

# Panorámica sobre las Pruebas en el Arbitraje

*Pedro A. Batista Martins<sup>1</sup>*

*1. Introducción; 1.1. Prueba. Regla general – 2. Los hechos y las pruebas; 2.1. Pruebas directas e indirectas; 2.2. Indicios y presunción – 3. Admisibilidad de la prueba – 4. Corresponde al árbitro examinar la admisibilidad de la prueba – 5. Documento confidencial obtenido por una de las partes – 6. La valoración de la prueba; 6.1. El sistema de prueba legal; 6.2. La valoración de la prueba en el arbitraje internacional – 7. Conclusión.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El campo de las pruebas, en el arbitraje, es bastante amplio y no se sujeta a un catálogo legal. Sobre este particular, la producción probatoria en el ámbito del arbitraje se alinea con el sistema de las pruebas del proceso civil. *Todos los medios legales, así como los moralmente legítimos, aunque no se hallen especificados en este código, son aptos para probar la verdad de los hechos, en los que se funda la acción o la defensa* (art. 332 CPC).

Debe constar que todos los medios idóneos y capaces de demostrar el hecho controvertido (por ejemplo, fotografía; vídeo; grabación), aunque no los enumere la ley, son pasibles de examen por parte del juzgador con vistas a reconstruir o definir la verdad sobre un determinado hecho.

Según la Ley n.º 9307/96: «*El árbitro o el tribunal arbitral podrá tomar declaración a las partes, oír testigos y determinar la realización de pruebas periciales o de cualquier otra que juzgue necesaria, por solicitud de las partes o de oficio*» (art. 22, encabezamiento). 2

Se ve que es amplia la libertad probatoria en el proceso arbitral, a la vista del elemento esencial, para el árbitro, que es la búsqueda y la conquista de la verdad material. La propia equiparación de las facultades del árbitro a las del juez togado asegura plena autoridad al juzgador privado, con relación al ejercicio de la función jurisdiccional, función ésta que tiene por finalidad aplicar el derecho al caso concreto y que, por supuesto, debe pasar, con carácter preliminar, por la relevante etapa de la confirmación de la veracidad o de la falsedad del *hecho a probar*.

De este modo, es amplio el medio de prueba utilizado tradicionalmente en el arbitraje, especialmente, en el de carácter internacional. No obstante, también en el nacional el árbitro puede solicitar información de autoridades públicas, municipales, estatales y federales (por ejemplo, agencias reguladoras; registros públicos), determinar la presentación de cintas sonoras, cintas de vídeo, libros contables, fotografías y

discos duros, determinar oír a testigos no indicados por las partes, o incluso, su representación para aclarar puntos controvertidos o para, en un careo con otro testigo, aclarar informaciones incoherentes o conflictivas. Al arbitraje se le aplica la regla de *quenadie está eximido del deber de colaborar con el Poder Judicial [en el caso en cuestión, con los árbitros] para descubrir de la verdad* (art. 339, CPC).

La misma libertad se da en el caso de la prueba pericial, donde el árbitro no se sujeta a lo solicitado por las partes y puede, incluso, de oficio, inspeccionar el establecimiento o almacén para confirmar o no, por ejemplo, las alegaciones sobre el estado de almacenaje de productos sensibles.

En el arbitraje no hay un procedimiento cerrado en cuanto a la producción de las pruebas<sup>3</sup> : quiero decir que la declaración personal puede darse en reunión cerrada para tal fin; puede transferirse a un momento posterior a la declaración de los testigos; la declaración personal, si es conveniente, puede realizarse después de haber oído a los testigos y expertos. La declaración de los testigos puede darse de forma *fraccionada*, según las circunstancias (por ejemplo, testigos que residen en el extranjero) e, incluso, repítase, con carácter previo a la realización de la prueba pericial.

Por tanto, el árbitro no tiene, como sucede en el proceso judicial, el deber de determinar, de antemano, las pruebas que se van a producir (art. 331, párrafo 2.º, del CPC) ni el momento o el orden en que tales pruebas se realizarán.

Sin embargo, esta libertad y la posibilidad de *fraccionar* la fase probatoria no puede derivar en un perjuicio *jurídicamente relevante* para cualesquiera de las partes.

**1.1. PRUEBA. REGLA GENERAL.** Lo que se busca en el proceso es demostrar, por los medios de prueba admitidos, los hechos alegados y tenidos como verdaderos o falsos por las partes. La lucha entablada busca probar lo sustentado por las partes. Sea la veracidad de los hechos o su falsedad o inexistencia. La valoración de la prueba determinará el éxito del demandante o del demandado.

Sin embargo, la prueba ha de ser admitida para que, tras su producción, sea objeto de valoración por parte de los árbitros, con base en la libre convicción. Libre, sin duda; pero, ciertamente, fundamentada.

No obstante, antes de tratar la admisibilidad y la valoración, es conveniente decir algunas palabras sobre los hechos y la conceptualización de las pruebas.

## 2. LOS HECHOS Y LAS PRUEBAS

En principio, cabe señalar que los hechos que importan para el juzgador son los llamados hechos controvertidos. Éstos son los que, en palabras de **Carnelutti**, se encuentran en **la zona neutra de los hechos afirmados tan sólo por una o alguna de las partes, es decir, hechos afirmados pero no admitidos, que pueden existir o no (...)**. *El juez se encuentra aquí frente a la afirmación de una parte y a la negación de la otra, es decir, ante la discusión de un hecho (...)*.<sup>4</sup>

Los hechos pueden dividirse en principales y secundarios. Los hechos principales también se denominan jurídicos o constitutivos (extintivos, impeditivos o modificativos). Por su parte, los hechos secundarios son, solamente, hechos simples.

Aclara **Michele Taruffo** que la distinción identifica los hechos principales al efecto de subrayar *la función jurídica de las circunstancias que se indican en la prótasis de la norma aplicable y que, por tanto, representan la condición o el presupuesto para verificar los efectos jurídicos previstos por la norma. Como ya se ha visto, el supuesto de hecho abstracto definido por la norma opera como criterio de selección, dentro de un conjunto indiferenciado e indefinido de circunstancias, de los hechos relevantes para la aplicación de la norma*<sup>5</sup>. El otro cuerno de la distinción está constituido por los hechos que habitualmente se denominan “secundarios” o “simples”, que se distinguen de los hechos principales en la medida en que no reciben calificación jurídica alguna. Estos hechos adquieren significado en el proceso sólo si de ellos se puede extraer algún argumento acerca de la verdad o falsedad de un enunciado sobre un hecho principal. Esta distinción es un lugar común muy difundido que resulta útil a propósito de diversos problemas, como, por ejemplo, los que se refieren a la relevancia de los medios de prueba. Sin embargo, aunque no carece de fundamento, es una distinción que implica una simplificación importante de los problemas que afectan a la identificación del hecho.<sup>6</sup>

**2.1 PRUEBAS DIRECTAS E INDIRECTAS.** Las pruebas, habitualmente, se clasifican en directas e indirectas. Pese a que su definición no es uniforme en el mundo jurídico, esta distinción se difunde con frecuencia.

En la senda de Carnelutti, **João Penido Burnier Júnior** explica:

*“Las pruebas directas, a que Carnelutti (1956, v. 1, p. 157) denomina históricas, se refieren al propio hecho que se está probando o consisten en él mismo. En el proceso de indemnización por accidente de tráfico, el testigo describe el hecho que presencié, o reproduce lo que le contó un testigo ocular, produce prueba directa; de la misma forma, en un proceso de cobro, el documento de confesión de la deuda es prueba directa, porque se refiere inmediatamente al hecho que se está probando, reproduciéndolo; el instrumento del contrato de alquiler, cuya existencia se discute en el proceso, es la reproducción del propio hecho que se está probando y así en adelante. Si la prueba no se refiere al propio hecho que se está probando, sino al otro, del cual, mediante un trabajo de raciocinio, se llega a aquel, la prueba es indirecta, también denominada crítica por Francesco Carnelutti, en el pasaje ya citado. Así, en el proceso de indemnización por accidente de tráfico, la descripción efectuada por el testigo (o por el perito, si fuera el caso), que no presencié los hechos, de la posición en que habían sido encontrados los vehículos siniestrados, sirve, en ciertos casos, para ayudar el raciocinio y llegar a la conclusión de como se produjo el accidente. En la prueba directa la conclusión es objetiva, consecuencia de la afirmación del testigo o de la constancia de la cosa o documento, sin necesidad de raciocinio. En la prueba indirecta, el raciocinio reclama la formulación de la hipótesis, su apreciación, la exclusión de unas, aceptación de otras, en fin, trabajos mentales para alcanzar la verdad del hecho que se está probando. Son pruebas indirectas, por excelencia, las que tienen por objeto los indicios que, como vimos, (apartado 4, letra d, número 2, Capítulo I), permiten al juez llegar al hecho que se está probando por deducción.”<sup>7</sup>*

A pesar de que estas definiciones vienen siendo bastante utilizadas por la doctrina, **Michele Taruffo** diferencia la prueba directa de la indirecta teniendo en consideración la forma como la relación hecho-prueba se coloca en el proceso y en el contexto de la decisión. Por ello, es necesaria, en la visión de este autor, distinguir hecho a probar, es decir, el hecho jurídicamente relevante del que depende directamente la decisión, del objeto de la prueba, esto es, el hecho que ofrece la demostración o la confirmación de la prueba. Según el jurista italiano: *“La prueba podrá definirse como directa cuando las dos enunciaciones tienen por objeto el mismo hecho, es decir, cuando la prueba versa sobre el hecho principal. La*

*terminología angloamericana dispone de un término específico al respecto: se denomina material la prueba que tiene por objeto el hecho jurídicamente relevante. Por tanto, es prueba directa aquella que versa directamente sobre el hecho a probar. En cambio, se estará ante una prueba indirecta cuando esta situación no se produzca, es decir, cuando el objeto de la prueba esté constituido por un hecho distinto de aquel que debe ser probado por ser jurídicamente relevante a los efectos de la decisión (...). Como es fácil observar, esta distinción entre prueba directa e indirecta es funcional y relacional, no ontológica. Es decir, esta distinción no hace referencia a la “naturaleza” o a la “estructura” intrínseca de las pruebas o de los medios de prueba, de modo que las pruebas no son de forma general, a priori y, en cualquier caso, directas o indirectas. Al contrario, casi todas las pruebas pueden ser directas o indirectas, en función de si tienen por objeto el hecho a probar u otro hecho del que puedan extraerse inferencias sobre el hecho a probar. Así, una declaración testifical será directa o indirecta en función de su propio objeto específico y podrá ser también prueba directa o indirecta la inspección ocular, en función de que el juez perciba circunstancias o situaciones de hecho que coincidan o no con el “hecho a probar”. A esta variedad de funciones escapan pocos casos de pruebas que puedan considerarse típicamente directas o indirectas: por un lado, está el juramento decisorio que, dado que sólo puede tener por objeto hechos principales, únicamente puede operar como prueba directa; por el otro, se podría decir que es típicamente indirecta la prueba por presunciones, dado que consiste en la formulación de inferencias que parten del “hecho conocido” para extraer conclusiones inferenciales sobre el “hecho ignorado”.<sup>8</sup>*

**2.2. INDICIOS Y PRESUNCIÓN.** En el tema de las pruebas, no se puede olvidar las llamadas pruebas indiciarias.<sup>9</sup> Según la lección de **Moacyr Amaral Santos**, el indicio es un hecho o señal debidamente probado que sirve para, por medio de él, llegar, por deducción, a la presunción.<sup>10</sup> O, incluso, en la línea de **Alsina y Dellepiane**: *Se llama indicio todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, es decir, debidamente probado, susceptible de llevar, por inferencia, al conocimiento del hecho desconocido.*<sup>11</sup>

El indicio, por sí solo, no es capaz de afirmarse como prueba del hecho controvertido, pues, para ello, será necesaria una red interconectada de indicios, lineal y coherente, de modo que se consubstancie en una auténtica presunción.

Como afirma **Carnelutti**, *[un] hecho no es indicio en sí, sino que se convierte en tal cuando una regla de experiencia lo pone con el hecho a probar en una relación lógica, que permita deducir la existencia o no existencia de éste.*<sup>12</sup>

Aunque la prueba indiciaria se utilice más en el ámbito penal, también en el derecho civil se hace uso de ella.

Partiendo de la regla del artículo 2727 del Código Civil italiano, la tradición doctrinal define la presunción simple (la presunción legal es preestablecida) como las implicaciones que el juzgador extrae de un hecho conocido para llegar a un hecho ignorado.

La presunción, por tanto, se califica como tal, cuando se forma una serie de indicios al punto de crear una percepción lógica capaz de autorizar o ayudar, eficazmente, al juzgador a determinar la falsedad o la veracidad del hecho controvertido.

Sobre este particular, se puede decir que la presunción simple se califica como prueba indirecta.<sup>13</sup>

La presunción resulta, por tanto, de una inferencia o deducción lógica por parte del árbitro que extrae de los distintos indicios — que forman la presunción — cierta coherencia y plausibilidad capaces de convencer al juzgador sobre el hecho relevante en discusión. Parte de un hecho conocido para llegar al hecho a probar (“hecho desconocido”).

Como bien destaca **Cândido Dinamarco**: *“Presunción es un proceso racional del intelecto, por el que del conocimiento de un hecho se infiere con razonable probabilidad la existencia de otro o el estado de una persona o cosa. La experiencia personal del hombre y la cultura de los pueblos muestran que existen relaciones razonablemente constantes entre la ocurrencia de ciertos hechos y la de otros, lo que permite formular juicios de probabilidad siempre que se tenga conocimiento de ellos. De ahí por qué el hombre presume, apoyado en la observación de lo que ordinariamente ocurre. El momento inicial de este proceso psicológico es el conocimiento de un hecho-base, o indicio revelador de la presencia de otro hecho. Su momento final, o su resultado, es la aceptación de otro hecho, sin tener de él un conocimiento directo”*.<sup>14</sup>

La utilización de presunción como prueba se admite con carácter general en los casos en los que hay dificultades para demostrar el hecho controvertido por medio de la prueba directa. Busca, por tanto, facilitar la prueba y viene siendo útil en los casos de fraude y simulación. No obstante estos supuestos, también sirve para reforzar o incluso, demostrar, el hecho relevante en otras situaciones jurídicas sensibles.

**3. LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA.** La producción de la prueba se sujeta a una condición de admisibilidad, según los criterios de relevancia y legalidad.<sup>15</sup>

La legalidad se basa en el criterio de la licitud de la prueba. Ésta debe ser idónea desde la óptica del derecho. Será, por tanto, inadmisibile la prueba obtenida por medios ilícitos.

La relevancia tiene que ver con la pertinencia, la necesidad y la utilidad de la prueba que la parte pretenda que sea admitida en el contexto del proceso legal. De este modo, el hecho a probar debe ser relevante para deslindar la controversia y, además, la prueba debe ser útil al árbitro para los fines de la solución del caso concreto.<sup>16</sup> La prueba tiene que resultar en un dato positivo suficiente para añadir valor al conocimiento del árbitro sobre el hecho controvertido.

Como dice **Michele Taruffo**: *En términos de lo dicho anteriormente, se trata de establecer si el hecho sobre el que versa la prueba es apto para constituir un elemento de confirmación de la hipótesis referida al hecho jurídico. Esta operación anticipa en cierto sentido el juicio sobre el resultado de la prueba respecto de la determinación del hecho, pero no coincide con la determinación del valor efectivo que la prueba podrá tener ex post en el juicio final del hechos*.<sup>17</sup>

Por todo lo visto, se puede afirmar que, en el análisis de la relevancia, el árbitro estará frente a un criterio lógico de definición, mientras que la apreciación de la licitud de la prueba se funda en un examen eminentemente jurídico.

**4. CORRESPONDE AL ÁRBITRO EXAMINAR LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA.** Es

necesario señalar que la facultad de admitir o no las pruebas solicitadas por las partes corresponde al árbitro. Y no se admitirán, necesariamente, todas las pruebas requeridas. Esto no implica, como piensan y sugieren algunos abogados con relación al arbitraje, una violación del debido proceso legal y, consecuentemente, la anulación de la futura decisión arbitral.

Además, la costumbre de solicitar esto, como medio para intimidar, no debe producir ningún efecto en la persona del árbitro experto. Por el contrario, parecerá inmadurez y falta de elegancia del abogado, dado que éste siempre tiene —y tendrá— a su disposición, el camino de la acción de nulidad en ámbito judicial. Y, para ello, no precisa servirse de técnicas de guerrilla procesal en la búsqueda, con frecuencia infantil, de atemorizar al árbitro.

Y éste, a su vez, enfrentándose con ese ignominioso intento, no debe, de forma alguna, responder a la parte, pues se encuentra en un nivel distinto y soberano: en pleno ejercicio de función jurisdiccional.

Veamos lo que dice la doctrina en cuanto a la autoridad del árbitro (o juez) para decidir sobre la admisibilidad de las pruebas:

*“La admisión de las pruebas es un acto exclusivo del árbitro, que la ley le faculta para denegar las diligencias inútiles o meramente dilatorias (art. 130 del CPC).”*<sup>18</sup>

*“Es oportuno dejar claro que el árbitro tiene poder para determinar la realización de las pruebas que considere necesarias, por solicitud de las partes o de oficio (art. 22, encabezamiento, parte final). Esto quiere decir que, a ejemplo del proceso estatal, el árbitro puede denegar las pruebas inútiles o meramente dilatorias (art. 130 do CPC).”*<sup>19</sup>

*“Nell’espressione del proprio apprezzamento sulla rilevanza delle prove chieste dalle parti e sulla loro ammissibilità il giudice può contare su un potere discrezionale abbastanza ampio”*<sup>20</sup>

En línea con la doctrina, veamos como los tribunales judiciales tratan el tema de la admisibilidad de las pruebas por parte del juez togado, mutatis mutandis, por el árbitro.

***“RESUMEN DE SENTENCIA – PROCESAL CIVIL. RECURSO [“AGRAVO REGIMENTAL”]. EJECUCIÓN FISCAL. INVESTIGACIÓN DE LOS IMPORTES DEBIDOS. NO NECESARIO PRODUCIR PRUEBA PERICIAL. CONOCIMIENTO ANTICIPADO DEL LITIGIO. LIBRE CONVICCIÓN DEL MAGISTRADO. ACERVO DOCUMENTAL SUFICIENTE. INEXISTENCIA DE MENOSCABO DE LA DEFESA. MÚLTIPLES PRECEDENTES.***

- 1. El recurso contra decisión que negó dar seguimiento al recurso especial de la recurrente.*
- 2. El fallo a quo mantuvo la decisión singular que desestimó la realización de prueba pericial.*
- 3. Para verificar los importes debidos, lo que se puede hacer por medio de un simple cálculo por parte del contable, de la Secretaría de la Hacienda Pública o por la parte interesada, a la vista de los comprobantes que constan de los autos y siendo dispensable la utilización de conocimiento técnico-especial para calcular los referidos importes, no es necesario realizar prueba pericial.*

4. En conformidad con reiterada jurisprudencia de esta Corte Superior, “la tutela jurisdiccional debe prestarse de modo que contenga todos los elementos que posibiliten la comprensión de la controversia, así como las razones determinantes de decisión, como límites a la libre convicción del juez, que debe formarla con base en cualesquiera de los medios de prueba admitidos en derecho material, supuesto en el que no se puede hablar de menoscabo de la defensa por el conocimiento anticipado del litigio” y que “el magistrado tiene el poder-deber de conocer anticipadamente el litigio, rechazando la realización de audiencia con el fin de producir prueba testifical, al constatar que el acervo documental aportado en los autos tiene suficiente fuerza probatoria para dirigir e instruir su entendimiento” (REsp n.º 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17/05/99)

5. Precedentes en el mismo sentido: MS n.º 7834/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER; REsp n.º 330209/SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER; REsp n.º 66632/SP, Rel. Min. VICENTE LEAL, REsp n.º 67024/SP, Min. VICENTE LEAL; REsp n.º 132039/PE, Rel. Min. VICENTE LEAL; AgReg no AG n.º 111249/GO, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA; REsp n.º 39361/RS, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA; EDcl nos EDcl no REsp n.º 4329/SP, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA; AgReg no AG n.º 14952/DF, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA.

6. Inexistencia de menoscabo de la defensa como consecuencia de la denegación de prueba pericial solicitada.

7. Recurso desestimado.

(...)

VOTO – En lo que se refiere a la apuntada violación de las disposiciones señaladas, relativa al conocimiento anticipado del litigio, el magistrado tiene el poder-deber de conocer anticipadamente el litigio, y rechazar la realización de audiencia con el fin de producir prueba testifical, al constatar que el acervo documental es suficiente para dirigir e instruir su entendimiento. En esta línea, la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia, cuyos fallos se transcriben a continuación:

**" CIVIL. ALQUILER. PROCESAL CIVIL. DIVERGENCIA JURISPRUDENCIAL NO COMPROBADA. CONOCIMIENTO ANTICIPADO DEL LITIGIO. PRINCIPIO DE LA LIBRE CONVICCIÓN DEL JUEZ. MENOSCABO DE LA DEFENSA. INEXISTENCIA. ÍNDICE DE CORRECCIÓN MONETARIO. ERROR SUSTANCIAL. FALLO 07/STJ.**

- No se conoce el recurso especial fundado en disenso jurisprudencial cuando el recurrente no demuestra las circunstancias fácticas que identifiquen o asemejen los supuestos confrontados, a tenor del artículo 541 del CPC y de lo dispuesto en el artículo 255 del RISTJ.

- El magistrado tiene el poder-deber de conocer anticipadamente el litigio y rechazar la realización de audiencia para producir prueba testifical, al constatar que el acervo documental aportado en los autos tiene suficiente fuerza probatoria para dirigir e instruir su entendimiento.

(...)

**PROCESAL CIVIL. CONOCIMIENTO ANTICIPADO DEL LITIGIO. PRINCIPIO DE LA LIBRE**

*CONVICCIÓN DEL JUEZ. MENOSCABO DE LA DEFENSA. INEXISTENCIA.*

*- La tutela jurisdiccional debe prestarse de manera que contenga todos los elementos que posibiliten la comprensión de la controversia, así como las razones determinantes de la decisión, como límites a la libre convicción del juez, que debe formarla con base en cualesquiera de los medios de prueba admitidos en derecho material, supuesto en el que no se podrá hablar de menoscabo de la defensa por el conocimiento anticipado del litigio.*

*- El magistrado tiene el poder-deber de conocer anticipadamente el litigio, y rechazar la realización de audiencia para producir prueba testifical, al constatar que el acervo documental aportado tiene suficiente fuerza probatoria para dirigir e instruir su entendimiento.*

*-(...)*

*- Recurso especial no conocido.” (REsp n.º 102303/PE, 6.ª Turma, Rel. Min. VICENTE LEAL, DJ 17/05/1999)*

*Se verifica, por tanto, que no procede alegar menoscabo de la defensa, por la denegación de la prueba pericial postulada. La liquidación de los importes debidos se realizará mediante un simple cálculo por parte del contable, de la Secretaría de la Hacienda Pública o por la parte interesada, a la vista de los comprobantes que constan de los autos y siendo dispensable la utilización de conocimiento técnico-especial para calcular los referidos importes, no es necesario realizar prueba pericial.*

*Así, no se puede hablar de violación de la ley por la denegación de la prueba pericial solicitada .”<sup>21</sup>*

*“ RESUMEN DE SENTENCIA – II. No se reconoce el referido constreñimiento ilegal por menoscabo de la defensa, debido al rechazo de realizar prueba pericial contable y técnica en todos los contratos y subcontratas realizados por el municipio, si el Magistrado fundamenta suficientemente la falta de necesidad para elucidar los hechos, con base en los elementos del proceso.*

*III. El carácter meramente dilatorio de la actuación solicitada queda puesto en evidencia, pues la defensa no logró demostrar la necesidad real de la prueba pericial, y permaneció inactiva a lo largo de la instrucción, aun más, al tratarse de proceso en el que el propio Tribunal de Cuentas Municipal realizó la prueba pericial técnica, la cual fue corroborada por las demás pruebas de los autos.*

*IV. El juzgador puede denegar, motivadamente, actuaciones que considere dilatorias o innecesarias. Precedente.*

*V. Recurso desestimado.*

*(...)*

*VOTO – El juzgador puede denegar, de forma fundamentada, actuaciones que considere dilatorias o innecesarias, en virtud de un juicio de conveniencia en cuanto a la necesidad de su realización, que es propio y exclusivo del Juez, por ser el destinatario de la prueba.*



(...)

*El Tribunal a quo, a su vez, resaltó el acierto de la decisión autocrática, al considerar la impertinencia de la actuación solicitada, in verbis:*

*“(...) Sabemos, y es oportuno repetir, que es perfectamente posible que el Juez, según su criterio y su convicción, deniegue la solicitud de prueba pericial, dado que ésta se hace innecesaria en vista de otras pruebas producidas, como de hecho afirmó la Ilma. Jueza, en la propia declaración del reo (véanse las informaciones de la Ilma. Jueza). Así es que, a mi modo de ver, la denegación de la prueba pericial, flagrantemente innecesaria, no se constituyó con menoscabo de la defensa. Como ya sabemos todos, hecho ya demostrado en los autos y que no depende de conocimientos técnicos prescinde de ser demostrado mediante prueba pericial, ésta, ya efectuada y analizada por el Tribunal de Cuentas de los municipios. (Art. 130 y 420 del CPC) . (...)*

*Además de todo ello, la jurisprudencia se orienta en el sentido de que 'siendo el juez destinatario de la prueba, sólo a él compete valorar la necesidad o no de su realización.' (TFR, 5.ª T, Ag. 51.774-MG, REL. Min Geraldo Sobral, J. 27/2/1989, negaron la admisión del recurso. v.u. DJU 15.05.1989, p. 7.935).” (fls. 123/125)*

*De esta forma, no merece reforma el “decisum” atacado, en virtud del carácter meramente dilatorio de la diligencia solicitada, pues la defensa no logró demostrar la real necesidad de la prueba pericial y permaneció inactiva a lo largo de la instrucción. (...)*

*Por último, traigo a colación el siguiente precedente de esta Corte:*

**" HABEAS CORPUS. ROBO CON VIOLENCIA. NULIDAD. DEFENSA PREVIA CONSIDERADA INTEMPESTIVA. EXAMEN PROFUNDO DE PRUEBAS INVIABLE EN LA VIA ESTRECHA DEL MANDATO DE SEGURIDAD. DILIGENCIAS DENEGADAS. MENOSCABO DE LA DEFENSA. INEXISTENCIA. SUPRESIÓN DE INSTANCIA.**

(...)

*No configura menoscabo de la defensa la denegación, fundamentada, de actuaciones consideradas por el Juez como impertinentes o dilatorias. (...)* (HC 17929/SP, Min. JOSÉ ARNALDO, DJ de 04/03/2002)  
„<sup>22</sup>

**“ RESUMEN DE SENTENCIA – PROCESAL CIVIL. ART. 130 DEL CPC. PRUEBAS. VALORACIÓN. DENEGACIÓN NO MOTIVADA DE LA REALIZACIÓN DE PRUEBA. MENOSCABO DE LA DEFENSA. REAPRECIACIÓN EN SEGUNDO GRADO DE JURISDICCIÓN. POSIBILIDAD. TRATAMIENTO IGUALITARIO A LAS PARTES EN EL PROCESO.**

(...)

**6. La denegación de realizar pruebas, posibilidad ofrecida por el artículo 130 del CPC, no queda al libre arbitrio del juez; únicamente debe producirse, y de forma motivada, cuando sean dispensables y de carácter meramente dilatorio.**

(...)

9. Si a la parte compete indicar los motivos de la realización de la prueba, al juzgador competirá motivar su denegación, so pena de menoscabar la defensa.

(...)

*INFORME – la Unión, disconforme, interpone recurso de aclaración de sentencia con el deseo de poner en cuestión el artículo 131 del Código de Proceso Civil. El fallo del recurso de aclaración tuvo el siguiente resumen (fl. 162):*

*“PROCESAL CIVIL. PRUEBAS. DEBIDO PROCESO LEGAL.*

*1. Se garantiza a la parte el derecho de producir las pruebas de su interés, en conformidad con lo que permite el artículo 130 del Código de Proceso Civil. La prueba se somete a principios, entre ellos el de adecuación, y debe ser concluyente. Corresponde al juez permitir la producción de la prueba pertinente para demostrar el hecho, incluso porque ésta será examinada, también, en la instancia superior, dada la posibilidad de volver a discutir y a apreciar el hecho.*

*2. Menoscabo de la defensa configurado, a partir de la denegación de las pruebas. Sentencia anulada.*

*3. Ausencia de omisión. No conocimiento de los recursos de aclaración de sentencia.”*

(...)

*VOTO – Defiendo el entendimiento de que el conocimiento anticipado del litigio es un poder-deber del magistrado y debe ejercerse siempre que se constate que el acervo documental aportado a los autos tiene suficiente fuerza probatoria para orientar e instruir el juicio (AGRESP 614221/PR, publicado DJ de 07/06/2004). Se trata de un homenaje a los principios de celeridad y libre convicción motivada, ínsitos a la prestación jurisdiccional.*

(...)

*El artículo 130 del Código de Proceso Civil otorga al juez poderes-deberes que le permiten no solo propiciar una actividad jurisdiccional más rápida, al dispensarle de realizar actos innecesarios y excesivos, sino también, por otro lado, le llevan a aproximarse a la verdad de los hechos llevados al proceso.*

(...)

*Salvaguado, por cautela, que obviamente no se está, con ello, asentando que toda y cualquier prueba sea necesaria para el conocimiento del litigio, eternizándolas a pretexto de una amplia defensa. Si a la parte compete indicar los motivos de la realización de la prueba que solicita, al juzgador competirá fundamentar la razón de su denegación, so pena de menoscabar la defensa”.<sup>23</sup>*

Tiene el árbitro, por tanto, una cierta discrecionalidad en lo que respecta a la admisión de pruebas. Ésta

tiene que ser útil, necesaria y pertinente, por regla general, desde la perspectiva del árbitro.

## 5. DOCUMENTO CONFIDENCIAL OBTENIDO POR UNA DE LAS PARTES

Es posible admitir la aportación, por una de las partes, de un documento confidencial de la otra parte, si se aplica, en el examen, el principio de proporcionalidad.

Ello porque, la actual jurisprudencia de las dos más altas cortes judiciales brasileñas —Supremo Tribunal Federal y Superior Tribunal de Justicia—, con el objetivo de evitar graves distorsiones y de no beneficiar al infractor, viene entendiendo que no es absoluto el derecho de confidencialidad, para atemperarlo con la aplicación del principio de proporcionalidad<sup>24</sup>, para suplantar potenciales obstáculos constitucionales, por la prevalencia de ciertos derechos cuando en conflicto con garantías fundamentales.

*“Recurso Ordinario en Mandato de Seguridad.*

*Secreto Telefónico. Abogado. Vulneración.*

*I- Decisión judicial fundamentada, con apoyo en la Ley n.º 9296/96, que determina la interceptación telefónica, no viola la Constitución Federal.*

*II- La protección de la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas del abogado no consubstancia un derecho absoluto, que cede paso cuando están presentes circunstancias que denoten la existencia de un interés público superior, específicamente, la fundada sospecha de la práctica de la infracción penal.”*  
*(en cursiva)*

*“ Penal. Procesal. Grabación de conversación telefónica por uno de los interlocutores. Prueba lícita. Principio de proporcionalidad. “Habeas Corpus”. Recurso.*

*1- Grabar la conversación por uno de los interlocutores no es interceptación telefónica; y es lícita como prueba en el proceso penal.*

*2- Por el principio de proporcionalidad, las normas constitucionales se articulan en un sistema, cuya armonía impone que, en cierta medida, se tolere el detrimento de algunos derechos por ella otorgados, en el caso en cuestión, del derecho a la intimidad.*

*3- Precedentes del STF [Supremo Tribunal Federal]<sup>25</sup> (cursiva nuestra).*

En el Habeas Corpus n.º 75.338-8 (Rio de Janeiro), el Ministro Carlos Velloso, del Supremo Tribunal Federal, se manifestó en los siguientes términos:

*“Se dirá que la grabación sería contraria al artículo. 5.º, inciso X, de la Constitución, que dice:*

*‘Art. 5º ...*

*X – son inviolables la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas; se asegura el derecho a indemnización por el daño material o moral derivados de su violación’.”*

*Debe entenderse que el derecho a la intimidad no es, como hace poco decíamos, absoluto, ya que debe ceder frente al interés público, social y de la justicia. Ahora bien, la justicia no tiene únicamente un plato, sino dos. En uno de ellos están los derechos individuales; pero, en el otro, se hallan los no menos importantes derechos sociales y colectivos. El interés de la justicia se asienta, sobre todo, en la realización del interés social, de la colectividad”<sup>26</sup> (cursiva nuestra).*

Véase, también, la decisión del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul:

*PRUEBA ILÍCITA. INTERCEPTACIÓN, ESCUCHA Y GRABACIÓN, TELEFÓNICAS Y AMBIENTALES. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. ENCUBRIMIENTO DE LA PROPIA TORPEZA. VERDAD PROCESAL. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.*

*1....omitido...2 ...omitido...3. La garantía de intimidad, de fuerte contenido ético, no se destina a proteger la torpeza, la ilicitud, aunque se trate de un ilícito civil. La conducta del autor se mantuvo dentro de los límites de la justa causa, de la necesidad de recuperar su crédito, sin interferencia o divulgación a terceros. PRELIMINAR RECHAZADA. RECURSO INADMITIDO.”<sup>27</sup>*

Los derechos a la confidencialidad y, en consecuencia, a la intimidad, como se ha visto, no tienen carácter absoluto, dado que existen otros derechos constitucionales, también relevantes.

Así, al entrar en conflicto las reglas constitucionales, no se puede afirmar la protección absoluta a todos los preceptos, disposiciones y valores incluidos en la Constitución Federal. Hay que sopesar los derechos y las garantías para atribuirles el alcance que el caso concreto exige.

En este sentido, el pleno ejercicio de los derechos fundamentales encuentra su límite en las garantías atinentes a los otros individuos, en los valores de la moral, la ética y el orden jurídico. En fin, en los presupuestos del Estado Democrático de Derecho que imponen a todos el deber de lealtad. De ahí la imperatividad en la adopción del principio de proporcionalidad cuando se contraponen derechos relevantes que chocan contra el orden social.

Dependiendo del contenido del documento y del alcance de la ilicitud que la parte busca demostrar con la prueba de naturaleza confidencial, puede quedar demostrado que la parte que se debate contra su producción atenta contra los principios constitucionales de protección de los relevantes intereses individuales y del propio Estado Democrático de Derecho.

En efecto, ya en el Preámbulo de la Constitución Federal, el legislador hace constar que el Estado Democrático está destinado a asegurar la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad fraternal.<sup>28</sup>

Además, constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil, construir una sociedad justa y solidaria (art. 3.º, I, Constitución Federal).

Véase, por tanto, que el pilar central del Estado de Derecho brasileño es la igualdad, la solidaridad y la justicia.

Esta trilogía refleja un verdadero núcleo constitucional de valores supremos e imperativos para el orden

jurídico y social.

La igualdad extrapola una gama significativa de derechos y realza, en el aspecto procesal, simetría de información y oportunidad; así como, el equilibrio en la relación demandante/demandado, de forma que ambos tengan la misma posibilidad y los mismos instrumentos, incluso probatorios, para que el Estado pueda, así, administrar y realizar la justicia. Justicia con efectividad. Justicia justa.

Lealtad y ética en las relaciones jurídicas y sociales, así como, en la solución de controversias, son atributos de la solidaridad. Este valor de la vida refleja una cualidad moral que encierra un deber de responsabilidad y respeto con relación a los intereses ajenos.

En efecto, el contenido probatorio de los documentos aportados por una parte puede demostrar que la otra parte disputa la cuestión objeto del arbitraje en flagrante violación a los preceptos y valores sustantivos que informan la interpretación y la aplicación de las reglas de derecho constitucional.

Al ser confidenciales los documentos de la parte, este núcleo constitucional de valores jurídico-sociales, por lo que representan, puede incluso anteponerse al derecho al secreto de la correspondencia y las comunicaciones, pues se trata este de derecho relativo y que no puede superar objetivos fundamentales que orientan el orden público brasileño.

Se tiene que resaltar, además, que a los litigantes, en proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general se les asegura el contradictorio y la amplia defensa, con los medios y recursos a ella inherentes (art. 5.º, LV, Constitución Federal).

Además, según las reglas del Proceso Civil Brasileño, aplicables al arbitraje, nadie está eximido del deber de colaborar con el Poder Judicial para descubrir la verdad (art. 339). Son deberes de las partes y de todos quienes, de cualquier forma, participan del proceso, el de exponer los hechos en juicio en conformidad con la verdad, proceder con lealtad y de buena fe y no formular pretensiones, ni alegar defensa, cuando saben que no tienen fundamento (Código de Proceso Civil, art. 14, I, II y III).

Véase que, desde el punto de vista de la ética de la igualdad, de la justicia y de la solidaridad, la legalidad en la aportación de los documentos probatorios de naturaleza confidencial, puede tener efectos favorables para la parte interesada en el descubrimiento de la verdad. Al final, tales preceptos constitucionales, por sus valores intrínsecos, limitan el derecho individual a la intimidad. En este particular, debe imperar la voluntad del Estado y de su colectividad que, con la finalidad de la plena y justa realización de la justicia, legitimaría la presentación de prueba contraria a intereses personales, aunque se haya obtenido con violación del secreto. La confidencialidad, en este caso, sería antijurídica por su finalidad.

A la luz de este presupuesto de mera argumentación (por ejemplo, confidencialidad de los documentos de la parte) y, obviamente, a la vista de los matices del caso concreto, puede no ser descabellado o desproporcionado el medio utilizado por la parte para obtener documentación considerado como confidencial, dado el fin a ser alcanzado. La proporcionalidad se inclinaría a favor de los intereses de la parte que, en el caso en cuestión, estuviera defendiéndose de una conducta inmoral e injusta de la otra parte. Una verdadera conducta antijurídica que haría legítima la pretensión, aunque los documentos fueran confidenciales.

Esta legitimidad se amplía en el caso de que el control accionario de la parte contra la que se pretende producir la prueba sea de titularidad del Estado, que tiene, consecuentemente, el deber de establecer pautas sobre sus acciones con base en el principio de moralidad (art. 37, encabezamiento, de la Constitución Federal).

Ahora bien, esta regla de conducta es lo mínimo que se puede esperar de una empresa cuyo control está en manos de quien debe dar ejemplo, es decir, del Estado.

La moralidad está indisociablemente enlazada a la buena fe y a la confianza en el ejercicio de las relaciones jurídicas y contractuales. Al deber de cooperación con la otra parte. A la lealtad procesal y al deber de no alterar la verdad de los hechos, en los términos del artículo 17, II, del Código de Proceso Civil.

Tiene que añadirse a todos los fundamentos antes expuestos el hecho de que las empresas vinculadas al Estado, normalmente, se relacionan en la esfera negocial con un poder intrínseco que las posiciona con cierta superioridad frente a sus socias privadas lo que, totalmente, duplica sus responsabilidades.

En este sentido, aunque los documentos fueran confidenciales, se produciría en beneficio de la parte que busca el acuerdo de la parte controvertida una “excluyente de antijuridicidad”, lo que debería determinar su admisión en el proceso arbitral, para todos los fines de derecho.

Por tanto, aunque confidenciales, pueden admitirse ciertos documentos en el proceso de arbitraje dado que el enfrentamiento de principios fundamentales puede militar a favor de la parte que pretende su producción y no en defensa de la propia torpeza de la parte recalcitrante.

**6. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.** El examen es el peso de cada prueba como fuente de graduación de la motivación que dará lugar a la convicción del árbitro; es un acto exclusivo de juzgador e integra la dinámica del procedimiento de análisis de los efectos, de las causas y de los elementos del proceso que conducirán a la terminación del caso concreto.

Conocedor del hecho controvertido, de los fundamentos de derecho y de los dictámenes legales que orientan la cuestión, corresponde al árbitro extraer de los elementos probatorios su convicción sobre la materia en disputa. Es acto de naturaleza subjetiva que refleja la justicia de quien juzga de acuerdo con su experiencia ordinaria y su juicio de valor.<sup>29</sup>

Se enmarca en la regla de que el juez apreciará libremente la prueba, atendiendo a los hechos y circunstancias de los autos (art. 131 del CPC).<sup>30</sup>

Según una decisión paradigmática del Superior Tribunal de Justicia: “La libre apreciación de la prueba, siempre y cuando la decisión esté fundamentada, tenidos en consideración la ley y los elementos existentes en los autos, es uno de los cánones de nuestro sistema procesal (STJ, 4.<sup>a</sup> Turma, REsp 7.870-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 03.12.1991, DJ 03.02.1992)”.<sup>31</sup>

Aunque la libertad en el análisis de las pruebas sea amplia, lo suficiente para permitir al árbitro aplicar el derecho al caso concreto, por vía de la sentencia arbitral, es un hecho que esta libertad encuentra una limitación en la motivación que la orienta. Se trata de una norma imperativa y que implica una decisión

que está imbuida en los elementos y pruebas que constan en los autos que forman el proceso y, por tanto, no ajenos a ellos. La motivación de la decisión reprime la convicción del árbitro ya que su decisión debe basarse en lo que quedó demostrado, o de lo que se pueda extraer, en el debido proceso legal. Hay que tener una racionalidad en la adopción de la libre convicción. Ésta no puede ser tan espontánea que llegue al punto de ignorar el debate procesado en el arbitraje.

Se trata, por tanto, del sistema de la libre convicción motivada, racional o del llamado sistema de persuasión racional.

Según **Ovídio A. Baptista da Silva**: *“El sistema de persuasión racional de la prueba, aunque se acepte en general la tesis de la libre convicción, impone ciertas restricciones a la legitimidad de la formación de la convicción judicial. Fundamentalmente, impone al juez la observancia de reglas lógicas y de las máximas de experiencia común; considera ilegítima, por ejemplo, una convicción que el juez haya formado exclusivamente con base en una intuición personal, incapaz de ser justificada según reglas lógicas y de sentido común. La distinción fundamental entre este sistema y el denominado sistema de la libre convicción está en que, en aquel, el juez tiene el deber de fundamentar su decisión, señalando los motivos y las circunstancias que lo llevaron a admitir la veracidad de los hechos en el que el mismo había basado la decisión. Le corresponde indicar, en la sentencia, los elementos de prueba con que formó su convicción, de tal modo que la conclusión de la sentencia guarde coherencia lógica con la prueba que consta de los autos. Esta exigencia naturalmente limita la completa libertad que el sistema de la libre convicción le daría. (...) Un resultado del sistema de persuasión racional es la facultad de iniciativa probatoria que se reconoce, con bastante ligereza, al juzgador y, sistemas modernos. Si el juez debe formar su convicción libremente, le corresponde, sin embargo, motivar, según criterios lógicos adecuados, el resultado a que llegó por medio del análisis de la prueba que consta de los autos, es natural que se le den condiciones de traer para el proceso los elementos de prueba de que él necesite, aunque las partes no los tengan propuesto”*.<sup>32</sup>

De acuerdo con **Eduardo Espínola Filho**: *“El sistema del libre convicción es, por tanto, un medio término entre los dos excesos, el sistema de las pruebas legales, que lo fuerza a juzgar por lo alegado y probado, y el juicio de conciencia, con que no se confunde, porque presupone la libre valoración de la prueba, y no la independencia, relativamente a ésta”*.<sup>33</sup>

**6.1. SISTEMA DE LA PRUEBA LEGAL.** Aunque prepondera en Brasil —y en otras jurisdicciones— el sistema de persuasión racional, no puede olvidar cierta ingerencia en nuestro ordenamiento del llamado sistema de la prueba legal.<sup>34</sup>

Por este método de valoración de pruebas se predetermina, de forma abstracta, el peso o valor que quien juzga debe, siempre, atribuir a determinadas pruebas. En efecto, el legislador limita la actuación del juzgador al imponer reglas que determinan el valor probatorio y, así, restringe y limita la discrecionalidad del juez y, por norma general, del árbitro. También se conocen como prueba tasada, pues vinculan la valoración a una tabla de valores normalizados. En suma, según **Chiovenda**, *el legislador se sustituye al juez*.<sup>35</sup>

El sistema de las pruebas legales o tasadas aunque, por un lado, confiriera mayor grado de seguridad y certeza a la valoración que va a ser llevada a cabo por el juzgador, al reducir sus potenciales deficiencias y cierta arbitrariedad en la valoración probatoria, por otro lado, impone al árbitro y al juez una camisa de

fuerza, que les impide buscar, más libremente, la verdad plena que, en consecuencia, podrá, en el sistema tasado, sujetar la verdad a aspecto meramente formal, en detrimento del justo o de la justicia, eminentemente, de corte material.

Aunque todavía persista en distintas jurisdicciones este sistema restringido y preconcebido de valoración de las pruebas, el hecho es que el sistema de la libre convicción es el más difundido por el mundo. Con él la libertad del juzgador es amplia, lo que le posibilita, en el ámbito del arbitraje, busca extraer de los elementos probatorios la verdad material.

Como afirma **Guido Santiago Tawil**: *“En este contexto, un sistema de prueba legal muy probablemente presentaría peligro de caer en desuetudo y no brindar herramientas aptas para solucionar los conflictos de acuerdo con el principio de verdad material. Reglas de procedimiento arbitrales que no se ajustaran al devenir de los usos del comercio serían rechazadas por los eventuales usuarios del sistema y socavaría la flexibilidad propia de un régimen arbitral”*.<sup>36</sup>

**6.2. VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL.** En el ámbito de arbitraje internacional, la adopción de uno u otro sistema de valoración, o incluso de ambos, dependerá, como es razonable, de la sede del arbitraje, de la ley aplicable y de la legislación atinente la posible jurisdicción donde la sentencia podrá ser reconocida.

Estas consideraciones podrán llevar el árbitro a enfrentarse con aspectos que implican las pruebas en los sistemas de common law y de *civil law*. En estos casos, la valoración de las pruebas debe ser sopesada por el árbitro, dada las peculiaridades de cada sistema.

Por ejemplo, se sabe que los civilistas dan mayor importancia a las pruebas escritas<sup>37</sup>, mientras los anglosajones valorizan, sobre manera, las declaraciones de los testigos y de los expertos.

En este particular, vale realzar la lección de **Guido Santiago Tawil** que aduce ser necesario enfrentar, en cuando la adopción de las reglas de valoración de las pruebas, las limitaciones que resulten de la ley aplicable<sup>38</sup>. En este sentido, alerta **Tawil**: *“A fin de analizar de qué modo influye la ley aplicable – ya sea al procedimiento o al fondo de la disputa —sobre el criterio que el tribunal arbitral aplicará en la apreciación de la prueba, corresponde indagar en premier lugar sobre la naturaleza de las disposiciones en materia probatoria—. Constituyen ellas normas de derecho sustantivo o meramente procesal? La respuesta que se dé a este interrogante tendrá consecuencias prácticas relevantes. En el supuesto en que la ley aplicable al procedimiento no concuerde con aquélla que regula el fondo de la disputa, su encuadre jurídico puede ser determinante para el laudo y la suerte de la controversia. Así, por ejemplo, según la visión que se adopte respecto a su naturaleza, una u otra legislación será aplicable y, en función de ello, la prueba en cuestión podrá o no ser admisible”*.<sup>39</sup>

De hecho, los presupuestos de prueba en nuestro sistema se encuentran recogidos tanto en el Código de Proceso Civil como en el Código Civil.<sup>40</sup>

Sin embargo, creo que la cuestión de la valoración de la prueba está relacionada con las reglas de enjuiciamiento y, de esta forma, se podría entender, en principio, que su naturaleza es de derecho sustantivo. Como destaca **Tawil**: *“Sin dejar de reconocer el debate existente al respecto —en particular en relación con las normas sobre admisibilidad de las pruebas— y que no puede brindarse una respuesta*



*unívoca para todos los casos ante a libertad de las partes para acordar calificaciones autónomas, nos inclinamos por considerar que las reglas de apreciación pertenecen al derecho sustantivo en tanto ello permitirá reflejar en general más acertadamente la verdadera elección de las partes. De no ser así, probablemente el laudo a dictarse no refleje adecuadamente la solución a la que se hubiera arribado en dicho sistema jurídico”.*<sup>41</sup>

**7. CONCLUSIÓN.** Con las salvedades que comporte el caso concreto, creo que debe tenerse en consideración la siguiente afirmación de **João Penido Burnier Júnior**: *“Lo importante, no obstante, es no olvidar que no existe superioridad de un medio de prueba sobre el otro, nada garantiza que un testigo que narra el hecho, que afirma haber presenciado, esté diciendo la verdad, y que otro, que describe la posición de un objeto, esté mintiendo. Será el examen del conjunto probatorio, de todas las pruebas que constan en los autos, el que formará la convicción del juez en cuanto a los hechos de la causa, sin que se pueda rechazar ninguno”.*<sup>42</sup>

De todos modos, el caso concreto y los elementos que constan en los autos, con sus inclinaciones, presunciones y confirmaciones relativas a las causas y efectos que rodean el hecho controvertido quedarán por conducir e informar al árbitro el camino de la verdad y de lo justo. Por último, aclarará y revelará la libre convicción que imprimirá sensatez a la decisión final.

En este angustiante trabajo, es bueno recordar que la búsqueda de la verdad no se agota en los límites de la dimensión jurídica, así como destaca **Michele Taruffo**<sup>43</sup>, pues tiende a proyectarse hacia fuera y a entrar en otros campos, como el de la lógica, de la epistemología y de la psicología.

Notas

1. Profesor de arbitraje en la Escuela de Derecho Fundación Getúlio Vargas (Rio de Janeiro); Coordinador y Profesor de Cursos de Posgrado en la Fundación Getúlio Vargas – GVLaw (Rio de Janeiro y São Paulo); Profesor Invitado de la Escuela de la Magistratura del Estado de Rio de Janeiro – EMERJ; Abogado y Consultor. Mis agradecimientos a Isabel Alves de Melo Miranda por la investigación realizada para el este trabajo.

2. Como ilustración, a continuación se exponen las disposiciones de los Reglamentos de algunas instituciones arbitrales:

### **1. Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) – Reglamento de Arbitraje**

“Artículo 20 – Instrucción de la causa (...)

2 Tras el examen de los escritos de las partes y de todos los documentos aportados por ellos a los debates, el tribunal arbitral oye contradictoriamente a las partes si una de ellas lo solicita; en su defecto, puede decidir de oficio oírlas.

3 El tribunal arbitral puede decidir oír a testigos, expertos propuestos por las partes, o a cualquier otra

persona, en presencia de las partes, o en su ausencia si han sido debidamente convocados.

4 El tribunal arbitral puede, tras consultar a las partes, designar a uno o varios expertos, definir sus cometidos y recibir sus dictámenes. Si una de las partes lo solicita, se ha de prever la posibilidad de interrogar tras una audiencia al experto o expertos designados por el tribunal arbitral.

5 En cualquier momento del procedimiento, el tribunal arbitral puede solicitar a las partes que propongan la prueba supletoria que consideran oportuna.”

([http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/pdf\\_documents/rules/rules\\_arb\\_brazilian.pdf](http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/pdf_documents/rules/rules_arb_brazilian.pdf))

## **2. American Arbitration Association (AAA) – International Dispute Resolution Procedures (Including Mediation and Arbitration Rules) – (ICDR)**

"Evidence - Article 19 (...)

2. The tribunal may order a party to deliver to the tribunal and to the other parties a summary of the documents and other evidence which that party intends to present in support of its claim, counterclaim or defense.

3. At any time during the proceedings, the tribunal may order parties to produce other documents, exhibits or other evidence it deems necessary or appropriate.”

(<http://www.adr.org/sp.asp?id=28144>)

## **3. Cámara de Comercio Brasil-Canadá (CCBC) - Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación**

"SECCIÓN 9 – PROCEDIMIENTO

(...)

9.5. Las partes pueden presentar todas las pruebas que estimen útiles para la instrucción del procedimiento y el esclarecimiento de los árbitros. Las partes deben, además, presentar las demás pruebas disponibles que cualquier miembro del tribunal arbitral juzgue necesarias para comprender y solucionar la controversia. Corresponderá al tribunal arbitral aceptar las pruebas útiles, necesarias y pertinentes.”

(<http://www.ccbc.org.br/arbitragem1.asp?subcategoria=regulamento%20portugues>)

## **4. Cámara Americana de Comercio (AMCHAM) – Reglamento del Centro de Arbitraje**

“IX. Del Procedimiento Arbitral

(...)

9.5. Corresponderá al tribunal arbitral decidir la producción de pruebas solicitadas por las partes o determinar la realización de las que entienda oportunas.”

([http://www.amcham.com.br/servicos/arbitragem/informativo2006-03-29a\\_arquivo.pdf](http://www.amcham.com.br/servicos/arbitragem/informativo2006-03-29a_arquivo.pdf))

## **5. Cámara de Mediación y Arbitraje del Centro de las Industrias del Estado de São Paulo (CIESP) – Reglamento de Arbitraje**

“8. Del Procedimiento

(...)

8.5 - Las partes pueden presentar todas las pruebas que estimen útiles para la instrucción del procedimiento y el esclarecimiento de los árbitros. Las partes deben, además, presentar las demás pruebas disponibles que cualquier miembro del tribunal arbitral juzgue necesarias para comprender y solucionar la controversia. Corresponderá al tribunal arbitral aceptar las pruebas útiles, necesarias y pertinentes.”

([http://www.camaradearbitragemsp.org.br/leis/frc\\_meio.htm](http://www.camaradearbitragemsp.org.br/leis/frc_meio.htm))

## **6. Cámara FGV de Conciliación y Arbitraje – Reglamento**

“Sección III – Procedimiento Arbitral

(...)

Art. 46 – Si considera necesarias las pruebas, el tribunal arbitral determinará el modo por el que se producirán y determinará el plazo de 10 (diez) días para llevarlas a cabo.

Párrafo único – Se asegura a las partes el derecho de seguir la producción de las pruebas, incluso interrogar a testigos y, en caso de prueba pericial, el de presentar preguntas.

Art. 47 – Concluida la etapa probatoria, se fijará fecha para la audiencia en la que las partes podrán presentar alegaciones finales, de forma oral o por escrito, el tribunal arbitral está facultado para solicitar la comparecencia de personas cuya presencia se considere necesaria para lograr la convicción de los juzgadores.”

([http://www2.fgv.br/camarafgv/asp/dsp\\_capitulo4.asp](http://www2.fgv.br/camarafgv/asp/dsp_capitulo4.asp))

## **7. Centro Brasileño de Mediación y Arbitraje – Reglamento de Arbitraje**

“9 – Pruebas

9.1. Cada parte tendrá la carga de probar los hechos que fundamentan su derecho. No obstante, en cualquier etapa del procedimiento, el Tribunal podrá determinar que las partes produzcan las pruebas que juzgue necesarias o apropiadas.

9.2. La entrega de material confidencial será objeto de específica consideración por parte del Tribunal sobre su conveniencia y oportunidad, obedecidas las disposiciones habidas entre las partes.

(...)

9.4. Si una parte debidamente convocada para realizar la prueba o tomar cualquier otra medida no lo hiciera dentro del plazo establecido por el Tribunal, sin presentar motivo justificado para ello, éste podrá proferir la decisión arbitral con las pruebas presentadas.

9.5. Podrá admitirse prueba pericial a solicitud de las partes o cuando, a criterio del Tribunal, sea necesaria para elucidar la cuestión. Las partes tendrán el plazo común de 6 días para presentar preguntas y designar técnicos, si así lo entiende el Tribunal.”

(<http://www.unb.br/fd/gt/conteudo/Regulamento-CBMA.pdf>)

## **8. IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration**

“Article 9 – Admissibility and Assessment of Evidence

1. The Arbitral Tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of evidence.

2. The Arbitral Tribunal shall, at the request of a Party or on its own motion, exclude from evidence or production any document, statement, oral testimony or inspection for any of the following reasons:

lack of sufficient relevance or materiality;

legal impediment or privilege under the legal or ethical rules determined by the Arbitral Tribunal to be applicable;

unreasonable burden to produce the requested evidence;

loss or destruction of the document that has been reasonably shown to have occurred;

grounds of commercial or technical confidentiality that the Arbitral Tribunal determines to be compelling;

grounds of special political or institutional sensitivity (including evidence that has been classified as secret by a government or a public international institution) that the Arbitral Tribunal determines to be compelling; or

considerations of fairness or equality of the Parties that the Arbitral Tribunal determines to be compelling.

3. The Arbitral Tribunal may, where appropriate, make necessary arrangements to permit evidence to be considered subject to suitable confidentiality protection.

4. If a Party fails without satisfactory explanation to produce any document requested in a Request to

Produce to which it has not objected in due time or fails to produce any document ordered to be produced by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal may infer that such document would be adverse to the interests of that Party.

5. If a Party fails without satisfactory explanation to make available any other relevant evidence, including testimony, sought by one Party to which the Party to whom the request was addressed has not objected in due time or fails to make available any evidence, including testimony, ordered by the Arbitral Tribunal to be produced, the Arbitral Tribunal may infer that such evidence would be adverse to the interests of that Party.”

([http://www.ibanet.org/images/downloads/IBA rules on the taking of Evidence.pdf](http://www.ibanet.org/images/downloads/IBA_rules_on_the_taking_of_Evidence.pdf))

## **9. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) – Arbitration Rules**

“EVIDENCE AND HEARINGS (ARTICLES 24 AND 25)

Article 24

(...)

2. The arbitral tribunal may, if it considers it appropriate, require a party to deliver to the tribunal and to the other party, within such a period of time as the arbitral tribunal shall decide, a summary of the documents and other evidence which that party intends to present in support of the facts in issue set out in his statement of claim or statement of defense.

3. At any time during the arbitral proceedings the arbitral tribunal may require the parties to produce documents, exhibits or other evidence within such a period of time as the tribunal shall determine.

Article 25

(...)

2. If witnesses are to be heard, at least fifteen days before the hearing each party shall communicate to the arbitral tribunal and to the other party the names and addresses of the witnesses he intends to present, the subject upon and the languages in which such witnesses will give their testimony.

(...)

5. Evidence of witnesses may also be presented in the form of written statements signed by them.

6. The arbitral tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence offered.”

(<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>)

3 “Los momentos de la prueba en el proceso civil brasileño son el de la proposición por la parte, la

admisión por el juez, la realización mediante participación de todos los sujetos procesales y la valoración, que compete al juez con exclusividad. La doctrina suele dar a las actividades de realización de la prueba el nombre de producción. Pero producción de prueba, en derecho procesal, no son las actividades destinadas a su creación, como en el lenguaje común, sino el acto de traerlas. Producir viene del latín *producere*, que significa conducir al frente o llevar adelante. Además, el Código de Proceso Civil usa el vocablo producción para designar el conjunto de medidas referentes al iter probatorio y no solamente los actos de extracción de elementos de convicción (arts. 407-419, incluidos en la rúbrica de la producción de la prueba testifical). Por ello, al menos en el derecho positivo brasileño es más adecuado designar como producción de la prueba a todo el conjunto de actividades que van desde la proposición, cuando la parte indica al juez la fuente de prueba que pretende utilizar (ella produce el medio de prueba), hasta su realización mediante las formas procedimentales determinadas por la ley. De este modo, aquellos cuatro polos se reducen a dos: la producción y la valoración de la prueba, de manera que el primero se compone de la proposición, la admisión y la realización de la prueba” (Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 89).

4. Francesco Carnelutti. *La Prueba Civil*, 2.<sup>a</sup> ed.. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, pp. 15/16.

5. Según sostiene el autor: “ El aspecto importante consiste en establecer que, en la decisión, todos los hechos que se deben determinar, y sólo ellos, son aquellos a los que se aplica la norma usada como criterio jurídico de decisión. Se trata del concepto de relevancia jurídica del hecho, conocido también por los juristas con otras expresiones sinónimas (hecho jurídico, hecho constitutivo, hecho principal, etc.). El objeto de la decisión es el hecho que la norma define y califica como relevante, es decir, como punto de referencia de los efectos que la norma misma prevé. Es la norma, en otros términos, la que funciona como criterio de selección, en el sentido de individualizar entre los infinitos sucesos del mundo real aquellos que asumen relevancia específica para su aplicación. Si, y sólo si, en la concreta situación planteada en juicio, este criterio funciona con resultados positivos, entonces la norma es aplicable a ese hecho y éste es objeto de la decisión y, por tanto, objeto de prueba”. (Michele Taruffo. *La Prueba de los Hechos*. Jordi Ferrer Beltrán (trad.). Madrid: Editorial Trotta, 2002, pp. 97/98).

6. Op. cit. , pp. 119/120.

7. João Penido Burnier Júnior. *Teoria Geral da Prova*. São Paulo: Edicamp, 2001, pp. 66/67.

8. Op. cit. , pp. 455/456.

9. Hágase constar que, en los términos del artículo 212, IV, del Código Civil, el hecho jurídico puede ser probado mediante presunción.

10. Apud Cesar Antonio da Silva. *Ônus e Qualidade da Prova Cível*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 107.

11. *Ibidem*

12. Op. cit. , pp. 191/192.

13. Cf. Michele Taruffo, op. cit., p. 471.

14. Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 113.

15. “- l’ammissibilità è un requisito di legalità della prova (così Liebman), in quanto questa, per essere ammessa, dev’essere consentita dalla legge (ad es. non sí può provare per testi un patto contrario al contenuto di un documento e coevo alla formazione del medesimo: art. 2272 c.c.);

- la rilevanza implica invece un giudizio preliminare di utilità della prova (Liebman), nel senso che il fatto da provare deve essere rilevante per la decisione e la prova deve essere efficace e non superflua per la dimostrazione di tale fatto” (Isidoro Barbagallo. *La Prova Testimoniale*. Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 169).

16. Según Isidoro Barbagallo: “Per quanto concerne l’attività di valutazione della rilevanza delle prove richieste dalle parti e della loro ammissibilità, può essere interessante riportare l’opinione di un magistrato il quale non a torto ha rilevato che: si tratta di una delibazione delicatissima, perché involge la qualificazione della domanda e di singolo fatto addotto rispettivamente quale costitutivo ovvero impeditivo, modificativo od estintivo in rapporto alle tesi addotte dalle parti tra loro in contraddittorio; e, al tempo stesso, è una delibazione che attiene però alla valutazione delle istanze istruttorie quali presupposti di una decisione finale; in altre parole, la valutazione della prova impegna, presupponendola (se non anche persino anticipandola o condizionandola) più o meno direttamente tutta la decisione della causa” (Isidoro Barbagallo. *La Prova Testimoniale*. Milano: Giuffrè Editore, 2002, pp. 169/170). Para Cesareo Consolo, “Affermativa o negativa che voglia provarsi, è necessario che i fatti dedotti siano coerenti al fine che si propone l’attore o il convenuto; insomma che abbiano, come suol dirsi, pertinenza, quae pertinent ad causam, che siano concludenti allo scopo, che esercitino influenza sulla causa” (Cesareo Consolo. *Trattato della Prova per Testimoni e del Relativo Procedimento d’Esame*. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1904, pp. 13/14). Como señala Sentis Melendo (op. cit., p. 282): “La relevancia guarda estrecha relación con la conducencia. Nuestros códigos suelen iniciar la regulación de la prueba diciendo que el juez recibirá la causa a prueba “siempre que se hayan alegado hechos conducentes” (art. 104 del derogado Código de la Capital, y art. 360 del nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y sus correspondientes entre los derogados y los nuevos, de las distintas provincias). “Hechos conducentes” es una expresión perfecta; esto es, hecho que conduzca, que lleve, a algún resultado práctico a alguna meta”.

17. Op. cit. , p. 366.

18. J. E. Carreira Alvim. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 377.

19. Francisco Cláudio de Almeida Santos. “As Provas no Procedimento Arbitral”. *Revista de Processo*, ano 22, n. 88, out./dez. 1997, p. 88.

20. Isidoro Barbagallo. *La Prova Testimoniale*. Milano: Giuffrè Editore, 2002, pp. 170-171.

21. STJ, 1.<sup>a</sup> Turma, AgRg no REsp 614221 / PR, Rel. Min. José Delgado, j. 18.05.2004, DJ 07.06.2004, p. 171.

22. STJ, 5.<sup>a</sup> Turma, RHC 13918 / CE, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 25.05.2004, DJ 01.07.2004, p. 215.

23. STJ, 1ª Turma, REsp 637547 / RJ, Rel. Min. José Delgado, j. 10.08.2004, DJ 13.09.2004, p. 186. De forma adicional, caben analizar los siguientes precedentes del Superior Tribunal de Justicia:

“ RESUMEN DE SENTENCIA – 1. El juzgador no está obligado a decidir en conformidad con las alegaciones de las partes, sino mediante la apreciación de los aspectos pertinentes al juicio, de acuerdo con su libre convicción. "La necesidad de producir determinadas pruebas se encuentra sometida al principio de la libre convicción del juez, ante las circunstancias de cada caso" (AgRgAg n° 80.445/SP, Rel. el Sr. Ministro Cláudio Santos, DJ de 05/02/96).

INFORME – Cabe observar que el Magistrado no está obligado a juzgar la cuestión sometida a su examen de acuerdo con el entendimiento de las partes, sino con la propia orientación, para lo que se servirá de los hechos, pruebas, aspectos pertinentes al tema, jurisprudencia pacífica y de la legislación adoptada como pertinente al caso concreto.

(...)

Véase, por tanto, que, después de analizar los presentes autos y las pruebas aportadas, los juzgadores afirmaron su convicción, fundamentando debidamente el “decisum” en el sentido de que no hay necesidad de producir otras pruebas. No se configura, por tanto, el alegado menoscabo de la defensa con el conocimiento anticipado del litigio.

(...)

VOTO – La demandante insiste en que hubo menoscabo de la defensa derivado de la no realización de la prueba pericial solicitada "para verificar la existencia y extensión de los alegados daños sufridos por el recurrente, así como del nexo de causalidad" (fls. 336).

(...)

Véase, así, que los juzgadores afirmaron su convicción tras un detenido examen de los documentos que constan en los autos, habiendo concluido que no hay necesidad de producir otras pruebas mediante decisión suficientemente fundamentada al excluir el alegado menoscabo de la defensa. Como ya ha quedado ampliamente demostrado en el despacho ahora recurrido, el juzgador no está obligado a decidir de acuerdo con las alegaciones de las partes, sino mediante la apreciación de los aspectos pertinentes al juicio, en conformidad con su libre convicción. "La necesidad de producir determinadas pruebas se halla sometida al principio de la libre convicción del juez, ante las circunstancias de cada caso" (AgRgAg n.º 80.445/SP, 3.ª Turma, Rel. el Sr. Ministro Cláudio Santos , DJ de 05/02/96)" (fls. 152). Veamos los resúmenes de sentencias los siguientes precedentes:

"Recurso especial. Prueba pericial. Menoscabo de la defensa. 1. La simple solicitud de pruebas no hace que su admisión sea imperativa, el juez puede, ante el escenario de los autos dispensarlas, si se evidencia la no necesidad de su producción ." (STJ, 3.ª Turma, AgRg no Ag 462264 / PB, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 25.11.2002, DJ 10.03.2003, p. 206).

“ RESUMEN DE SENTENCIA – PROCESAL. RECURSOS CONTRA LA EJECUCIÓN. SOLICITUD DE PRUEBA PERICIAL Y TESTIFICAL. AVAL DADO POR SOCIO GERENTE.



RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA. DISCUSIÓN SOBRE ACTO PRACTICADO CON EXCESO DE PODER IRRELEVANTE. MENOSCABO DE LA DEFENSA NO CONFIGURADO.

I. Es posible en el juicio de instrucción dispensar de las pruebas solicitadas por la parte, cuando sean innecesarias para conocer la causa, lo que se verificó en la hipótesis de los autos.

II. Recurso rechazado.

(...)

VOTO – Ya se decidió: ‘MENOSCABO DE LA DEFENSA. Recursos del deudor. Conocimiento anticipado. Aplicación del párrafo único del artículo 740 del CPC. La prueba testifical no tiene fuerza para oponerse a un título cambiario revestido de los requisitos formales. AVAL. Cheque. Obligación cambiaria regularmente asumida. No se sostiene la alegación de que se otorgó el aval por equivocación. Recurso desestimado’ (Ap. Civ. N. 49.296, de Sombrio, Rel. Des. Nestor Silveira, DJ 9.336, de 10-10-95, pág. 10).

Se sabe que no hay menoscabo de la defensa cuando, con la prudente discrecionalidad del juez, la materia cuestionada, por dispensar la producción de otras pruebas en la audiencia, permite el conocimiento anticipado del litigio, como en el supuesto en estudio. El Superior Tribunal de Justicia fijó: ‘PROCESAL CIVIL. MENOSCABO DE LA DEFENSA. Ausencia de hecho a probar. No hay menoscabo de la defensa cuando, según los términos de los piezas para la postulación, no hay hecho a probar en audiencia, con lo que se impone el conocimiento anticipado del litigio.’ (REsp n. 21.298-DF, Rel. Min. Dias Trindade, DJU n. 117, de 22.6.92, pág. 9.759). O también: ‘PRUEBA. MENOSCABO DE LA DEFENSA. Al no ser necesario producir prueba en audiencia, se permite al juez conocer anticipadamente el litigio. Recurso especial no conocido.’ (REsp n. 5.525-RS, Min. Barros Monteiro, DJU n. 119, de 24.6.91, pág. 8.642).” (STJ, 4ª Turma, AgRgAg 183.050 / SC, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 29.08.2000, DJ 13.11.2000, p. 146).

“ RESUMEN DE SENTENCIA – 2. La prueba pericial puede ser denegada en virtud del mandato del artículo 420, párrafo único, del Código de Proceso Civil, como en el caso de los autos, cuando la prueba del hecho no dependa del conocimiento especial de técnico y sea innecesaria en vista de otras pruebas producidas, lo que, incluso, permite buscar la aplicación de la sentencia n.º 007/STJ, en los términos explicitados por la fallo recurrido.

(...)

VOTO – En realidad, los demandantes imaginan que solo el hecho de haber solicitado la producción de pruebas hace imperativa su denegación, lo que, a todas luces, no es verdad. El juez es el destinatario de la prueba. El eje de la solicitud, de hecho, es la prueba pericial contable, considerando la impugnación sobre el valor inicial de la deuda. El fallo recurrido rechazó la argumentación de los demandantes, de forma muy clara al afirmar, verbis: ‘Al contrario, consta de este contrato de confesión de reescalonamiento de deuda que el saldo deudor era de NCz\$ 17.563.108,06 originario de otras operaciones vencidas en noviembre de 1990, de lo cual fue amortizada la cuantía de NCz\$ 11.063.108,06, con lo que resulta que la deuda confesada es de NCz\$ 6.500.000,00.’ (fls. 57). En la línea del mandato del artículo 420, párrafo único, del Código de Proceso Civil, el juez denegará la prueba pericial cuando: I – la prueba del hecho no

dependa del conocimiento especial de técnico, y II – sea innecesaria en vista de otras pruebas producidas, lo que así se aplica al presente caso, que, además, ante esta particular circunstancia, puede, incluso, buscar la aplicación de la sentencia n.º 07, STJ. Concretamente, no hay como configurar el alegado menoscabo de la defensa, y queda, por tanto, baldío el especial por la línea ‘a’ .” (STJ, 3.ª Turma, REsp 50020 / PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 03.09.1996, DJ 14.10.1996, p. 39000).

24. Buena parte de la doctrina adopta, también, posición flexible en cuanto a la admisión de pruebas obtenidas por medio ilícito, por la adopción del principio de proporcionalidad. Se puede citar, por todos los juristas, la lección de José Carlos Barbosa Moreira: “Sea como sea, lo esencial aquí es realzar el carácter relativo que por fuerza se tiene que atribuir al principio constitucional atinente a la inadmisibilidad de las pruebas ilícitamente adquiridas. Visto que, incluso entre los juristas más comprometidos con la tesis de la prohibición, se acaba admitiendo que ésta no se aplica de modo automático e indiscriminado en cualesquiera circunstancias, queda abierta la posibilidad de una construcción jurisprudencial que tome en la debida cuenta las variables necesidades sociales (...) La posibilidad de probar alegaciones en juicio está incluida en la de someter a la apreciación del Poder Judicial cualquier lesión o amenaza al derecho (Constitución, art. 5.º, n.º XXXV). No parece razonable que siempre se tenga que anteponer, abstrayéndose de todo lo demás, la preservación de la intimidad de quien tenga motivo para suponer que puede haber incidido, estar incidiendo, o en vías de incidir, en algún comportamiento antijurídico. De ahí la conveniencia de dejar al aplicador de la norma restrictiva un determinado margen de flexibilidad en el respectivo manejo. Solo la atenta ponderación comparativa de los intereses en juego en el caso concreto se presenta capaz de permitir llegar a una solución conforme a la Justicia. Es justo a esto lo que busca el recurso al principio de proporcionalidad.” (in *Temas de Direito Processual*, 6a. série, São Paulo, Saraiva, 1997, pp. 113-114)

25. Recurso Ordinario en Mandato de Seguridad n.º 10.857 – São Paulo, Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, unanimidad, Ministro Rel. Félix Fischer, juzgado el 16/03/2000.

26. Pleno del Supremo Tribunal Federal, mayoría, Ministro Rel. Nelson Jobim, juzgado el 11/03/1998.

27. Agravo de instrumento [recurso de apelación especial] n.º 70005684808, 2.ª Câmara Especial Cível, Relator Nereu José Giacomolli, juzgado el 11/03/2003.

28. Según las palabras del jurista portugués José Joaquim Gomes Canotilho: “Sin embargo, el preámbulo no es jurídicamente irrelevante. Forma parte del documento constitucional, aprobado con la Constitución. Su valor jurídico es, no obstante, subordinado. Funciona como elemento de interpretación —y eventualmente de integración— de las normas constitucionales (...) Pero el preámbulo desempeña además otra importante función constitucional. Expresa, por así decir, el título de legitimidad de la Constitución, tanto en cuanto a su origen, como a su contenido (legitimidad constitucional material)”. Apud, Celso Ribeiro Bastos; Ives Gandra Martins. *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 1. São Paulo, Saraiva, 1988, p. 409.

29. “El juez llega a esta convicción gracias a principios generales fundados en la experiencia los cuales en parte comprenden los resultados de investigaciones científicas, en parte derivan de la observación de la vida y de la conducta de los hombres. Con ayuda de estos principios, el juez examina el valor probatorio

de los medios de prueba, en particular, de las declaraciones de los testigos, y al mismo tiempo resuelve si estos medios son capaces de fundar, en su interior, la convicción de la verdad de los hechos discutidos. (...) Así, en virtud de su libre apreciación de la prueba, el juez considera probado lo que según la experiencia constituye una regla de la vida, en tanto que no se presenten circunstancias que excluyen la aplicación de esta regla. De otro modo no se puede mostrar ningún suceso histórico. Pues la insuficiencia de los medios por los cuales podemos conocer la verdad de hechos pasados, y la imperfección de la capacidad del conocimiento humano hacen que no podamos averiguar con certeza absoluta el comienzo, el desarrollo, las circunstancias acompañantes de un suceso, como es factible y necesario tratándose de la prueba de principios científicos, sobre todo, en la matemática. Un error es siempre posible, y siempre es concebible que el suceso haya ocurrido de un modo distinto. Pero tal como en la vida, admitimos y suponemos siempre como verídico aquello que corresponde al rumbo ordinario de las cosas y a su curso natural, tal como todas las decisiones humanas, en el mejor de los casos se hacen guiar por un alto grado de probabilidad, así también el juez del proceso debe contentarse con este alto grado de probabilidad, el máximo realizable cuando se trata de comprobar sucesos reales. El juez que gracias a su instrucción y educación está al nivel de la cultura de su época y que por su actividad práctica conoce la situación de su país y de su distrito, las ideas y costumbres de su pueblo, no debe dudar en un caso en que cualquier otra persona razonable que sepa apreciar claramente las condiciones de la vida estaría convencida: en tal caso debe considerar lograda la prueba de la verdad, sin preocuparse de que dentro del dominio inmenso de las posibilidades lo contrario no es, desde luego, inimaginable. Pues ninguna prueba que tenga por objeto la comprobación de afirmaciones de hecho puede más que convencer a un hombre razonable y experimentado. Por eso, cada parte responde a su carga de la prueba mostrando circunstancias que de acuerdo con la regla de la vida justifican concluir de ellas con respecto a la verdad de los hechos que debe afirmar y que afirma; entonces, tranquilamente puede dejarse a la contraprueba de la otra parte, alegar las circunstancias especiales que, excepcionalmente, hacen parecer inadecuada la aplicación de ese principio fundado en la experiencia.” (Leo Rosenberg. *La Carga de la Prueba*, Ernesto Krotoschin (traductor), 2.<sup>a</sup> ed.. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda, 2002, pp. 213/214). Según el artículo 335 del CPC, ante la falta de normas jurídicas particulares, el juez aplicará las reglas de la experiencia común proporcionados por la observación de lo que ordinariamente ocurre y de las reglas de experiencia técnica, salvaguardando, en cuanto a esta última, el examen pericial. Ya decidió la justicia ordinaria que: “El juez no puede rechazar las reglas de experiencia común cuando dicta la sentencia. Es decir, el juez debe valorar y apreciar las pruebas de los autos, pero al hacerlo puede y debe servirse de su experiencia y de los que comúnmente ocurre” (JTA 121/391 – Nota 2 ao art. 335, Theotonio Negrão 36.<sup>a</sup> Edição, actualizado hasta enero de 2004).

30. “Así es la regla de la libre convicción, que probablemente representa el más importante entre todos los pilares del derecho probatorio. Sus premisas son la necesidad de juzgar según las imposiciones de la justicia en cada caso y la consciencia de la incapacidad del legislador para prever tan minuciosamente todas las situaciones posibles, que le fuera factible dictar tablas en las que se indique el valor probatorio de cada fuente o medio de prueba, en cada situación imaginable. La esperanza de que esto pudiera llevarse a cabo un día constituiría una ingenua quimera y un absurdo enorme.” (Cândido Rangel Dinamarco, *op. cit.*, p. 102.)

31. Theotonio Negrão; José Roberto F. Gouvêa. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 36.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 240.

32. *Curso de Processo Civil*, v. 1, 7.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 332/333.

33. Apud Cesar Antonio da Silva, op. cit., p. 62.

34. En Brasil, a pesar de que prevalece el sistema de la persuasión racional, en algunas situaciones jurídicas el legislador adoptó, de cierto modo, el sistema de pruebas legales. Ejemplos de ello los tenemos en el artículo 215 del Código Civil, donde se recoge que la escritura pública es un documento dotado de fe pública, que hace prueba plena; de acuerdo con el artículo 221 CC, el instrumento particular, hecho y firmado, o únicamente firmado por quien esté en la libre disposición y administración de sus bienes, prueba las obligaciones convencionales de cualquier valor; el artículo 219 CC, afirma que las declaraciones que figuran en los documentos firmados se presumen verdaderos con relación a los signatarios; según el artículo 225 CC, las reproducciones fotográficas, cinematográficas, los registros fonográficos y, en general, cualesquiera otras reproducciones mecánicas o electrónicas de hechos o de cosas hacen prueba plena de ellos, si la parte, contra quienes se exhibieron, no impugna su exactitud. El CPC, en su artículo 401 establece que la prueba exclusivamente testifical solo se admite en los contratos cuyo valor no exceda el décuplo del mayor salario mínimo vigente en el país, al tiempo en que se celebraron (esta disposición también se recoge en el Código Civil (art. 227)).

35. Apud Sentis Melendo, op. cit., p. 248.

36. “Los Sistemas de Valoración de la Prueba y el Arbitraje Internacional”. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, ano 3, v. 8, jan./mar. 2006, pp. 217/218.

37. De acuerdo con el artículo 227, párrafo único, del Código Civil. Cualquier que sea el valor del negocio jurídico, la prueba testifical es admisible como subsidiaria o complementaria de la prueba por escrito.

38. Op. cit ., p. 221.

39. Op. cit ., pp. 221/222.

40. El Código Civil dedica el Título V al tema De las Pruebas (arts. 212 a 232), además de disponer sobre la materia en distintos pasajes, tales como en los artículos 758, 819, 987 y 646. El Código de Proceso Civil, a su vez, trata las Pruebas en el Capítulo VI (arts. 332 a 443).

41. Op. cit ., p. 225.

42. Op. cit ., p. 67.

43. Op. cit ., p. 22.