



EL EXAMEN DE TESTIGOS EN EL ARBITRAJE*

WITNESS EXAMINATION IN ARBITRATION*

From the work by Martin Scheinmam

El examen directo de los testigos es el que hace la parte que los propone en presencia del tribunal arbitral y en la audiencia convocada para tales efectos. Se hace o bien solicitando al testigo que presente su evidencia en forma narrativa, o requiriendo respuestas a preguntas específicas. Generalmente se determina el mejor modo según las características del testigo. Si no son reticentes, si hablan claramente, su credibilidad será mayor a través del relato. En cambio, si no se expresan bien, o son confusos o negativos puede ser mejor llegar el punto deseado mediante respuestas a preguntas específicas,

La mayoría de la literatura sobre el examen directo de testigos en el arbitraje se concentra en el asunto de las preguntas guiadas (leading questions), que son aquellas que sugieren su propia respuesta, y la necesidad de asegurar que la evidencia aducida realmente es la del testigo y no lo que el abogado haya puesto en su boca. Comúnmente se dice que preguntas guiadas no se permiten en un examen directo, pero que si se aceptan en asuntos preliminares como antecedentes del testigo, curriculum vitae, direcciones, ubicaciones. El árbitro mismo puede preferir el uso de preguntas guiadas para evitar invertir tiempo innecesario en hechos no controvertidos. La falta de objeción a las preguntas guiadas sobre hechos materiales, normalmente significa que no hay controversia sobre ellos. Pero si hay objeción de parte, o si el árbitro considera que es preferible que el testigo declare sin ayuda, deben restringirse las preguntas guiadas adicionales.

El interrogatorio (cross examination) se refiere al examen del testigo por la contraparte. Su propósito es el de reexaminar al testigo sobre la evidencia que ofreció durante el examen directo, de probar la veracidad de esa evidencia, o de clarificarla. En el arbitraje como sistema adversarial, el interrogatorio es un derecho básico y es crucial al concepto de una audiencia justa. Lo subyacente de esta idea es que al requerir que cada parte adversa o impugna la otra, los hechos verdaderos serán discernidos por quien conoce el caso. Es por esta razón que algunos árbitros, aun al admitirlos en evidencia, dan poco peso a declaraciones escritas por personas no presentes en la audiencia, y otros árbitros, con objeción de la contraparte, rechazan admitirlos. En estos casos, poco se agrega al valor de las declaraciones el hecho hacerse bajo juramento, pues bajo juramento o no, la contraparte no tiene la oportunidad para cuestionar a la persona en interrogatorio, ni puede el árbitro observarle cuando atestigua en examen directo o en interrogatorio.

La mayoría de los comentaristas consideran que el interrogatorio no debe ser restringido solo al alcance del examen directo, y especialmente cuando esta en juego la credibilidad del testigo, sino que se debe permitirse una razonable flexibilidad. El consenso es que el interrogatorio no debe ser interrumpido salvo por preguntas que (1) no

Direct witness examination is made by the proposing party in the presence of the arbitration court and the audience convened for that purpose. It is performed whether through requesting the witness to present evidence in a narrative form or soliciting answers to specific questions. Generally, the best method is determined in accordance to the characteristics of the witness. If the witness is not reticent and speaks clearly, their testimony will have more credibility. But, if the witness does not express well, is negative or confusing, it may be better to reach the intended issue by giving answers to specific questions.

Most literature about direct witness examination in arbitration is focused on leading questions, which are questions that suggest their own answer, and the need to assure that the evidence produced is the true evidence of the witness and not of what the attorney is leading him to produce. It has been commonly said that leading questions are not allowed in direct examination, but they are accepted in preliminary issues such as records, resumes, addresses and locations of the witness, among others. The arbitrator may even prefer to use of leading questions to avoid wasting unnecessary time in non disputed facts. The lack of objection to leading questions regarding material facts generally implies that there is no controversy regarding such facts. However, if the other party has an objection, or if the arbitrator believes that it is preferable that the witness declares without any help, the use of any additional leading questions should be restricted.

Cross examination refers to the examination of the witness by the opposing party. It is performed to reexamine the witness about the evidence offered during direct examination, to prove the truthfulness of such evidence or to clarify the same. In arbitration as an adversarial system, cross examination is a basic right and is crucial to the concept of a fair hearing. The underlying concept of this idea is that, by requiring each opposing party to question the other, the true facts will be discerned by those hearing the case. For that reason, some arbitrators, even when admitted into evidence, give little value to written declarations of persons not present in the hearing and other arbitrators, with objection of the opposing party, reject their admission. In these cases, the fact of being under oath adds little to the value of the declarations because, under oath or not, the opposing party does not have the opportunity to cross examine the witness, and the arbitrator cannot observe the witness during direct or cross examination.

Most scholars consider that examination should not be restricted to the scope of direct examination, especially when the credibility of the witness is at stake, but that it must have certain flexibility. Generally, the consensus is that examination should not be interrupted except for questions that: (1) bear no relation to the dispute, (2) the witness is not competent to answer, (3) the witness has been intimidated or abused, (4) are so complex that they cannot be cleverly answered, or (5) are repetitive.

Objections

In the event of an objection, the arbitrator will usually ask the objecting party its basis for the objection. At that time, the attorney must clearly and logically prove the reasons for which the arbitrator should exclude the question and the answer. Usually, the arbitrator will decide on the objection whether by sustaining it, overruling it or reserving it for another appropriate time. The arbitrator will also explain the basis of his decision. When the attorney believes the evidence or argument is improper, the purpose of the objection is to warn the arbitrator. But, according to the general trend in favor of admissibility in arbitration, the purpose of the objection is not so much to prevent the admissibility of evidence as to encourage the arbitrator to give less value to the evidence. It has been said that objections may be used as a warning to the arbitrator that, in the opinion of the objecting party, the evidence is either irrelevant or has little value.

guardan ninguna relación con la disputa, (2) el testigo no es competente para responder, (3) el testigo esta siendo intimidado o abusado, (4) las preguntas son tan complejas que no pueden ser respondidas inteligentemente, o (5) las preguntas son repetitivas.

Objecciones

Cuando hay una objeción, el arbitro normalmente preguntará a la parte que la interpone las bases de la objeción. En este momento el abogado debe demostrar, con claridad y lógica, las razones por las cuales el árbitro debe excluir la pregunta y la respuesta. Usualmente, el árbitro decidirá sobre la objeción, bien sosteniéndola, negándola, o reservándose su juicio hasta otro momento. El árbitro también explicará los fundamentos de su decisión. Cuando el abogado sienta que la evidencia o argumento sea impropio, una objeción sirve al propósito de señalar una advertencia al árbitro. Pero, según la tendencia general a favor de la admisibilidad en arbitraje, la objeción normalmente no es tanto para evitar la admisibilidad sino estimular al árbitro a dar poco peso a la evidencia. Se ha dicho que las objeciones pueden ser usadas como una señal al árbitro que en opinión de la parte que objeta, la evidencia es o bien irrelevante o merece poco peso.

El levantar una objeción para llamar la atención del arbitro sobre la desconfianza del testimonio de oídas, la irrelevancia de cierta materia, o el hecho de que siendo claro el contrato, pero la evidencia no tiene cabida, puede servir para satisfacer al abogado tanto como una declaración de inadmisibilidad. Claro esta, hay asuntos como ofertas de componenda, que pueden conducir una objeción a la inadmisibilidad de la evidencia. Las objeciones no deben ser repetitivas y deben ser plausibles. No deben hacerse objeciones capciosas, o innecesarias sobre los argumentos de la otra parte. La interrupción hace perder tiempo y confunde los asuntos. El árbitro sabrá, sin duda, y sin que se objete más de una vez, cuando esta frente a un testimonio débil.

¿Deben o no los árbitros formular preguntas a los participantes?

Admitido que bajo el sistema adversarial del arbitraje, los abogados mismos deben presentar los hechos y argumentos relevantes, muchos creen que un arbitro inquisidor es aceptable y a veces necesario. Es necesario porque si las presentaciones no son claras, el asunto puede quedar confuso. Partiendo de la premisa que el árbitro debe estar lo mejor informado posible, se sostiene que tiene que tener la libertad de participar personalmente al preguntar, buscar información, y explorar todos los ángulos hasta el extremo necesario para satisfacerse y constatar que en realidad ha sido suficientemente informado.

El código de ética del arbitro permite esa postura: "un arbitro puede cuestionar a los representante o testigos

Raising an objection to call the attention of the arbitrator regarding the distrust of hearsay testimony, the irrelevance of certain issues or the fact that, even though the contract is clear, there is no room for evidence, may satisfy the attorney just as much as a declaration of inadmissibility. However, there are certain matters such as deal offers that may lead an objection to the inadmissibility of evidence.

Objections shall not be repetitive and must be plausible. No captious or unnecessary objections should be made on the arguments of the other party. Interruptions imply a waste of time and confuse issues. The arbitrator will know, without a doubt and without repeated objections, when he is being confronted with a weak testimony.

Should arbitrators make questions to participants?

Admitted that under the arbitration adversarial system, the attorneys themselves must present the relevant facts and arguments, many believe that an inquisitorial arbitrator is acceptable and sometimes necessary. It is necessary because if the presentations are unclear, the issue may remain confusing. On the basis of the premise that the arbitrator should be as well informed as possibly he can, it has been sustained that he should have the liberty to participate personally by asking, seeking information and exploring every angle to the extent necessary to satisfy and verify that he has truly been thoroughly informed.

The code of ethics of the arbitrator allows this position: "an arbitrator may question the representatives or witnesses of the parties when it is necessary or advisable to obtain additional relevant information". This right is subject to the limitation that the arbitrator must not interfere with the presentation of the party so as to hinder a fair and adequate presentation of the party's case. In addition, the arbitrator must avoid presenting the case of any of the parties.

Notwithstanding the above, there are those who believe that the arbitrator must be very cautious before questioning the witnesses, at least for two reasons: (1) there may be tactical reasons for which that attorney has not made certain relevant questions or produced certain key witnesses and the arbitrator shall not interfere with any such decision, and (2) during the audience, the attorney is representing the client and, by making questions, the arbitrator may give the impression that the attorney is ill prepared or appears to be incompetent in the eyes of his client.

de las partes cuando sea necesario o aconsejable para obtener información adicional pertinente.” Este derecho esta sujeto al limitante que el árbitro no debe entrometerse en la presentación de la parte de manera que obstaculice la descripción de su caso justa y adecuadamente. A esto, se agrega que el árbitro debe evitar presentar el caso de una de las partes.

No obstante lo anterior, hay unos dicen que el arbitro debe ser muy cauteloso antes de formular preguntas a los testigos, al menos por dos razones: (1) pueden haber cuestiones tácticas por las cuales el abogado no ha formulado ciertas preguntas pertinentes o producido ciertos testigos claves, y el árbitro no debe interferir con esa decisión, y (2) durante la audiencia el abogado esta representando a un cliente, y el arbitro, al formular preguntas, puede dar la impresión que el abogado esté mal preparado o aparezca como incompetente a los ojos de su cliente.

**Tomado del trabajo “Evidencia y prueba en el arbitraje” del Arbitro Martin F. Scheinman, Esq. publicado por H.R. Press an imprint of Cornell University Press, Copyright 1977 by Cornell University*



¿Cómo asegurar que sus problemas comerciales sean resueltos a través de conciliación o arbitraje en el CEDCA?

Incluya la siguiente cláusula en todos sus contratos:

“Cualquier controversia que se suscite en relación con el presente contrato será resuelta definitivamente mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y de Arbitraje (CEDCA) por uno o más árbitros nombrados conforme a ese Reglamento.”

Para los casos sobrevenidos, donde las partes desean someter una disputa a arbitraje aún cuando no se hubiera previsto este mecanismo con anterioridad al nacimiento de la controversia, se recomienda:

“Nosotros, las partes abajo firmantes acordamos someter la siguiente controversia a arbitraje de conformidad con el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA):

(Descripción de la controversia)”

Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)
Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)

CONTACTENOS

2sa. Avenida de Campo Alegre, Torre Credival Piso 6. Caracas
Teléfono / Phone: 263.08.33, Ext.: 220 - 221 - 152
www.cedca.org.ve info@cedca.org.ve