

AGUSTINA LÓPEZ VALENZUELA

Estudiante de Derecho, Universidad de Montevideo (Uruguay)

agustinalopezvalenzuela@gmail.com

ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0002-5730-1675>

Recibido: 12/11/2025 Aceptado: 08/12/2025

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:

López Valenzuela, A. (2025). ¿Verdad a cualquier costo?: La admisibilidad de la prueba obtenida ilícitamente en arbitraje internacional.

Revista de Derecho, 24(48), e4812. <https://doi.org/10.47274/DERUM/48.12>

¿Verdad a cualquier costo?: La admisibilidad de la prueba obtenida ilícitamente en arbitraje internacional

1

Resumen: El artículo analiza la admisibilidad de la prueba obtenida ilícitamente en arbitraje internacional, partiendo de la amplia discrecionalidad probatoria del tribunal y del enfoque generalmente liberal de la práctica arbitral. Sobre la base de la jurisprudencia y de las Reglas de la IBA, se identifica una regla estructural: la prueba ilícita es en principio admisible, salvo que existan motivos específicos de exclusión. El trabajo distingue entre los casos en que la parte ha intervenido en la obtención ilegal —supuesto en el que la prueba debe, como regla, excluirse— y aquellos en que la ilicitud proviene de terceros, donde procede una ponderación de intereses. Se sostiene que el verdadero fundamento de estas soluciones es la protección de la integridad del proceso arbitral y se propone un test escalonado que articula licitud, pertinencia, materialidad, fiabilidad y conducta de las partes.

Palabras clave: arbitraje internacional, admisibilidad, prueba ilícita, buena fe.

Truth at any cost? The admissibility of illegally obtained evidence in international arbitration

Abstract: This article examines the admissibility of illegally obtained evidence in international arbitration, starting from the broad evidentiary discretion afforded to arbitral tribunals and the generally liberal approach of arbitral practice. On the basis of case law and the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, it identifies a structural rule: illegally obtained evidence is, in principle, admissible unless specific grounds for exclusion are established. The article distinguishes between cases in which the party has participated in the unlawful procurement of the evidence — in which situation the evidence should, as a rule, be excluded — and cases in which the illegality is attributable to third parties, where a balancing of interests is required. It argues that the true foundation of these solutions lies in the protection of the integrity of the arbitral process and proposes a stepwise test that articulates lawfulness, relevance, materiality, reliability and the parties' conduct.

Keywords: international arbitration, admissibility, illegally obtained evidence, good faith.

2
■

A verdade a qualquer custo? A admissibilidade da prova obtida ilicitamente na arbitragem internacional

Resumo: O artigo analisa a admissibilidade da prova obtida ilicitamente na arbitragem internacional, partindo da ampla discricionariedade probatória conferida ao tribunal arbitral e da orientação geralmente liberal da prática arbitral. Com base na jurisprudência e nas Regras da IBA sobre Produção de Provas em Arbitragem Internacional, identifica-se uma regra estrutural: a prova ilícita é, em princípio, admissível, salvo quando se verificarem motivos específicos de exclusão. O trabalho distingue entre as hipóteses em que a parte participou na obtenção ilegal da prova — caso em que a sua exclusão se impõe, como regra — e aquelas em que a ilicitude é imputável a terceiros, situações em que se torna necessária uma ponderação de interesses. Sustenta-se que o verdadeiro fundamento dessas soluções reside na proteção da integridade do processo arbitral e propõe-se um teste escalonado que articula licitude, pertinência, materialidade, fiabilidade e conduta das partes.

Palavras-chave: arbitragem internacional, admissibilidade, prova ilícita, boa-fé.

1. La prueba ilícita en arbitraje internacional: entre la verdad material y la integridad del proceso

La prueba es el punto neurálgico de todo arbitraje: permite al tribunal reconstruir los hechos, asignar responsabilidad y dictar un laudo que refleje, en la medida de lo posible, la realidad jurídica y fáctica del caso. Sin embargo, cuando la información relevante se obtiene vulnerando normas legales o derechos fundamentales, el procedimiento se enfrenta a una tensión estructural.

Por un lado, el tribunal tiene el deber de alcanzar la verdad material con la mayor precisión posible. Por otro, no puede legitimar ni incentivar conductas ilícitas, ni desnaturalizar la igualdad entre las partes ni desconocer derechos fundamentales. El arbitraje internacional busca, precisamente, equilibrar dos objetivos que no siempre se alinean: garantizar la equidad del proceso y resolver las controversias con eficiencia (Waincymer, 2010, pp. 30-32).

En este contexto, las “reglas de exclusión probatoria” son más propias de los sistemas de *common law*, que establecen criterios para determinar qué prueba puede incorporarse al expediente y cuál debe quedar fuera (Jolowicz, 2000, p. 214; Munday, 2018, p. 66). Los sistemas de *civil law*, en cambio, tienden menos a excluir prueba en etapas tempranas y prefieren graduar su valor probatorio (Brown, 2007, p. 91).

El arbitraje internacional no replica de forma pura ninguna de estos modelos. Aunque algunas reglas probatorias pueden derivar del derecho sustantivo aplicable (Chan & Lau Yi Hang, 2021, pp. 819-826), su rasgo distintivo es la amplia flexibilidad procedimental conferida al tribunal. El reglamento, la *lex arbitri* y los principios procesales aplicables consolidan esa flexibilidad (O'Malley, 2019, pp. 4-5; Pilkov, 2014, p. 147). En apariencia, el arbitraje internacional carece de un sistema cerrado de “reglas de exclusión probatoria” análogo al del proceso estatal (von Mehren & Salomon, 2003, p. 285; Kazazi, 1996, pp. 207-208).

Sobre ese trasfondo, cobra especial relevancia el principio del debido proceso, que actúa como límite a la discrecionalidad del tribunal y a la autonomía de la voluntad de las partes (Lew et al., 2003, p. 95). En la doctrina y en las distintas tradiciones jurídicas también se lo denomina *natural justice* (Schauer, 1976, pp. 47-48), *procedural fairness* (Born, 2020, §42; Byron & Lacey, 2012, pp. 259-261), reglas de *fair trial* (Knickmeier, 2019, pp. 329-347), derecho a ser oído, *príncipe de la contradicción* o igualdad de trato (Kaufmann-Kohler, 2003, pp. 1313, 1321). Más allá de las etiquetas, el núcleo común es claro: las partes deben ser tratadas de manera justa y en condiciones de igualdad (Sheppard, 2003, p. 239).

Por ello, el debido proceso se convierte en el criterio central al decidir si se admite o se excluye un medio probatorio.

Este marco se ve reforzado por la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (“**Convención de Nueva York**”) (Art. V), que fija los motivos por los que un tribunal estatal puede denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo extranjero. Entre ellos se encuentran: que una parte no haya podido hacer valer sus derechos o presentar debidamente su caso (Art. V(1)(b)), que el procedimiento se haya apartado del acuerdo de las partes (Art. V(1)(d)), o que el laudo sea contrario al orden público del Estado donde se pretende su ejecución (Art. V(2)(b)) (Borris et al., 2019, §§128-195).

A diferencia de los tribunales estatales, los tribunales arbitrales gozan, en principio, de una amplia libertad para decidir qué prueba admitir, cómo obtenerla, cómo valorarla y qué peso atribuirle. Esa flexibilidad, diseñada para favorecer la eficiencia y respetar la autonomía de las partes, genera, sin embargo, incertidumbre cuando se trata de prueba obtenida ilícitamente.

De la jurisprudencia y la doctrina pueden extraerse tres ideas básicas. Primero, como regla de partida, los tribunales tienden a tratar la prueba ilícita como cualquier otra, salvo que exista un motivo concreto para excluirla. Segundo, cuando la parte que la ofrece ha intervenido en su obtención ilícita, esa conducta se configura como un motivo cualificado de exclusión. Tercero, el hecho de que la prueba esté ampliamente disponible al público es un elemento relevante, pero no determinante, en la decisión sobre su admisibilidad.

En la práctica arbitral, aparecen dos escenarios típicos. En el primero, una de las partes participa en la obtención ilícita de la prueba que luego pretende utilizar en el arbitraje. En el segundo, la ilicitud proviene de terceros ajenos al procedimiento y las partes se limitan a enfrentar un *fait accompli*¹. A ello se suma una variante particular: el uso de poderes soberanos por parte de Estados para obtener documentos que luego intentan introducir en el arbitraje, con el consiguiente riesgo de generar una ventaja estructural incompatible con la igualdad de armas.

2. La amplia discrecionalidad probatoria del tribunal arbitral y sus límites frente a la prueba ilícita

El punto de partida es la amplitud de facultades que se reconoce al tribunal en materia probatoria. Las partes son libres de elegir las reglas que regirán el procedimiento, incluidas las relativas a la prueba (Kubalczyk, 2015, p. 97).

El Art. 19(2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (“**Ley Modelo de la CNUDMI**”) establece que el tribunal podrá “determinar la admisibilidad, la permitencia y el valor de las pruebas”². Reglamentos como los del CIADI (Regla 36(1))³, SCC (Art. 31(1))⁴, LCIA (Art. 22.1(vi))⁵, AAA (Regla 35)⁶ o HKIAC (Art. 22.2)⁷ reproducen, de una u otra forma, esta fórmula: el tribunal decide qué prueba admite, qué reglas de evidencia aplicará, si es que decide aplicar alguna, y cómo ponderará el material incorporado al expediente.

1 “Hecho consumado”.

2 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, Art. 19(2).

3 La Regla 36(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI dispone que “El Tribunal determinará la admisibilidad y el valor probatorio de los medios de prueba invocados”.

4 El Art. 31(1) del Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la SCC dispone que: “El Tribunal Arbitral determinará la admisibilidad, relevancia, valor y peso de la prueba”.

5 El Art. 22.1(vi) del Reglamento de Arbitraje de la LCIA dispone que “El Tribunal Arbitral tendrá la facultad, a solicitud de cualquiera de las partes o (...) por iniciativa propia (...): (iv) decidir si se aplicarán o no reglas estrictas de prueba (o cualesquiera otras reglas) en cuanto a la admisibilidad, pertinencia o peso de cualquier material presentado por una parte sobre cualquier cuestión de hecho u opinión pericial; y decidir el tiempo, la manera y la forma en que dicho material debe intercambiarse entre las partes y presentarse al Tribunal Arbitral”.

6 La Regla 35 del Reglamento de Arbitraje Comercial de la AA dispone que “El árbitro determinará la admisibilidad, relevancia y materialidad de la prueba ofrecida y podrá excluir aquella que considere acumulativa o irrelevante”.

7 El Art. 22.2 de las Reglas de Arbitraje administradas por la HKIAC dispone que “El tribunal arbitral determinará la admisibilidad, pertinencia, materialidad y peso de la prueba, incluyendo si se aplicarán reglas estrictas de prueba”.

Las Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional ("**Reglas de la IBA**"), utilizadas en la mayoría de los arbitrajes internacionales como guía o como normas vinculantes (Bühler & Webster, 2014, pp. 376-377), cristalizan esta idea. El Art. 9(1) dispone que el tribunal "determinará la admisibilidad, relevancia, importancia y valor de las pruebas". El Art. 9(2) enumera motivos para excluir prueba, entre ellos el privilegio, el secreto profesional, la confidencialidad o una falta de relevancia suficiente o utilidad para la resolución del caso. La reforma del 2020 introdujo el Art. 9(3), que establece que el tribunal "podrá excluir las pruebas obtenidas ilegalmente", a petición de parte o incluso de oficio⁸.

Esta referencia específica a la prueba ilícita es relevante por al menos dos razones. Por un lado, confirma que la discusión sobre su admisibilidad pertenece al terreno de la discrecionalidad y no al de las prohibiciones automáticas: el texto indica que el tribunal "podrá" excluir, no que "deberá" hacerlo. Por otro lado, reconoce que no existe un consenso suficiente para fijar reglas abstractas uniformes. Las legislaciones nacionales divergen y los tribunales arbitrales han llegado a soluciones distintas según el caso concreto, tomando en consideración, entre otros factores, el grado de participación de la parte en la ilicitud, la materialidad de la prueba y su eventual difusión en el dominio público.

En la práctica, los tribunales arbitrales son, en general, más liberales que los tribunales estatales. Suelen admitir casi cualquier medio de prueba y trasladan sus reservas a la fase de valoración, asignando un mayor o menor peso persuasivo según las circunstancias (Brower, 1994, pp. 47-48; Webster, 2010, p. 404). Una encuesta a árbitros muestra que solo una minoría excluye, en al menos la mitad de sus casos, prueba que sería inadmisibile bajo los estándares nacionales, en lugar de admitirla y graduar su valor (Sussman, 2015, pp. 517-521). Este enfoque liberal se refleja en el propio Art. 9.2 de las Reglas de la IBA, que enumera motivos de exclusión y presupone, implícitamente, que la regla general es la admisibilidad (Ashford, 2013, p. 146).

En este sentido, conviene distinguir claramente entre estándar de prueba y admisibilidad. El estándar de prueba refiere al grado de convicción exigible al tribunal para tener por acreditado un hecho (Beltrán, 2025, p. 109). En los sistemas de *common law* se habla de "preponderancia de la prueba" o "balance de probabilidades", es decir, que el hecho es más probable que su negación (Rojas, 2024, p. 12). En el derecho continental europeo se utilizan nociones como la "íntima convicción" del juez o la "libre valoración" de la prueba, y en numerosos países de tradición hispánica, se habla de la "sana crítica", subrayando el papel de la racionalidad y experiencia del juzgador (Couture, 1964, pp. 269-270).

La admisibilidad opera en un momento anterior. Supone decidir si elemento puede o no incorporarse al expediente y ser valorado. Tradicionalmente se vincula a dos criterios: relevancia (si contribuye a probar o refutar un hecho controvertido) y confiabilidad (si la fuente es suficientemente fiable). Los tribunales arbitrales suelen ser muy abiertos en esta etapa y reservan sus reparos para el momento de la valoración, especialmente cuando ninguna de las partes cuestiona la admisibilidad.

8 El Art. 9(3) de las Reglas de la IBA 2020 dispone que "El Tribunal Arbitral, a petición de una Parte o de oficio, podrá excluir las pruebas obtenidas ilegalmente".

La prueba ilícitamente obtenida obliga, sin embargo, a introducir un tercer eje de análisis: la compatibilidad de su incorporación con principios como la buena fe procesal, la igualdad de armas, el respeto de privilegios y confidencialidades y la protección de derechos fundamentales (Gupta, 2022, p. 104). A ello se suma la materialidad de la prueba, entendida como su capacidad real de influir en el resultado del arbitraje. Un documento puede ser relevante en términos generales, pero de importancia marginal en la decisión final; en cambio, ciertos elementos (por ejemplo, una única grabación de una reunión decisiva) pueden tener una materialidad determinante.

Cuanto más marginal sea la aportación de una prueba ilícita, más sencillo resulta justificar su exclusión; cuanto más decisiva, más cuidadosa debe ser la ponderación. La discrecionalidad probatoria es amplia, pero no ilimitada: se ejerce necesariamente a la luz de la buena fe, la igualdad procesal, el respeto al privilegio y la confidencialidad y la protección del orden público.

3. La prueba ilícita obtenida con intervención de la parte oferente: regla general de exclusión

El grupo de casos en los que la parte que ofrece la prueba ha intervenido directa o indirectamente en su obtención ilícita constituye la línea jurisprudencial más clara. En estos supuestos, el patrón predominante es el de la exclusión.

En *Caratube International Oil Co LLP and Devincci Salah Hourani v. The Republic of Kazakhstan* (II) ("**Caratube v. Kazakhstan**")⁹, un tribunal CIADI sostuvo que la participación de la parte en la ilicitud es una razón irresistible para impedir que esa parte se beneficie de su propia conducta ilícita.

De modo similar, en *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey* ("**Libananco v. Turkey**")¹⁰, los fiscales turcos interceptaron comunicaciones entre Libananco y sus abogados. Aunque el tribunal no llegó a calificar la conducta estatal como ilegal, resolvió excluir todas las comunicaciones amparadas por el privilegio abogado–cliente, argumentando que esa decisión protegía el privilegio, la obligación de arbitrar de buena fe y el respeto debido al tribunal como órgano elegido por las partes (*Libananco v. Turkey*, §§78, 82).

En *Methanex Corporation v. United States of America* ("**Methanex v. USA**")¹¹, investigadores privados contratados por Methanex ingresaron sin autorización a propiedad privada y revisaron contenedores de basura para obtener documentos de un testigo. El tribunal ad hoc excluyó esos documentos por considerar que sería incorrecto que la parte se beneficiara de material recabado mediante su propia conducta ilícita y que ello vulneraría los deberes de buena fe y de igualdad de armas (*Methanex v. USA*, Parte. II, Cap. I, §§54, 58).

9 Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan (II), ICSID Case No. ARB/13/13, Decision on the Claimants' Request for the Production of 'Leaked Documents' (27 July 2015).

10 Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No ARB/06/8, Decision on Preliminary Issues (23 June 2008).

11 Methanex Corporation v. United States of America, Arbitration ad hoc, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits (3 August 2005).

En *EDF (Services) Limited v. Republic of Romania* (“**EDF v. Romania**”)¹², un tercero estrechamente vinculado a EDF grabó ilícitamente a un testigo con conocimiento y consentimiento de la propia demandante; el tribunal excluyó la grabación por entender que sus facultades discrecionales estaban limitadas por los principios de buena fe y justicia procesal (*EDF v. Romania*, §47).

En todos estos casos se observa la misma lógica: cuando la parte que ofrece la prueba ha intervenido en la obtención ilícita, el foco del análisis se desplaza desde la relevancia o el peso probatorio hacia su conducta procesal. La idea de que quien comparece ante el tribunal debe hacerlo con “manos limpias” opera como límite material a la búsqueda de la verdad (Bertrou & Alekhin, 2018, p. 43). Admitir que una parte se beneficie de su propio ilícito, aun cuando ello pueda enriquecer la reconstrucción fáctica, socavaría la integridad del proceso arbitral y enviaría el mensaje de que el fin justifica los medios.

Por ello, en este tipo de supuestos la regla general debe ser la exclusión, salvo situaciones excepcionales de intenso interés público que eventualmente pudieran justificar un tratamiento distinto. En términos de las Reglas de la IBA, esta categoría de casos se corresponde naturalmente con el Art. 9.2, donde la exclusión opera como regla.

4. La prueba ilícita obtenida por terceros: admisión condicionada y ponderación de intereses

Muy distinto es el escenario cuando la prueba fue obtenida ilícitamente por un tercero ajeno al arbitraje y la parte se limita simplemente se enfrenta a un hecho consumado. En este tipo de casos, los tribunales han mostrado una mayor disposición a admitir la prueba, siempre sujeta a otros motivos de exclusión.

En *Ahongalu Fusimalohi v. Fédération Internationale de Football Association* (“**Fusimalohi v. FIFA**”)¹³ y *Amos Adamu v. Fédération Internationale de Football Association* (“**Amos Adamu v. FIFA**”)¹⁴, los periodistas del *Sunday Times* realizaron grabaciones encubiertas de reuniones con funcionarios de la FIFA y luego publicaron fragmentos de esas conversaciones. La FIFA obtuvo las grabaciones y las presentó en procedimientos disciplinarios. El CAS declaró admisibles las pruebas, incluso partiendo de la premisa de que los periodistas las habían obtenido ilícitamente, porque la FIFA no había instigado ni apoyado la investigación ni había engañado a la otra parte (*Fusimalohi v. FIFA*, §§74, 86; *Amos Adamu v. FIFA*, §§70, 82).

En *Alejandro Valverde Belmonte v. Comitato Olimpico Nazionale Italiano, World Anti-Doping Agency & Union Cycliste Internationale* (“**Valverde v. CONI**”)¹⁵, el CAS admitió el análisis de una muestra de sangre inicialmente obtenida por la policía española y luego utilizada por autoridades deportivas italianas, pese a que se alegó una infracción de normas de cooperación judicial. El tribunal entendió que esas infracciones no alcanzaban el umbral

12 *EDF (Services) Limited v. Republic of Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Procedural Order No. 3 (29 August 2008).

13 *Ahongalu Fusimalohi v. Fédération Internationale de Football Association*, CAS 2011/A/2425 (8 March 2012).

14 *Amos Adamu v. Fédération Internationale de Football Association*, CAS 2011/A/2426 (14 February 2012).

15 *Alejandro Valverde Belmonte v. Comitato Olimpico Nazionale Italiano, World Anti-Doping Agency & Union Cycliste Internationale*, CAS 2009/A/1879 (15 March 2010).

de una “violación intolerable del sentimiento de justicia”¹⁶ y que no habían sido cometidas por las autoridades deportivas (*Valverde v. CONI*, §136).

Estos casos muestran que la ilicitud originaria atribuible a terceros no basta, por sí sola, para justificar la exclusión. La decisión exige ponderar la gravedad de la infracción, la materialidad de la prueba, el respeto a privilegios y confidencialidades y la posición relativa de las partes en el procedimiento.

La disponibilidad pública de la prueba es un factor adicional, aunque no decisivo. La prueba puede ser admitida aun cuando no sea de acceso general, como en los casos *supra*, donde inicialmente solo estaba en manos de terceros. A la inversa, que la prueba sea ampliamente accesible tampoco asegura su admisibilidad.

En *Caratube v. Kazakhstan*, un conjunto de documentos gubernamentales fue difundido en el sitio “Kazakhleaks”. El tribunal excluyó de la valoración los documentos protegidos por privilegio, pero admitió los no privilegiados. Destacó que no podía dictar un laudo fácticamente erróneo cuando existían documentos relevantes que son amplia y lícitamente accesibles en línea (Ross, 2015). En consecuencia, la amplia difusión refuerza, pero no impone, la decisión de admitir la prueba.

5. Buena fe, igualdad de armas e integridad del proceso: ¿qué justifica realmente la admisión o exclusión de la prueba ilícita?

La práctica arbitral ha intentado explicar las decisiones sobre prueba ilícita apelando, principalmente, a tres nociones: la buena fe, la igualdad de armas y la integridad del proceso arbitral.

La buena fe suele invocarse como fórmula conclusiva, sin precisar por qué incluiría un deber específico de no obtener prueba ilegalmente o de no utilizar prueba ilícita obtenida por terceros. En su núcleo procesal, la buena fe exige que la parte contribuya al avance del procedimiento: participar en la constitución del tribunal, respetar la confidencialidad, cooperar con peritos y producir prueba en tiempo y forma (Cremades, 2012, pp. 761-786). Solo cuando la parte incurre ella misma en la ilicitud encaja con claridad la exclusión de la prueba ilícita en el ámbito de la buena fe.

La igualdad de armas exige que cada parte disponga de una oportunidad razonable de presentar su caso, incluida su prueba, sin quedar en desventaja sustancial respecto de la contraparte (O'Malley, 2019, §9.127). Este principio se proyecta en distintas dimensiones: puede verse afectado cuando se introduce prueba tardía que sorprende a la otra parte, cuando se restringe su acceso a documentos relevantes o cuando un Estado utiliza poderes soberanos que la contraparte no tiene, como en *Libananco v. Turkey*. Sin embargo, este último aspecto no basta para explicar decisiones como *Methanex v. USA* o *EDF v. Romania*, donde la exclusión perjudica al inversor.

16 Traducción libre del inglés al español de “an untenable violation of the sentiment of justice”.

De hecho, muchos árbitros evitan excluir prueba precisamente para proteger el debido proceso y reforzar la ejecutabilidad del laudo (Parmesly, pp. 119-120).

El fundamento que ofrece una explicación más coherente es, así, la protección de la integridad —y, con ella, de la legitimidad— del proceso arbitral (Ng, 2020, p. 760). Para que el arbitraje sea percibido como un mecanismo justo, los laudos deben apoyarse, por un lado, en una imagen lo más fiel posible de los hechos relevantes y, por otro, en métodos de obtención de prueba que no promuevan la violación sistemática de la ley.

Excluir prueba que arroja luz sobre la verdad puede generar sensación de injusticia. Pero admitir sin restricciones prueba obtenida mediante ilícitos comete el error inverso: convierte la infracción de la ley en una herramienta procesal rentable (Sourgens et al., 2018, pp. 238-239). Esta tensión explica, por un lado, la premisa de que la prueba ilícita es, en principio, admisible y, por otro, la necesidad de excluirla cuando la parte se beneficia de su propia ilicitud o cuando existen dudas serias sobre su autenticidad o integridad.

La integridad del proceso exige, además, una protección reforzada del privilegio abogado–cliente y de ciertas formas de confidencialidad (técnica, comercial, gubernamental). Las Reglas de la IBA reconocen el impedimento legal o el privilegio como motivos autónomos de exclusión (Art. 9.2(b)).

6. Dos cuestiones pendientes: graduación de la ilicitud y ley aplicable

Como señala NG, siguen abiertas dos preguntas importantes sobre la admisibilidad de la prueba ilícita (2020, 763-767).

La primera es si todas las formas de ilicitud deben recibir el mismo tratamiento. Tanto la jurisprudencia¹⁷ como la doctrina¹⁸ coinciden en que no toda infracción justifica, por sí sola, la exclusión automática de la prueba. Algunos autores distinguen infracciones “menores”, que no comprometen de forma significativa la integridad del proceso y frente a las cuales bastaría exigir a la parte oferente una demostración reforzada de la relevancia y materialidad del medio probatorio (Boykin & Havalic, 2015, p. 34). En cambio, las infracciones que reducen la fiabilidad de la prueba difícilmente pueden considerarse menores, porque afectan directamente la búsqueda de la verdad.

La segunda cuestión es qué ley debe aplicarse para determinar si la obtención de la prueba fue ilícita. Un mismo método de obtención puede ser ilícito en una jurisdicción y lícito en otra (O'Malley, 2019, p. 288). La mayoría de los laudos publicados toma en cuenta, en primer lugar, la ley del lugar de la obtención (por ejemplo, *Methanex v. USA*, *EDF v. Romania*, *Valverde v. CONI*).

17 En *EDF v. Romania*, el tribunal entendió que, aunque la evidencia haya sido obtenida ilícitamente por una de las partes, su admisibilidad depende de las circunstancias particulares del caso (*EDF (Services) Limited v. Republic of Romania*, ICSID Case No ARB/05/13, Procedural Order No. 3 (29 August 2008), §§36, 38).

18 Boykin, J. H. & Havalic, M. (2015), *Fruits of the Poisonous Tree: The Admissibility of Unlawfully Obtained Evidence in International Arbitration*, 12(5) TDM 1; Blair, C. & Vidak Jokjović, E. (2018), *WikiLeaks and Beyond: Discerning an International Standard for the Admissibility of Illegally Obtained Evidence*, 33(1) ICSID Review.

Tomando como referencia el debate sobre el privilegio, se han propuesto criterios apoyados en el *closest connection test* (“conexión más estrecha”). Este enfoque sugiere considerar, según el caso, la ley del lugar donde el abogado implicado está habilitado para ejercer, la ley del lugar donde el privilegio abogado–cliente produce sus efectos principales, la ley del lugar donde se encuentra el documento, la del lugar donde fue creado, la del lugar desde el cual fue enviado y la del domicilio de la parte que invoca el privilegio (O’Malley, 2019, pp. 286-287).

En materia de prueba ilícita, sin embargo, la solución más funcional parece ser tomar como referencia, al menos, la ley del lugar de la obtención y, cuando corresponda, la ley de la sede del arbitraje, especialmente cuando entra en juego el orden público.

7. Hacia un estándar sistemático de admisibilidad: propuesta de test escalonado basado en las Reglas de la IBA

A partir de todo lo anterior, puede proponerse un esquema estructurado en torno a los Arts. 9.2 y 9.3 de las Reglas de la IBA.

En los supuestos comprendidos en el Art. 9.2 —entre ellos, los casos en que la parte ha intervenido en la ilicitud— la exclusión opera como regla: el tribunal debe dejar fuera la prueba. En los supuestos contemplados en el Art. 9.3 —por ejemplo, cuando la ilicitud es atribuible a terceros o reviste carácter menor— el tribunal puede excluirla, y la decisión depende de una ponderación de los intereses en juego.

Para ordenar este análisis puede resultar útil un test en tres etapas (Abraham, 2023, pp. 43-45):

- a. Naturaleza jurídica de la prueba. En primer lugar, debe determinarse cómo se obtuvo y si, a la luz de la ley del lugar de la obtención y, en su caso, de la sede, la obtención fue lícita o ilícita.
- b. Pertinencia, materialidad y fiabilidad. En segundo lugar, debe evaluarse si la prueba es pertinente, material y fiable. Una prueba ilícita que no guarda relación con el litigio carece de justificación para ser admitida. Incluso siendo pertinente y material, debe excluirse si existen dudas graves sobre su autenticidad o integridad.
- c. Conducta de la parte y ponderación de intereses. Finalmente, debe analizarse si la parte oferente participó en la obtención ilícita y qué intereses se enfrentan. Si intervino, la regla debe ser la inadmisibilidad, salvo ilicitudes menores acompañadas de una demostración especialmente intensa de relevancia y materialidad. Si no intervino, la prueba puede ser admitida, pero su recepción debe fundamentarse en una ponderación razonada de los intereses en juego.

En definitiva, la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida en arbitraje internacional no puede resolverse mediante una regla única y rígida. Exige partir de una presunción de admisibilidad matizada por motivos claros de exclusión; establecer una regla estricta cuando la parte busca beneficiarse de su propia ilicitud; aplicar un test de ponderación cuando la ilicitud es ajena a la parte o reviste carácter menor; y garantizar una protección reforzada del privilegio y de determinadas confidencialidades como componente esencial de la integridad del proceso arbitral.

Referencias bibliográficas

- Abraham, P. (2023). *Admissibility of illegally obtained evidence in international arbitration: A conduct based analysis*. *King's Student Law Review*, 13(1).
- Ashford, P. (2013). *The IBA rules on the taking of evidence in international arbitration: A guide*. Cambridge University Press.
- Bertrou, G., & Alekhin, S. (2018). *The admissibility of unlawfully obtained evidence in international arbitration: Does the end justify the means?* *Les Cahiers de l'Arbitrage / The Paris Journal of International Arbitration*, 4.
- Blair, C., & Vidak Jokjović, E. (2018). *WikiLeaks and beyond: Discerning an international standard for the admissibility of illegally obtained evidence*. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 33(1).
- Born, G. (2020). *International commercial arbitration*. Wolters Kluwer.
- Borris, C. (2019). *New York Convention, Article V [Grounds for refusal of recognition and enforcement of arbitral awards]*. En R. Wolff (Ed.), *New York Convention: Article-by-article commentary* (2.^a ed., pp. 128–195). Verlag C. H. Beck.
- Boykin, J. H., & Havalic, M. (2015). *Fruits of the poisonous tree: The admissibility of unlawfully obtained evidence in international arbitration*. *Transnational Dispute Management*, 12(5).
- Brown, C. (2007). *A common law of international adjudication*. Oxford University Press.
- Bühler, M. W., & Webster, T. H. (2014). *Handbook of ICC arbitration: Commentary, precedents, materials* (3.^a ed.). Sweet & Maxwell.
- Byron, S., & Lacey, W. (2012). *Procedural fairness generally*. En M. Tushnet, T. Fleiner, & C. Saunders (Eds.), *Routledge handbook of constitutional law*. Routledge.
- Chan, D., & Lau, Y. H. (2021). *Proper characterisation of the parol evidence rule and its applicability in international arbitration*. *Arbitration International*, 37.
- Couture, E. J. (1964). *Fundamentos del derecho procesal civil* (3.^a ed.). Depalma.
- Cremades, B. M. (2012). *Good faith in international arbitration*. *American University International Law Review*, 27(4).
- Ferrer Beltrán, J. (s. f.). *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.
- Gupta, K. (2022). *Admissibility of unlawfully obtained evidence in international arbitration*. *NLIU Law Review*, 11.
- Hailu, M. B. (2012). *Good faith (lack of) in investment arbitration and the conduct of the Ethiopian government in the Salini case: Exercise of legitimate right or "Exhibit A" for guerrilla tactics?* En *The resolution of commercial/business disputes in Ethiopia: Towards alternatives to adjudication?* (Ethiopian Business Law Series, Vol. 5). Addis Ababa University Press.
- Jolowicz, J. A. (2000). *On civil procedure*. Cambridge University Press.
- Kaufmann-Kohler, G. (2003). *Globalization of arbitral procedure*. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 36.

- Kazazi, M. (1996). *Burden of proof and related issues: A study on evidence before international tribunals*. Kluwer Law International.
- Knickmeier, S. (2019). *Securing a fair trial through exclusionary rules: Do theory and practice form a well-balanced whole?* En S. Gless & T. Richter (Eds.), *Do exclusionary rules ensure a fair trial?* Springer.
- Kubalczyk, A. (2015). *Evidentiary rules in international arbitration – A comparative analysis of approaches and the need for regulation*. Groningen Journal of International Law, 3(1).
- Lew, J., Mistelis, L., & Kröll, S. (2003). *Comparative international commercial arbitration*. Wolters Kluwer.
- Munday, R. (2018). *Cross & Tapper on evidence* (13.^a ed.). Oxford University Press.
- Ng, N. S. (2020). *Illegally obtained evidence in international arbitration*. Singapore Academy of Law Journal, 32.
- O'Malley, N. D. (2019). *Rules of evidence in international arbitration: An annotated guide* (2.^a ed.). Routledge.
- Parmesly, J., et al. (2018). *La carga de la prueba y la admisibilidad en arbitraje internacional: Asuntos que merecen una temprana audiencia*. En H. Flores Senties (Ed.), *Retos contemporáneos del arbitraje internacional*. Tirant lo Blanch.
- Pilkov, K. (2014). *Evidence in international arbitration: Criteria for admission and evaluation*. Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, 80(2).
- Rojas, J. (2024). *La valoración de la prueba en el arbitraje*. Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio.
- Ross, A. (2015). *Tribunal rules on admissibility of hacked Kazakh emails*. Global Arbitration Review.
- Schauer, F. (1976). *English natural justice and American due process: An analytical comparison*. William and Mary Law Review, 18.
- Sheppard, A. (2003). *Interim ILA report on public policy as a bar to enforcement of international arbitral awards*. Arbitration International, 19.
- Sourgens, F. G., Duggal, K., & Laird, I. A. (2018). *Evidence in international investment arbitration*. Oxford University Press.
- von Mehren, G., & Salomon, C. (2003). *Submitting evidence in an international arbitration: The common lawyer's guide*. Journal of International Arbitration, 20.
- Waincymer, J. (2010). *Promoting fairness and efficiency of procedures in international commercial arbitration: Identifying uniform model norms*. Contemporary Asia Arbitration Journal, 3(1).
- Waincymer, J. (2012). *Procedure and evidence in international arbitration*. Kluwer Law International.

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): el único autor fue responsable de la:

1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy