

**“PRIMERO LA VERDAD QUE LA PAZ;”¹
LA PROBLEMÁTICA DEL PERJURIO
EN EL ARBITRAJE**

Pedro J. Martínez-Fraga²
Raúl B. Mañón³

“La zorra conoce muchos trucos,
pero el puerco espín sólo conoce uno y muy bueno”.

Archilochus, poeta griego (c. 680 BC - c. 645 BC)

“Entonces se preguntó a si mismo Pilato: ¿Qué es la verdad?”⁴

El Nuevo Testamento

1. Miguel de Unamuno, escritor y filósofo español (1864 - 1936).
2. Pedro J. Martínez-Fraga es socio del bufete internacional Squire, Sanders & Dempsey L.L.P., en donde lidera la práctica de litigio y arbitraje internacional para el Estado de la Florida y toda Latinoamérica. El Sr. Martínez-Fraga también co-lidera la coordinación del departamento de Resolución Alternativa de Disputas Internacionales del bufete respecto de Europa (oriental y occidental) y Asia. El Sr. Martínez-Fraga se ha desempeñado como profesor adjunto de la facultad de derecho de la *University of Miami* por los últimos ocho años, en donde imparte la asignatura de Litigio y Arbitraje Transnacional. El Sr. Martínez-Fraga es profesor visitante de la Universidad de Navarra en Pamplona, España, y Presidente del Centro Global de Resolución de Disputas de la Fundación Maiestas con sedes en Pamplona, España, y Beijing, China. El Sr. Martínez-Fraga ha impartido cátedras en más de veinte universidades en asuntos relacionados con el derecho internacional privado. El Sr. Martínez-Fraga ha escrito y publicado más de 50 artículos y tres libros en temas relacionados con el derecho internacional privado. El Sr. Martínez-Fraga es miembro de la lista de abogados para víctimas de la Corte Criminal Internacional de la Haya. El Sr. Martínez-Fraga cuenta con una Licenciatura en Derecho (*juris doctorate*) de *Columbia University* (becario Harlen Fiske Stone) del año 1987, con un Bachelor en Artes (B.A.) de St. John's College, Annapolis (con honores) del año 1984, y con un Magister de la Universidad Complutense de Madrid, España, del año 2009. El Sr. Martínez-Fraga está incluido en el listado *The Who's Who of Commercial Arbitration* para el año 2008.
3. Raúl B. Mañón es abogado asociado del bufete Squire, Sanders & Dempsey L.L.P., adscrito el departamento de litigio y arbitraje internacional. El Sr. Mañón cuenta con una Licenciatura en Derecho (*juris doctorate*) de la *University of Miami* del año 2005 y con una Licenciatura en Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra de Santo Domingo, República Dominicana, del año 2000.
4. Cita que en su idioma original reza así: “λέγει αὐτῷ ὁ Πίλατος, Τί ἐστιν ἀλήθεια;”

A. Introducción

En su monografía lapidaria titulada *¿Qué es la Justicia?* Hans Kelsen comienza su diálogo retórico y algo circular con las siguientes palabras:

Jesús de Nazaret, al ser interrogado por el gobernador romano, admitió ser un rey, mas agregó: "Yo para esto he nacido y para esto he venido al mundo, para dar testimonio de la verdad". Pilato preguntó entonces: "¿Que es la verdad?". Es evidente que el incrédulo romano no esperaba respuesta al interrogante: el Justo, de todos modos, tampoco la dió. Lo fundamental de su misión como rey mesiánico no era dar testimonio de la verdad. Jesús había nacido para dar testimonio de la justicia, de esa justicia que deseaba se realizara en el Reino de Dios. Y por esa justicia fue muerto en la cruz. De tal manera, de la interrogación de Pilato: "¿Qué es la verdad?" y de la sangre del Crucificado, surge otra pregunta de harto mayor importancia, la sempiterna pregunta de la humanidad: "¿Qué es la justicia?".

No hubo pregunta alguna que haya sido planteada con más pasión, no hubo otra por la que se haya derramado tanta sangre preciosa ni tantas amargas lágrimas como por ésta; no hubo pregunta alguna acerca de la cual hayan meditado con mayor profundidad los espíritus más ilustres, desde Platón a Kant. No obstante, ahora como entonces, carece de respuesta. Tal vez se deba a que constituye una de esas preguntas respecto de las cuales resulta válido ese resignado saber que no puede hallarse una respuesta definitiva: sólo cabe el esfuerzo por formularla mejor.

Independientemente del contexto o de la forma de la narrativa, la proposición de Hans Kelsen tiene un mérito irrefutable al sugerir que la administración equitativa de la justicia simple-

mente no se puede desasociar de la verdad. Sin tener que indagar sobre una verdad o verdades teocéntricas se es capaz de aspirar a verdades dentro de un marco de resolución de disputas entre partes contenciosas. Lastimosamente, la verdad, como concepto primordial en la formación y transformación de metodologías alternativas de resolución de disputas, particularmente en cuanto se refiere al arbitraje internacional, ha sufrido una embestida mortal cuando los preceptos de eficiencia, autonomía de partes, transparencia de pauta y certidumbre en el ámbito comercial han hecho posible que la consecución de la "verdad" se transfiriera de la esfera pública del soberano a la privada del tribunal de resolución de disputas. Al ser el arbitraje el hijo pródigo del contrato y no una expresión importante del ejercicio de soberanía por parte del soberano, se perdió, o así aseveran los autores de este artículo, de vista una premisa muy fundamental; *la verdad importa y tiene que tomarse en serio.*

Los falsos testimonios o el perjurio no encuentran dentro del contexto del arbitraje un andamiaje procesal que desanime a sus proponentes, ya que eliminarlos del todo es una tarea realmente imposible, toda vez que no se encuentran presentes en el arbitraje aquellos procedimientos de consecución de la verdad que son habituales en los procesos judiciales. De hecho, el énfasis en el arbitraje internacional de procurar declaraciones escritas facilita aún más la presentación de testimonios falsos y conscientemente inexactos, toda vez estas declaraciones frecuentemente se presentan como única prueba testimonial sin que el propio declarante se apersona a testificar a *viva voce* en la audiencia final. La comparecencia personal de los testigos a la audiencia final no sólo le permite al tribunal arbitral examinar el ademán y el comportamiento del testigo para determinar su credibilidad y la veracidad de sus declaraciones, sino que también, dependiendo de las metodologías o normas procesales implementadas por el tribunal arbitral,⁵ faculta a las partes a que contra-interroguen

5. En este sentido, vale la pena mencionar que las Reglas del *International Bar Association* sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional (las "Reglas de la IBA") contemplan la posibilidad de que las partes contra-interroguen a los testigos adversos.

(*cross-examination*, común en el sistema *Common Law* continental y Americano) a los testigos adversos.

Esta problemática crece y se multiplica en complejidad cuando se considera que típicamente es al final del proceso arbitral, en esfuerzos de nulificar (*vacate*) el laudo arbitral cuando se descubre el falso testimonio, la inexactitud intencional del mismo o el perjurio. Por tanto, dos realidades se manifiestan. Primero, el proceso arbitral se prolonga y se encarece inopinadamente, contrario a las expectativas más rudimentarias de las partes. Un proceso deparado a ser breve y eficiente se extiende y prolonga una vez que su destino lo conlleva a los frecuentemente bizantinos e ineficientes procesos de apelación. Este fenómeno directa y explícitamente milita contra los preceptos más arraigados a la naturaleza del arbitraje. Segundo, el falso testimonio dentro del contexto arbitral conlleva indefectiblemente a la intervención judicial sobre los propios méritos de la contención subyacente. Es decir, causa que el arbitraje internacional regrese a la "edad media" durante la cual la hostilidad judicial universal hacia el arbitraje reclamaba que éste estuviese subordinado a y bajo el auspicio de tribunales del orden judicial.

La escasez de literatura académica, ley orgánica y jurisprudencia sobre el tema escasamente refleja su verdadera importancia. En las páginas a seguir se intenta analizar el tema, a manera de ejemplo, bajo la lupa de la jurisprudencia estadounidense sobre la declaración falsa o el perjurio en el arbitraje. Esta autoridad, de acuerdo con los autores, deja mucho por desear ya que identifica un sinnúmero de problemas y temas no resueltos que la citada jurisprudencia aspira a contestar. En pocas palabras, la jurisprudencia carece de consistencia, objetivo y de un marco normativo capaz de servir de fundamento a los fines de desarrollar las metodologías necesarias si es que se ha de considerar que la verdad cuenta y se ha de tomar seriamente en el proceso arbitral y no *ex post facto* durante el proceso de confirmación, nulidad o ejecución de un laudo. Finalmente, se propone que suplementar al arbitraje con dichas metodologías no es deformarlo.

Todo lo contrario, sanciones por testimonio falso o intencionalmente inexacto conducen a preservar y aún a cultivar los mismos preceptos que el arbitraje internacional dice promover.

B. Nota preliminar: El arbitraje y la *lex fori*

El arbitraje es, en esencia, un procedimiento alternativo de resolución de disputas que encuentra su fundamento y razón de ser en el acuerdo entre las partes contratantes. El precepto más importante del arbitraje es, por consiguiente, su completa dependencia en la voluntad de las partes. Las partes están en plena libertad de negociar y pactar, salvo escasas limitaciones relativas al orden público, el contenido de la cláusula arbitral, la cual constituye un acuerdo independiente y autónomo del resto del contrato objeto de la disputa.⁶

En términos jurisdiccionales, la cláusula arbitral tiene como consecuencia necesaria la eliminación de la aplicación de la *lex fori*: la ley del tribunal que conoce de la causa. La eliminación de la aplicación de la *lex fori* crea necesariamente un vacío normativo que viene a ser cubierto por lo expresamente pactado en la cláusula arbitral.⁷ Por razones intrínsecas a la naturaleza propia del proceso arbitral, el cual persigue la eficiencia, la economía y la rapidez en la resolución de disputas, las partes no pueden pactar un conjunto de normas que vengan a replicar la *lex loci*. De ello resulta que salvo que las partes se propongan replicar por completo el contenido de la *lex loci*, algo tan impensable como absurdo e ineficiente, en todo proceso arbitral necesariamente surgirán situaciones para las cuales las partes no previeron disposición contractual alguna. Tal es el caso del tema objeto de este artículo: el perjurio.

6. Ver en este sentido a W. Laurence Craig, William W. Park, Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ra Ed. 1998, § 5.04.

7. Vale aquí mencionar la importancia y el auge que han tenido los arbitrajes institucionales en los cuales las partes acuerdan someterse a un juego de normas previamente dictadas por instituciones arbitrales tales como la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ("CCI"), la *American Arbitration Association* ("AAA"), la *London Court of International Arbitration* ("LCIA"), *Stockholm Chamber of Commerce* ("SCC"), entre muchas otras.

C. ¿Qué es el perjurio?

Antes de entrar de lleno en la materia, analicemos detenidamente el significado de la palabra perjurio. La palabra deviene del latín *perjurium* y su uso actual varía significativa e interesantemente de acuerdo con la tradición jurídico-legal que impera en una determinada jurisdicción. A manera de ejemplo, en algunas de las jurisdicciones en donde impera el sistema legal greco-romano, como es el caso de Francia, se utiliza el término "falso testimonio" en sustitución de la palabra perjurio. En el sistema de derecho *Common Law* continental y Americano, sin embargo, se continúa utilizando el término perjurio. Independientemente, de la variación en la nomenclatura del término, el perjurio o falso testimonio es la "expresión usada ... para designar el falso juramento prestado ante la justicia."⁸

El perjurio, que se tipifica como una infracción a las leyes penales, requiere, por lo tanto, de la existencia de varias condiciones. Primero, se requiere del acto material de prestar un falso testimonio. Segundo, es necesario que el falso testimonio se preste bajo juramento. Presentar testimonio bajo juramento so pena de perjurio en un procedimiento judicial es conceptualmente coherente ya que el procedimiento mismo es el ejercicio de soberanía del estado por medio de la judicatura. Tercero, el falso testimonio debe ser presentado ante un tribunal del orden judicial o, en algunos casos, por ante una autoridad gubernamental. Cuarto, debe existir una ley expresa que tipifique y sancione el acto físico de prestar, bajo juramento, testimonio falso ante la autoridad gubernamental correspondiente.

La resolución de disputas ante los órganos judiciales o ante un tribunal arbitral es, por su propia naturaleza, un asunto contencioso que muchas veces tiene como consecuencia desafortunada el ocultamiento o la desvirtuación, muchas veces de manera intencional y otras involuntariamente, de la verdad por sus

8. Henry Capitant, *Vocabulaire Juridique*, 1ra. Ed. (1961).

participantes. Esto es un hecho irrefutable, inalienable a la naturaleza humana. Así lo han reconocido la gran mayoría de los sistemas jurídicos que han regulado y continúan regulando la vida en sociedad, todos los cuales, de una manera u otra, han sancionado el perjurio. El tema, sin embargo, toma una posición drásticamente diferente en un juicio arbitral en donde no existe *lex loci*.

En una vista de causa arbitral, a diferencia de un procedimiento judicial amparado bajo la *lex loci*, el testigo, por lo general, no presta un juramento antes de ofrecer su testimonio (es incluso imposible saber qué efecto legal pudiera tener tal juramento), ni presta su testimonio ante una autoridad judicial o gubernamental, sino que lo hace ante un particular que ha sido designado por las partes como un tercero neutro. Naturalmente, el ejercicio de soberanía se encuentra ausente en el contexto de una resolución de una disputa privada que es fruto de un contrato concediéndole jurisdicción sobre la materia a "árbitros" y donde la judicatura está subordinada al rol de facilitadora de los laudos emitidos por el tribunal arbitral. En este sentido, las leyes que tipifican y sancionan el perjurio persiguen darle cumplimiento el interés público del estado; esto es, hacer cumplir la autoridad del estado (una función esencial de su soberanía), en particular de sus órganos judiciales, sobre los ciudadanos. En el arbitraje, contrario a lo que ocurre en un proceso judicial, el falso testimonio se presenta ante un particular que no representa al estado y, por consiguiente, se tiende a pensar que no existe durante el juicio arbitral un interés estatal que debe ser protegido. Como analizaremos más adelante, nada está más lejos de la verdad.

D. La función del Estado: Haciendo caso omiso del perjurio

Si bien es cierto que el arbitraje tiene su piedra angular en el principio de autonomía contractual de las partes, también es cierto que el arbitraje depende para su reconocimiento y vigencia del poder compulsivo del estado. Un laudo arbitral no tiene fuerza ejecutoria y tiene que ser homologado por un tribunal para que el mismo se haga efectivo. Así pues, al reconocer un laudo arbitral el tribunal judicial y, por ende, el soberano está en efecto reconociendo la validez de las conclusiones de hecho y de derecho realizadas por el tribunal arbitral, incluyendo aquellas conclusiones que se hayan basado en testimonio falso. Aquí encontramos una intersección interesante y poco explorada por la doctrina que ha derramado una cantidad considerable de tinta en el esfuerzo por definir el nuevo rol de la judicatura ante el arbitraje. Esto destaca un vacío crítico en la relación entre ambos sistemas de resolución de disputas que denigra la entereza de los dos procesos en su afán de administrar equitativamente la justicia.

Aunque es universalmente reconocido que en el proceso arbitral, al igual que en el proceso judicial, existe el riesgo de que un testigo presente un falso testimonio, muchos autores e incluso tribunales judiciales hacen caso omiso de este riesgo y recomiendan la homologación inmediata del laudo haciendo referencia al principio de finalidad y libertad contractual del proceso arbitral y aplicando la ya venerable "Convención de Nueva York" de 1958 para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. A continuación, como un ejercicio puramente académico, analizaremos detenidamente este tema bajo la legislación y jurisprudencia de los Estados Unidos de América.

1. LA PROBLEMÁTICA ESTADOUNIDENSE

La ley federal que rige el reconocimiento, homologación y ejecución de laudos arbitrales en los Estados Unidos, *el Federal Arbitration Act* (el "FAA"), establece en su Sección 10 (a) (la "Sección 10") cuatro (4) causales para que un tribunal federal de primera instancia nulifique (*vacate*) un laudo arbitral, incluyendo la que aquí más nos ocupa: "(1) en los casos en los cuales el laudo haya sido procurado por corrupción, fraude, o medios impropios".^{9 10}

Por otra parte, la Norma 60 (b) (la "Norma 60 (b)") de las *Federal Rules of Civil Procedure* [Reglas Federales de Procedimiento Civil de los EE. UU.] prevé seis (6) causales para oponerse a la ejecución de una sentencia, orden o procedimiento final, incluyendo, entre otros casos y consideraciones, cuando la sentencia, orden o procedimiento final ha sido obtenido sobre la base de "(3) fraude (ya sea previamente llamado intrínseco o extrínseco), representación fraudulenta, o mala conducta por una parte contraria".^{11 12}

9. Las cuatro (4) causales son: (1) en los casos en los cuales el laudo haya sido procurado por corrupción, fraude, o medios impropios; (2) en los casos en los cuales hubo parcialidad evidente o corrupción de los árbitros; (3) en los casos en los cuales los árbitros fueron culpables de mala conducta al oponerse a posponer la audiencia, habiéndoseles proporcionado una justa causa, o al rehusarse a escuchar evidencia pertinente y material a la controversia; o [fueren culpables] de cualquier otra mala conducta por medio de la cual los derechos de [una cualesquiera] de las partes se hayan visto perjudicados; o (4) en los casos en los cuales los árbitros se excedieron en sus atribuciones, o las ejecutaron de una manera tan imperfecta que no se obtuvo un laudo mutuo, final y definitivo sobre el asunto sometido.
10. Este texto en su versión original en el idioma inglés reza de la siguiente manera:
(1) *where the award was procured by corruption, fraud, or undue means; (2) where there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them; (3) where the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy; or of any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced; or (4) where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made.*
11. La Norma 60 (b) reza, en parte relevante, de la siguiente manera:
b) Causas para oponerse a una sentencia, orden o procedimiento final. Por instancia y términos justos, el tribunal podrá relevar a una parte o a su representante legal de una sentencia, orden o procedimiento final por las siguientes razones: (1) error, inadvertencia, sorpresa o negligencia excusable; (2) descubrimiento reciente de evidencia la cual, con diligencia razonable, no pudo descubrirse a tiempo para solicitar un nuevo juicio bajo la Norma 59(b); (3) fraude (ya sea previamente llamado intrínseco o extrínseco), representación fraudulenta, o mala conducta por una parte contraria; (4) la sentencia es nula; (5) la sentencia ha sido satisfecha o descargada; está basada en una sentencia anterior que ha sido revertida o anulada; o cuando su aplicación prospectiva ya no equitativa; o (6) cualquier otra causa justificativa.
12. Este texto en su versión original en el idioma inglés reza de la siguiente manera:
b) *Grounds for Relief from a Final Judgment, Order, or Proceeding. On motion and just terms, the court may relieve a party or its legal representative from a final judgment, order, or proceeding for*

Algunas de las premisas contenidas en este modesto trabajo sustentan la conclusión de que las políticas esenciales perseguidas por el FAA que versan sobre la nulidad (*vacatur*) de un laudo arbitral se encuentran también presentes en la Norma 60 (b). Por consiguiente, el vínculo entre aquellos preceptos que sustentan y definen el arbitraje como una metodología de resolución alternativa de disputa, tales como el principio de autonomía de las partes, la uniformidad, la certeza, la finalidad y la eficacia, también encuentran asidero jurídico en la Norma 60 (b) y en la Sección 10.

En adición a la conexión entre la Norma 60 (b) y la Sección 10, la interrogante sobre la existencia del perjurio en el contexto de un arbitraje no puede descartarse únicamente sobre las bases teóricas antes analizadas si se acepta, como debe ser el caso, que los procedimientos arbitrales no pueden desligarse por completo de la intervención judicial, incluso cuando esta intervención se limite a facilitar aquellos asuntos relacionados con la confirmación, reconocimiento, nulidad o ejecución del laudo arbitral. Aunque no se está sugiriendo que los regímenes normativos que regulan los arbitrajes nacionales e internacionales sean modificados para que de alguna forma se le conceda al soberano autoridad normativa para sancionar penalmente el perjurio, sí avocamos porque se promueva la presentación de testimonio veraz que probablemente será considerado por el tribunal judicial al momento de la homologación del laudo. En este sentido, el testimonio falso debe y tiene que ser penalizado y activamente desincentivado. Así pues, más que vagas exigencias asimétricas de carácter estético, existen razones verdaderas y valederas que requieren que tanto el proceso arbitral como el proceso judicial encuentren su perfecta confluencia sancionando el falso testimonio y desarrollado estándares que puedan asistir al tribunal judi-

the following reasons: (1) mistake, inadvertence, surprise, or excusable neglect; (2) newly discovered evidence that, with reasonable diligence, could not have been discovered in time to move for a new trial under Rule 59(b); (3) fraud (whether previously called intrinsic or extrinsic), misrepresentation, or misconduct by an opposing party; (4) the judgment is void; (5) the judgment has been satisfied, released, or discharged; it is based on an earlier judgment that has been reversed or vacated; or applying it prospectively is no longer equitable; or (6) any other reason that justifies relief.

cial a sopesar correctamente todo testimonio que se preste en un proceso arbitral.

El tema sobre si el perjurio consiste una causal para la no homologación (*vacatur*) de un laudo arbitral fue analizado por primera vez en el caso *Karppinen v. Karl Kiefer Machine Co.*¹³ decidido por la Corte de Apelación de los EE. UU. para el Segundo Circuito. Las partes en ese caso suscribieron un acuerdo para la compra por parte de Karppinen de una máquina especializada que empacaba mermelada industrialmente. La demandante, Karppinen, tras haber pagado y recibido la máquina alegó que la misma no cumplía con su propósito y procuró la rescisión del contrato de compraventa. El demandado se opuso a dicho pedimento y la disputa fue sometida a resolución por ante un tribunal arbitral *ad hoc*. El tribunal arbitral dictó un laudo otorgando la rescisión. El comprador procuró la confirmación del laudo por el tribunal judicial correspondiente y el vendedor se opuso arguyendo que el laudo había sido inducido por testimonio falso.¹⁴ La corte de apelación confirmó la sentencia del tribunal de primera instancia que homologó el laudo arbitral.

La corte basó su decisión en las siguientes tres premisas. Primero, la corte de apelación reconoció que "*queda sobreentendido que debe existir una gran vacilación para negar la homologación de un laudo arbitral. El laudo arbitral que nos ocupa debe de confirmarse salvo que resulte abundantemente claro que el mismo fue obtenido por medio de 'corrupción, fraude, o medios impropios'*".¹⁵ Aunque la corte expresamente rehusó decidir el asunto de si la palabra "fraude" bajo la Sección 10 del FAA tiene el mismo significado y aplicación bajo la Norma 60 (b) cuando se persigue la nulidad de un laudo obtenido bajo perjurio, la corte sí puntualizó que esta-

13. *Karppinen v. Keifer Machine Co.*, 182 F. 2d 32 (2d Cir. 1951).

14. El vendedor alegó ante el tribunal de primera instancia "que las reclamaciones del comprador sobre la capacidad de la máquina habían sido hechas de mala fe ya que el comprador pretendía rescindir el contrato para adquirir una máquina más barata con menor capacidad." *Ibidem*. El vendedor también alegó el comprador intentó "refutar esta posición ofreciéndole al tribunal arbitral testimonio falso de que su compañía había comprado una máquina más cara que incluso tenía mayor capacidad." *Ibidem*.

15. *Ibid.*, p. 34.

ba obligada a asumir, como lo hizo el tribunal de primera instancia, que “[la homologación de] un laudo arbitral puede ser negada en el caso de que la parte gananciosa le haya suministrado a los árbitros evidencia perjurada material [a los hechos de la causa]”.¹⁶

Segundo, la corte también reconoció que si se entiende que el

“perjurio es ‘fraude’ bajo la definición del FAA, entonces la parte que alega esto [como causal para la no-homologación] debe, por el hecho de que esto necesariamente se relaciona con asuntos de credibilidad que ya han sido considerados por los árbitros, primero demostrar que no pudo haber descubierto [el fraude] durante el arbitraje salvo que lo haya invocado como una defensa en su momento”.¹⁷

El razonamiento de la corte de apelación sobre el asunto es claro: si el perjurio es fraude bajo la definición del FAA el asunto entonces se relaciona con la credibilidad del testigo. Todo lo relacionado con la credibilidad del testigo, propone esta línea de razonamiento, debió ser examinado durante el mismo proceso arbitral y no en la etapa de ejecución del laudo, por lo que la parte que se opone a la homologación del laudo tiene el fardo de la prueba de demostrar que no podía, como efecto no pudo, descubrir el perjurio durante el proceso arbitral. En pocas palabras, la parte agraviada está obligada a justificarle *ex post facto* al tribunal judicial el por qué la misma no pudo descubrir el perjurio durante el proceso arbitral.

Tercero, la corte dictaminó que el precio que el comprador le pagó a una tercera parte por otra máquina era un asunto foráneo al objeto del arbitraje ya que las partes, durante el arbitraje, habían identificado como el objeto del mismo lo relacionado con (i) la capacidad de la máquina para cumplir con su cometido; (ii) la determinación de culpa una vez se determinase que la máquina era defectuosa; y (iii) la determinación de si el plazo de 30

16. *Ibidem.*

17. *Ibidem.*

días para la garantía había sido obviado.¹⁸ Así pues, determinó la corte, el alegado perjurio, si lo hubo, no versó sobre un asunto material del arbitraje. Aunque a primera vista esta tercera premisa parece tener una simpleza analítica, un análisis más a fondo demuestra lo contrario. Toda interrogante sobre asuntos "materiales" al arbitraje está necesariamente relacionada con asuntos de hecho que requieren de un análisis concienzudo y exhaustivo de la prueba sometida y argumentos esgrimidos al tribunal arbitral. También se requiere que el tribunal judicial esté bien versado sobre los asuntos de derecho relacionados con el arbitraje. Sólo así podrá el tribunal judicial reconstruir los hechos del caso para determinar si el falso testimonio es o no material a los hechos de la causa. Todo este análisis, claro está, se realiza siempre otorgándole la mayor deferencia a las determinaciones que de los hechos realizó el tribunal arbitral.

No fue sino hasta dieciséis (16) años después de *Karppinen* que el tema fue nuevamente analizado por un tribunal federal; esta vez en el caso *Kirschner v. West Company*.¹⁹ En este caso, el tribunal se limitó a ratificar lo dicho por la corte en *Karppinen* y rehusó, al igual que la corte en *Karppinen*, a responder las interrogantes identificadas por la corte en su decisión. Por el contrario, la decisión en *Kirschner* se basó en las siguientes cuatro (4) premisas, ninguna de las cuales aporta significativamente al análisis académico del tema subyacente. Primero, el tribunal judicial en *Kirschner* determinó que el demandante, quien se oponía a la homologación del laudo, no produjo "ninguna prueba descubierta con posterioridad que comprobara que los testigos contrarios habían testificado falsamente".²⁰ Segundo, el tribunal dictaminó que el demandante, por el contrario, fundamentaba sus argumentos únicamente en la prueba que había sido presentada en el proceso arbitral. Tercero, el tribunal razonó que si "el perjurio de los testigos del demandado eran tan patentes como ahora se alega, esto debió hacersele saber al árbitro durante el procedimiento".²¹

18. *Ibidem*.

19. *Kirschner v. West Company*, 247 F.Supp. 550 (E.D. Pa. 1965).

20. *Ibid.*, p. 553.

21. *Ibidem*.

Cuarto, el tribunal concluyó que la oposición del demandante a la homologación del laudo se presentó de tal manera que la misma realmente consistía en una solicitud al juez para que sustituyera la apreciación que de los hechos y el derecho realizó en el caso el tribunal arbitral con la suya propia.²²

Contrario al caso *Kirschner*, el análisis del tribunal en *Biotronik Mess v. Medford Medical Instrument Co.*,²³ significó un desarrollo doctrinal significativo sobre la materia. El demandante, Biotronik, era una empresa de Alemania Occidental que fabricaba marcapasos y otros accesorios médicos cardíacos. El demandando, Medford, era una empresa de Nueva Jersey que fungía como distribuidor de Biotronik para los EE. UU. La disputa se centró en tres contratos. Bajo el primer contrato Biotronik alegadamente autorizaba a Medford a mercadear sus productos de manera exclusiva en el territorio estadounidense. El segundo contrato extendía los efectos del primer contrato por otros doce meses. A la conclusión del segundo contrato, Biotronik nombró a otra empresa como su representante para el territorio estadounidense. Seis meses después una disputa surgió entre Biotronik y Medford cuando Biotronik le reclamó a Medford el pago de una mercancía vendida tras haberse terminado el segundo contrato. Medford, por su parte, reclamó que Biotronik había violentado un tercer acuerdo de exclusividad suscrito por las partes y que las diferencias entre las partes debían resolverse mediante una compensación convencional. Biotronik rechazó el alegato de Medford de que un tercer contrato de exclusividad existió y demandó ante un tribunal arbitral de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Biotronik obtuvo ganancia de causa en el arbitraje y le solicitó al tribunal federal de primera instancia de Nueva Jersey, tribunal con competencia territorial sobre Medford, la homologación de la sentencia. Medford se opuso a la homologación ale-

22. *Ibidem*.

23. *Biotronik Mess v. Medford Medical Instrument Co.*, 415 F.Supp. 133 (D.C. NY 1976).

gando que la suscripción del tercer acuerdo con Biotronik obligaba a ésta a pagarle considerables cantidades de dinero por la venta de sus productos en los EE. UU. Medford, por lo tanto, se opuso a la homologación alegando aplicación de la Sección 10 y arguyendo que Biotronik había procurado el laudo arbitral mediante un fraude al no informarle al tribunal arbitral sobre la existencia del tercer acuerdo. Adicionalmente, Medford argumentó que aún cuando el "fraude" no "es una de las defensas enumeradas en el artículo V de la Convención [de Nueva York], se convierte en una defensa en virtud de su incorporación por el FAA".^{24 25}

El tribunal rechazó los alegatos de Medford y confirmó el laudo justificando su decisión en las siguientes dos (2) premisas. En primer lugar, el tribunal ratificó lo antes dicho en *Karppinen y Kirschner* en el sentido de que "un laudo arbitral no se obtiene por medio de fraude conforme la definición de la Sección 10 del [FAA] cuando la parte agraviada tuvo la oportunidad de refutar los alegatos de su contrario en el juicio arbitral."²⁶ Así pues, el tribunal notó que si bien Medford alega que el tribunal arbitral fue defraudado por la omisión de Biotronik de la existencia del tercer acuerdo, la pregunta que tenemos que plantearnos es si Biotronik tenía la obligación positiva de presentarle al tribunal arbitral la prueba que favoreciera los alegatos y las defensas de Medford. Como es de esperarse, el tribunal respondió esta pregunta negativamente.

En segundo lugar, el tribunal observó que existe una relación funcional entre la Norma 60 (b) y la Sección 10, ya que ambas disposiciones legales regulan la nulificación de una sentencia u orden final. Interessantemente, el tribunal de plano asumió que la definición de "fraude" bajo la Norma 60 (b) es la misma que bajo la Sección 10. Este salto conceptual es significativo ya que la corte en *Karppinen* explícitamente rehusó decidir

24. *Biotronik*, 415 F.Supp. at 136.

25. Medford también alegó que si el "fraude" no constituye ha sido incorporado como una defensa por el FAA, el mismo debe ser reconocido como una defensa que encaja bajo la causal de "interés público" prevista en el artículo V(2) (b) de la Convención de Nueva York. *Ibidem*.

26. *Ibid.*, p. 137.

este asunto. Por el contrario, la conclusión, aparentemente fortuita, arribada por el tribunal en *Biotronik* no se fundamenta en ninguna jurisprudencia u otra autoridad legal.

El tribunal sí añadió que la “comparación entre la Sección 10 (a) y la Norma 60 (b) es adecuada, toda vez que de la misma forma que la Sección 10 (a) contraataca una firme política pública que favorece la finalidad de los laudos arbitrales, la Norma 60 (b) contraataca una firma política pública que favorece la finalidad de las sentencias.”²⁷ El tribunal entonces trajo a colación jurisprudencia constante sobre la aplicación de la Norma 60 (b) que establece que “para justificar la nulificación de una sentencia final bajo un alegato de fraude, es menester que dicho fraude efectivamente le [haya] prohibido a la parte agraviada la presentación completa y justa de su defensa”.²⁸ Las reclamaciones de Medford claramente no encajaban dentro de las disposiciones de la Norma 60 (b), por lo que el tribunal decidió que tampoco encajaban bajo la definición de fraude de la Sección 10. Debido a esta decisión el tribunal no tuvo que avocarse a decidir la pregunta de si la “la defensa de fraude bajo la Sección 10 del FAA puede ser presentada como defensa en un procedimiento de homologación bajo la Convención [de Nueva York] conforme la cláusula de incorporación del FAA”.²⁹

2. LECCIONES APRENDIDAS Y NUESTRA PROPUESTA

La problemática estadounidense realmente no es exclusiva a los EE. UU., sino, por el contrario, es un denominador común en todas aquellas jurisdicciones en las cuales se procura la asistencia del soberano para la ejecución de laudos arbitrales. La judicatura en todas aquellas jurisdicciones indudablemente se preguntará, entre otras cosas: ¿Debo reconocer un laudo procurado fraudulentamente? ¿Cómo determino si realmente hubo fraude? ¿Cuán material debe ser el fraude? ¿Cuál es el límite de mi fun-

27. *Idem*, p. 138.

28. *Ibidem*.

29. *Ibidem*.

ción como ente homologador de un laudo arbitral? ¿Cuán profundo o detallado debe ser mi análisis del juicio arbitral? El análisis de la problemática estadounidense nos ayuda a encontrarle respuestas a algunas de estas interrogantes.

En efecto, aunque el tribunal en *Biotronik* intentó loablemente aportar un análisis racional a la aplicación de la excepción de fraude de la Sección 10 extrapolando jurisprudencia sobre la excepción de fraude bajo la Norma 60 (b), este salto conceptual no encuentra apoyo en la ley, en la jurisprudencia, ni en la doctrina estadounidense. Ambas disposiciones legales si bien parecerían tener un meta en común, evitar la ejecución de decisiones procuradas fraudulentamente, tienen ámbitos de aplicación y persiguen políticas públicas diametralmente diferentes.

En este sentido, es preciso tener presente que la Norma 60 (b) continúa el poder jurisdiccional del soberano sobre los ciudadanos, mientras que el FAA invita por primera vez al soberano a que se inmiscuya en un asunto que las partes convencionalmente habían mantenido en el ámbito privado. Así pues, la extrapolación de la jurisprudencia de la Norma 60 (b) al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales procurados fraudulentamente necesariamente implica que se está extrapolando al campo arbitral preceptos y razonamientos judiciales. Esto, a su vez, da lugar a las siguientes cuatro (4) interrogantes. ¿Primero, la implementación de normas legislativas o jurisprudenciales dependen de otras normas legislativas o jurisprudenciales para su eficacia? ¿Segundo, se está utilizando a la norma legislativa o jurisprudencial como un paradigma para promover una política jurídica o legislativa determinada? ¿Tercero, asumiendo que dicha norma está promoviendo una determinada política legislativa o judicial, compagina dicha política con la política que promueve el arbitraje? ¿Cuarto, es la norma legislativa o jurisprudencial el equivalente funcional de la norma que promueve el arbitraje?

El análisis comparativo de la Norma 60 (b) y la Sección 10 del FAA parece indicarnos que la respuesta a la primera interrogante es afirmativa. La Norma 60 (b) aplica a la conclusión de un procedimiento judicial contencioso durante el cual las partes se encontraban y aún se encuentran en plena libertad para realizar todas las indagatorias pertinentes notificando a la contraparte requerimientos y solicitudes de revelación de pruebas y documentos, así como interrogatorios escritos, e interrogando en vivo (*deposition*, como se conoce en el sistema *Common Law* continental y Americano) a todas las personas que de una manera u otra tuviesen en su poder información relacionada con los hechos del caso.³⁰ Estas medidas de recaudación de pruebas, sin embargo, están del todo ausentes o significativamente reducidas cuando una cualesquiera de las partes en un proceso arbitral procura nulificar el laudo arbitral bajo las causales previstas en la Sección 10 del FAA. Por consiguiente, esta diferencia justifica, por sí sola, una ampliación de la aplicación de las causales de nulidad previstas en la Sección 10 del FAA para los casos de falso testimonio o perjurio toda vez que las partes tienen menos probabilidades de descubrir el falso testimonio durante el juicio arbitral ya que los mecanismos de recaudación de pruebas en los arbitrajes, particularmente en comparación con los disponibles en los procesos judiciales, son muy limitados o incluso inexistentes.

La segunda (¿se está utilizando a la norma legislativa o jurisprudencial para promover una política jurídica o legislativa determinada?) y tercera (de ser ese el caso, ¿compagina dicha política con la política que promueve el arbitraje?) interrogantes también se responden afirmativamente. Sin duda, el objetivo tanto de la Norma 60 (b) como de la Sección 10 es otorgarle a la parte agraviada un método viable y legítimo para atacar la finalidad de las sentencias, ordenanzas y laudos arbitrales emitidos producto de procedimientos contenciosos. En dichos casos la parte agraviada tiene el fardo de la prueba de demostrar, conforme lo aquí discutido, que el laudo fue procurado por medio de

30. Estas medidas de recaudación de pruebas son parte del proceso conocido en el sistema *Common Law* continental y Americano como "*discovery*".

un fraude perpetrado al tribunal arbitral sobre la base de un falso testimonio. Las políticas de finalidad y legalidad que caracterizan una sentencia final y un laudo arbitral, así como el principio de que la parte agraviada no debería estar obligada a darle cumplimiento a una decisión viciada por el fraude, guardan grandes similitudes tanto en la Norma 60 (b) como en la Sección 10.

La cuarta interrogante (¿es la norma legislativa o jurisprudencial el equivalente funcional de la norma que promueve el arbitraje?) se responde afirmativamente por las mismas razones que fundamentan las respuestas a la segunda y tercera interrogantes.

El análisis al que nos someten estas cuatro interrogantes subraya la importancia del asunto. Es indudable que se hace necesaria la creación de un mecanismo que desincentive el perjurio en los procesos arbitrales mediante la imposición de sanciones. Sanciones que si bien no serían penales, las cuales conllevarían el ejercicio de soberanía foránea al proceso arbitral, deberían ser lo suficientemente contundentes como para que procuren su efectividad. En este sentido, el falso testimonio en el arbitraje técnicamente puede ser definido como una declaración falsa ofrecida bajo juramento que versa sobre asuntos materiales a la disputa o que directamente incide en su resolución final. La penalidad consistiría en un laudo que rechace las reclamaciones o las defensas de la parte que cometió el perjurio o, si la declaración falsa fue ofrecida por un tercero, la facultad para el tribunal arbitral de crear una presunción irrefutable contraria al testimonio falso. Por último, se propone que todo testigo que declare en un proceso arbitral preste un juramento de que sus declaraciones serán veraces y correctas. La prestación de este juramento vestirá el proceso y le imprimirá en la siquis al testigo el carácter formal y sobrio que reviste el mismo.

Únicamente con la implementación de medidas que persigan activamente la consecución de la verdad y la penalización o sanción de su ocultamiento podrá el proceso arbitral cumplir

con su verdadero cometido como método de resolución alternativo a disputas. De lo contrario, imperará una variación de la ley del más fuerte: la ley del tramposo. Que, como anticipó Unamuno, vencerá por ser el más fuerte, pero no convencerá porque le falta la razón y derecho en la lucha.³¹

31. La célebre frase Miguel de Unamuno reza de la siguiente manera: "Venceréis, pero no convenceréis. Venceréis porque tenéis sobrada fuerza bruta; pero no convenceréis, porque convencer significa persuadir. Y para persuadir necesitáis algo que os falta: razón y derecho en la lucha".