuada una audiencia que involucre careos, el tribunal arbitral debe distribuir de forma adecuada los tiempos de los careos. Las Notas Explicativas³² señalan que la distribución del tiempo depende de varios factores, entre los que se encuentran el número de testigos o expertos, los asuntos en los que hay acuerdo o desacuerdo entre los testigos o expertos, la conducción del careo (el tribunal, los litigantes, los testigos o expertos o de forma mezclada), entre otros.
- (v) *Uso de presentaciones o demostrables.* Para una mejor ilustración de los asuntos en disputa, el tribunal arbitral puede ordenar a los testigos o expertos que realicen presentaciones o demostrables durante el careo. Como señalan las Notas Explicativas, este tipo de presentaciones pueden ser útiles “cuando los asuntos en disputa son técnicos o complejos, o hay aspectos de la evidencia que son más fáciles de visualizar con diagramas, animaciones o modelos”³³. Por ejemplo, en los arbitrajes internacionales de construcción sofisticados los expertos y litigantes suelen emplear los Modelados de Información de Construcción (*Building Information Modeling* o BIM), los cuales son modelos de generación de información de ingeniería para demostrar el ciclo de vida de cualquier edificación. El BIM, por ejemplo, puede mostrar un modelo 4D de una comparación de la secuencia de construcción planificada contra la secuencia

32. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral 8(1), p. 20.

33. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral 9(1), p. 21.

de construcción real a lo largo del tiempo³⁴. En ese caso, El BIM puede ilustrar de modo gráfico un proyecto de infraestructura que nunca se culminó y clarificar los asuntos en disputa que serán sometidos al careo.

- (vi) *Distinto idiomas entre los testigos o expertos.* En algunos casos suelen presentarse testigos o expertos que tienen idiomas distintos y que no sea el mismo al idioma del arbitraje. Por ejemplo, en un arbitraje internacional con partes domiciliadas en distintos países, es posible que los peritos o los testigos sean personas extranjeras que no compartan un mismo idioma. Dicho factor debe ser evaluado por el tribunal arbitral para determinar si lleva a cabo o no el careo, pues podría ser un impedimento para que los testigos o expertos se confronten directamente y efectúen correcciones durante el careo.

Las Notas Explicativas sugieren que, en caso el tribunal arbitral opte por el careo ante un escenario similar, debe dar instrucciones a un intérprete calificado y experimentado “para que proporcione interpretación simultánea o consecutiva de las preguntas y respuestas del testigo”³⁵. En dichos casos, las partes deberán asumir que el careo será menos dinámico y confrontacional. No obstante, los intérpretes podrán asistir a que la discusión sea fluida y el careo no pierda dinámica.

- (viii) *Lugar de la audiencia para el careo.* Para llevar a cabo el careo, el tribunal arbitral deberá asegurarse de que haya un espacio suficiente para que los testigos o expertos se sienten de forma cómoda y junta en la sala de la audiencia, en caso la audiencia no sea virtual. En tanto el careo podría implicar que, por ejemplo, cuatro testigos se sienten juntos para ser sometidos al careo, el tribunal

34. J. JENKINS, *International Construction Arbitration Law*, 2da. Ed., Kluwer Law International, 2013, p. 210.

35. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral 11(1), p. 22.

arbitral y el centro arbitral deberán acomodarse a un espacio que pueda ser cómodo para los partícipes de la audiencia.

- (vii) *Estenografía y registro del careo.* Para registrar adecuadamente el careo, las partes y el tribunal arbitral deben asegurarse de contar con los equipos necesarios. Una posibilidad es contar con un estenógrafo que transcriba las declaraciones simultáneas de todos los testigos o expertos durante el careo. De igual forma, en caso surja algún inconveniente, las partes deberán asegurarse de registrar el careo a través de una grabación (de preferencia, en video) para que puedan añadir cualquier asunto que sea necesario a la transcripción de la audiencia, lo cual puede ser menos costoso.

4.2. Directrices Estándares

En base a los asuntos que deberán ser tomados en cuenta por los tribunales arbitrales y litigantes para optar por el careo, las Directrices contienen unas Directrices Estándares con un marco procedimental que puede ser adoptado por los tribunales arbitrales para organizar la audiencia a través de una orden procesal. Los principales puntos abordados en las Directrices Estándares son los siguientes:

- (i) *Es posible que algunos testigos o expertos sean sometidos a careo y otros testigos o expertos sean sometidos al interrogatorio cruzado.* La forma en que se llevará a cabo el interrogatorio de los testigos o expertos depende de las partes y el tribunal arbitral. Por ello, es perfectamente posible que los interrogatorios combinen el careo y el interrogatorio cruzado para los mismos testigos o de forma separada entre varios testigos. El numeral 1 de las Directrices Estándares reconocen esta posibilidad, indicando que antes de

la audiencia el tribunal arbitral fijará qué testigos o expertos y qué asuntos serán sometidos a careo³⁶.

- (ii) *Los testigos o expertos deberán preparar una declaración conjunta.*** Previo a la audiencia, los testigos o expertos que sean sometidos al careo deberán preparar una declaración conjunta que contenga **(i)** los asuntos en los que están de acuerdo; **(ii)** los asuntos en los que están en desacuerdo; y, **(iii)** un resumen de las opiniones que sustentan el desacuerdo. Este ejercicio permitirá a los abogados y al tribunal arbitral acotar las discusiones del arbitraje, enfocar en menos puntos los asuntos cruciales del arbitraje y no desperdiciar el tiempo en asuntos en los que los testigos o expertos se encuentren de acuerdo.
- (iii) *Cualquier material de presentación o demostrable a ser usado por los testigos o expertos debe ser presentado antes de la audiencia.*** El numeral 5 de las Directrices Estándares sugiere que las presentaciones o demostrables (como el caso del BIM) debe ser presentado al tribunal arbitral y a los litigantes antes del careo. Creemos que esta regla ha sido propuesta para evitar cualquier discusión de *sandbagging*³⁷ durante el arbitraje y asegurar que las partes tengan pleno conocimiento de todo el material que será ofrecido durante la audiencia. En tanto las presentaciones o demostrables podrían ser considerados como nuevos medios de prueba del arbitraje, es recomendable que los tribunales arbitrales ordenen a los testigos o expertos indicar sus presentaciones a las partes y al tribunal arbitral antes del careo y evitar cualquier discusión.

36. Directrices Estándares de las Directrices, Numeral 1, p. 8. “*The tribunal in consultation with the parties shall determine which witnesses will give concurrent oral evidence and on what issues. The witnesses shall give evidence on such issues in such conference or conferences at such date and time as the tribunal directs.*”

37. Por “*sandbagging*” se define a la conducta de esperar hasta último minuto para presentar pruebas o argumentos en un arbitraje. Esto suele ocurrir, por ejemplo, cuando las partes presentan una nueva prueba durante la audiencia, lo cual impidió a la otra parte revisar con cuidado la prueba y analizarla para sustentar su posición en el arbitraje.

- (iv) *Los testigos o expertos pueden volver a ser sometidos a careos.* El numeral 6 de las Directrices Estándares establece que un testigo o experto puede volver a ser llamado para ser sometido a careo. Es posible que, durante la audiencia, el tribunal arbitral note que algunos testigos o expertos deben ser sometidos a careos pues tienen opiniones contradictorias sobre un asunto. Esta facultad permitirá al tribunal arbitral volver a llamar a los testigos o expertos que han sido interrogados para que sean sometidos nuevamente a careos.

4.3. Instrucciones específicas

Finalmente, las Directrices proporcionan tres tipos de careos que deben ser tomados en cuenta por los tribunales arbitrales y litigantes:

- (i) *Opción A – Careo dirigido por el tribunal arbitral.* Este careo tiene una raíz más inquisitoria, pues los tribunales arbitrales dirigen la discusión del interrogatorio. Como señalan las Notas Explicativas³⁸, en este tipo de careo el rol de los litigantes para examinar al testigo o perito es más acotado, a diferencia del interrogatorio cruzado. La organización recomendada por las Directrices en este tipo careo es principalmente:
- (a) **El secuestro de los testigos o expertos.** Por regla general, el careo de testigos o expertos evita el riesgo de que se acomoden las declaraciones pues la declaración en la audiencia es conjunta. No obstante, en caso se den varios careos de varios testigos o expertos durante la audiencia, puede ser recomendable optar por el secuestro.

38. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral A0(1), p. 28.

Esto puede ocurrir cuando se lleven a cabo varios careos de testigos que se encuentren vinculados por los asuntos a discutir. En estos escenarios, es recomendable que los testigos, que hablen en segunda oportunidad, no presencien las anteriores declaraciones testimoniales.

- (b) Cada testigo o experto brindará su declaración.** El inicio del careo se dará con la presentación oral de cada testigo o experto de su declaración y posición dentro de los tiempos fijados por el tribunal arbitral. Esta mecánica resulta más útil para el caso de los expertos, quienes ofrecen sus opiniones sobre un asunto en particular, pues no es usual que los testigos reiteren su declaración durante la audiencia.

En caso los testigos o expertos hayan redactado una declaración conjunta que contenga los asuntos en los que están de acuerdo y desacuerdo, es preferible que los testigos o expertos solo presenten sus posiciones que sustenten los asuntos en desacuerdo. Sería reiterativo que los testigos o expertos, incluso, presenten sus posiciones que sustenten los asuntos en los que haya acuerdo.

Las Notas Explicativas³⁹ recomiendan varias opciones para esta etapa inicial. Es posible, por ejemplo, que el tribunal arbitral ordene que los testigos o expertos presenten sus posiciones de forma separada o conjunta, presenten sus posiciones sobre los asuntos en desacuerdo de forma separada y presenten sus posiciones sobre los asuntos en desacuerdo de forma conjunta. El diseño de los careos depende del gusto de las partes y la decisión del tribunal arbitral.

39. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral A4(2), p. 29.

(c) Las declaraciones sobre los asuntos en desacuerdo.

Tras presentar sus posiciones, los testigos o expertos serán interrogados por el tribunal arbitral sobre los asuntos en los que están en desacuerdo, quienes explicarán las razones por las que se encuentran en desacuerdo. Esto no impide que los tribunales arbitrales efectúen cualquier otra pregunta que estimen conveniente.

En este hito, el tribunal arbitral le dará a cada testigo o experto la oportunidad de poder refutar o contradecir inmediatamente la declaración del otro testigo o experto. Incluso, como expusimos antes, es posible que los testigos o expertos dialoguen entre sí con la finalidad de exponer sus puntos de desacuerdo. La posición del tribunal arbitral es vital para garantizar que el diálogo y las refutaciones directas entre los testigos o expertos se lleven a cabo de forma ordenada.

(d) Interrogatorios de los abogados.

Luego del careo, los abogados tendrán la oportunidad de interrogar a los testigos o expertos, sea bajo el método clásico de interrogatorio cruzado o el que estimen conveniente. En este punto, los litigantes podrán incluso formular preguntas a los testigos y expertos de la otra parte, dándole a su testigo o experto la oportunidad de poder responder esa pregunta. Si bien el método de interrogatorio podría ser el cruzado, todos los testigos o expertos tendrán la oportunidad de responder conjuntamente las preguntas elaboradas por los litigantes.

- (ii) Opción B – Careo dirigido por los testigos o expertos.** Este careo es particular, pues los testigos o expertos dirigen la discusión del careo. Si bien el tribunal arbitral intervendrá para mantener el orden, la agenda de asuntos a discutir

será propuesta por los propios peritos o expertos. La organización recomendada por las Directrices en este tipo careo es principalmente:

(a) El secuestro de los testigos o expertos. El razonamiento es similar a la opción A, por lo que es recomendable que se dé el secuestro de testigos o expertos si es que se llevan a cabo varios careos con asuntos en discusión vinculados.

(b) Las declaraciones sobre los asuntos en desacuerdo. Luego de exponer sus posiciones (en caso lo hayan optado), los testigos o expertos deberán exponer los asuntos en los que estén en desacuerdo y las razones que sustentan sus posiciones. A diferencia de la opción A, en este careo los asuntos en discusión son propuestos y dirigidos por los propios peritos o expertos. La finalidad es que se genere un diálogo entre los peritos y expertos y discutan, frente al tribunal arbitral y los litigantes, los asuntos cruciales del arbitraje.

Si bien el careo es dirigido por los propios testigos o expertos, el tribunal arbitral deberá “monitorear el progreso del careo para asegurar que todos los testigos o expertos tengan la oportunidad de presentar sus posiciones y explicar por qué no se debe aceptar la evidencia de los otros testigos o expertos”⁴⁰. El tribunal arbitral mantendrá su facultad discrecional de dirigir el proceso arbitral de forma equitativa entre las partes.

(c) Interrogatorio del tribunal arbitral y los litigantes. Tras el careo, el tribunal arbitral y los litigantes tendrán la oportunidad de realizar las preguntas que estimen convenientes a los testigos o expertos.

40. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral B4(4), p. 34.

Así como en la opción A, los litigantes tendrán la oportunidad de interrogar a los testigos o expertos, sea bajo el método clásico de interrogatorio cruzado o el que estimen conveniente.

(iii) Opción C – Careo dirigido por los litigantes. Este careo es el más parecido al clásico interrogatorio cruzado, pues los litigantes dirigen y controlan las discusiones del careo y realizan preguntas a los testigos o expertos. No obstante, a diferencia del aspecto individual del interrogatorio cruzado, en este careo las preguntas realizadas por los litigantes pueden ser respondidas por cualquier testigo o experto. La organización recomendada por las Directrices en este tipo careo es principalmente:

- (a) El secuestro de los testigos o expertos.** El razonamiento es similar a las opciones anteriores, por lo que es recomendable que se dé el secuestro de testigos o expertos si es que se llevan a cabo varios careos con asuntos en discusión vinculados.
- (b) Interrogatorio de los litigantes.** Luego de exponer sus posiciones (en caso lo hayan optado), los litigantes podrán interrogar a los testigos o expertos. Incluso, como señalan las Notas Explicativas⁴¹, los litigantes podrán invitar al resto de testigos y expertos a responder cualquier pregunta realizada durante el interrogatorio. Este mecanismo permitirá que, así como en el resto de careos, se genere un diálogo entre los testigos y expertos y que haya una confrontación directa e inmediata sobre las afirmaciones realizadas. De igual forma, el tribunal arbitral podrá realizar las preguntas que estime convenientes.

41. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral C(5), p. 36.

5. CONCLUSIONES

El careo es una herramienta muy eficaz para tratar de llegar a la verdad de los hechos. Implica confrontar directamente y de modo conjunto a los testigos o expertos de un mismo asunto, determinar de una manera más rápida los temas en los que están de acuerdo, realizar un interrogatorio cruzado únicamente en los asuntos en los que están en desacuerdo y, en algunos casos, reducir los costos y tiempo de la audiencia.

Si bien ha tenido cierto desarrollo e impacto en los arbitrajes internacionales, esta práctica tiene aún poca presencia en los arbitrajes domésticos. Por ello la iniciativa del CIARB de publicar y recopilar las principales prácticas arbitrales para la organización del careo de testigos y expertos, resulta útil para poner en manos de los árbitros y litigantes una herramienta adicional para llegar a la verdad de los hechos.