

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
CIUDAD UNIVERSITARIA RODRIGO FACIO BRENES
FACULTAD DE DERECHO

**Tesis para optar por el grado de Licenciatura en
Derecho**

**La reunión de pruebas en el arbitraje comercial
internacional: convergencia de culturas jurídicas en la
producción de documentos y *discovery* métodos.**

José Olivier Moreno Guevara
A63943

San José, Costa Rica
2019



16 de setiembre de 2019
FD-2947-2019

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del estudiante: José Olivier Moreno Guevara carné A63943 denominado: "La reunión de pruebas en el arbitraje comercial internacional: convergencia de culturas jurídicas en la producción de documentos y discovery métodos" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: "EL O LA ESTUDIANTE DEBERÁ ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DÍAS HÁBILES DE ANTICIPACIÓN A LA FECHA DE PRESENTACIÓN PÚBLICA".

Tribunal Examinador

Informante	Lic. Federico Torrealba Navas
Presidente	Dr. Álvaro Meza Lázarus
Secretario	MSc. Gabriel Espinoza Carro
Miembro	MSc. Abraham Balzer Molina
Miembro	MSc. Sergio Artavia Barrantes

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **22 de octubre del 2019**, a las 6:00 p.m. en el cuarto piso de la Facultad.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director



RSP/lcv

Cc: arch. Expediente

Nuestra *salud mental* importa

Recepción
Tel.: 2511-4032
recepcion.fd@ucr.ac.cr

Consultorios Jurídicos
Tel.: 2511-1521
accionsocial.fd@ucr.ac.cr

Casa de Justicia
Tel.: 2511-1558
administrativacasajustica.fd@ucr.ac.cr

San José, 7 de junio del 2019

Dr. Ricardo Salas
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor Director:

Reciba un saludo cordial, con las muestras de mi mayor consideración.

En mi condición de director de la tesis titulada "La reunión de pruebas en el arbitraje comercial internacional: convergencia de culturas jurídicas en la producción de documentos y discovery métodos", redactada por el estudiante José Olivier Moreno Guevara, le comunico que he aprobado el trabajo, pues cumple a plenitud con los requisitos de forma y de fondo estipulados por esta Honorable Universidad.

El trabajo de José Olivier es un estudio minucioso y serio de la confluencia cultural que se suscita en el arbitraje comercial internacional, en materia probatoria. La dialéctica entre dos visiones de mundo sobre el deber o la aptitud de producir elementos de prueba, utilizando las palabras del autor, una más "cautelosa" –la del *Civil Law*–, otra más "generosa" –la del *Common Law*– debe, de algún modo, acomodarse a una síntesis in concreto, en el selo de cada proceso arbitral internacional. No hay reglas apriorísticas. Deben abrirse espacios de diálogo y negociación. Esta calibración es una labor delicada, que requiere de insumos como los que ofrece esta tesis, a fin de poder comprender el otro modo de pensar.

Esta obra que nos ofrece José Olivier, refleja su gran talento y mentalidad jurídica, que permite vislumbrar en él un gran jurista en su fase germinal. La lectura de este trabajo, no me cabe la menor duda, habrá de despertar gran interés entre todos quienes, desde distintas perspectivas –litigantes, árbitros, jueces revisores–, estén involucrados en el ámbito arbitral.

Por lo anterior, me satisface brindar la presente carta de aprobación, a fin de que se proceda a la defensa de la tesis en la fecha y hora que se sirva a fijar.

Cordialmente,



Prof. Federico Torrealba Navas

Director

San José, 7 de junio del 2019

Sr.
Dr. Ricardo Salas
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

En mi condición de lector del trabajo final de graduación: ***“La reunión de pruebas en el arbitraje internacional: convergencia de culturas jurídicas en la producción de documentos y discovery métodos”***, realizado por el egresado José Olivier Moreno Guevara, carné A63943, comunico que se han reunido todos los requerimientos formales y de fondo para dar término a la presente investigación.

El trabajo incluye un correcto uso de material bibliográfico muy pertinente para el estudio del *discovery* estadounidense y su influencia en el arbitraje comercial internacional; así también logra delinear los contrastes del *discovery* con otros dispositivos procesales de índole semejante encontrados en el *civil law*. Otorgo mi aprobación para efectos de la defensa de la presente investigación.

Muy atentamente,


Msc. Abraham Balzer Molina

Lector

San José, 7 de junio del 2019

Sr.
Dr. Ricardo Salas
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

El motivo del presente es para informarle que en calidad de lector del trabajo final de graduación titulado: ***“La reunión de pruebas en el arbitraje internacional: convergencia de culturas jurídicas en la producción de documentos y discovery métodos”***, elaborado por el egresado José Olivier Moreno Guevara carné A63943, se han cumplido a satisfacción las exigencias formales y de fondo previstas por la reglamentación del Área de Investigación.

El presente es un trabajo serio e informado, con el recurso adecuado a fuentes fiables de valiosa utilidad para la investigación. Efectivamente la investigación cuenta con una exposición muy completa del *discovery*, figura de mucho peso en el Derecho Procesal anglosajón, especialmente en los Estados Unidos, y también de los alcances de la producción documental en el moderno arbitraje comercial internacional. Por todo lo anterior, otorgo mi aprobación para la etapa de réplica.

Reciba un atento saludo,


Dr. Sergio Artavia Barrantes

Lector

San José, 08 de agosto de 2019

Señores
Universidad de Costa Rica
Área de Investigación
Faculta de Derecho

Estimados señores:

Por este medio yo, Diani María Víquez Moreno, mayor, casada, filóloga, y psicóloga, incorporada al Colegio Profesional de Psicólogos de Costa Rica con el número de carné 5244, vecina de San José, portadora de la cédula de identidad número 1-1080-0984, hago constar que he revisado el trabajo Final de Graduación elaborado por el estudiante **José Olivier Moreno Guevara**, cédula 5-0362-0931, carné universitario número A63943, titulado: "**La reunión de pruebas en el arbitraje internacional: convergencia de culturas jurídicas en la producción de documentos y Discovery métodos**", para optar por el grado de Licenciatura en Derecho.

La revisión realizada cubre aspectos de gramática y ortografía, cuidado de estilo, forma y redacción, además de aspectos relativos a la expresión coherente de contenidos y unidad en el apartado de citas.

Atentamente,



Licda. Diani María Víquez Moreno
Cédula de identidad: 1-1080-0984
Código 5244
dianiviquez@gmail.com
Tel.8922-3555

Dedicatoria

A mis padres, Olivier y Lilia, por su apoyo incondicional.

Agradecimientos

A mi Director, Lic. Federico Torrealba Navas; y a los lectores, MSc. Abraham Balzer Molina y Dr. Sergio Artavia Barrantes.

***“Contra la guerra de las culturas o el concierto de las naciones,
proponemos un tercer modelo: el del diálogo.”***

Antoine Garapon & Ioannis Papadopoulos

Índice General

Dedicatoria	i
Agradecimientos	ii
Índice General	iv
Índice de Abreviaturas	viii
Resumen	ix
Ficha Bibliográfica	xii
I. Introducción	1
1.1 Tema	4
1.2 Antecedentes	4
1.3 Justificación	5
1.4 Cuestión	6
1.5 Hipótesis	6
1.6 Objetivos	7
1.6.1 Objetivo General	7
1.6.2 Objetivos específicos	7
1.7 Metodología	8
Título I. La producción de documentos en el <i>common law</i>	9
Capítulo I. Inglaterra	9
Sección I. Orígenes del <i>discovery</i> en el <i>common law</i>	9
Sección II. Discovery en las <i>Rules of the Supreme Court</i> y <i>County Court Rules</i> : los propósitos, naturaleza y los límites	11

Sección III. El <i>test Peruvian Guano</i> : una interpretación amplia de la “relevancia” del material probatorio para la producción de documentos	12
Capítulo II. La producción de documentos en las <i>Civil Procedure Rules</i>	13
Sección I. La reforma procesal civil inglesa: el informe Woolf y la adopción de las <i>Civil Procedure Rules</i> de 1998	13
Sección II. Case management	14
Sección III. El antiguo sistema de <i>discovery of documents</i> como fuente de costos excesivos ..	15
Sección IV. El <i>disclosure of documents</i> en las <i>Civil Procedure Rules</i> : la limitación a la producción de documentos.....	18
Sección V. Procedimiento del <i>disclosure</i> en las <i>Civil Procedure Rules</i> inglesas	20
Sección VI. Deber de revelación documental o <i>disclosure</i>	23
Capítulo III. Estados Unidos	24
Sección I. El Field Code y el fact pleading.....	24
Sección II. Limitado <i>discovery</i> en el <i>Field Code</i>	27
Sección III. Críticas al <i>fact pleading</i> : “los escritos por sí mismos son insuficientes para preparar el caso y no pueden ser la única base para el juicio”.	27
Sección IV. La propuesta de una nueva reforma que previera un mecanismo preliminar para la clarificación de los hechos y la reunión de pruebas: el <i>pretrial discovery</i>	30
Sección V. Primeras aplicaciones del <i>pretrial discovery</i>	34
Sección VI. Métodos disponibles para el <i>pretrial discovery</i> regulado en las <i>Federal Rules of Civil Procedure</i>	37
Sección VII. La dimensión cultural del <i>pretrial discovery</i>	40
Capítulo IV. La producción de documentos en las <i>Federal Rules of Civil Procedure</i> de los Estados Unidos.....	49
Sección I. Etapas del proceso civil.....	49
Sección II. La producción de documentos según las <i>Federal Rules of Civil Procedure</i>	52

Título II. La producción de documentos en el civil law.....	66
Capítulo I. Distinta estructura del proceso en el civil law	66
Sección I. La ausencia de una etapa preliminar para la preparación del proceso	66
Sección II. La alegación de los hechos en el civil law	70
Sección III. El ofrecimiento probatorio y la eliminación del elemento sorpresa en la práctica de pruebas	71
Sección IV. La carga de la prueba y el principio de colaboración en el acceso a las pruebas ...	74
Capítulo II. Producción de documentos en las legislaciones procesales del <i>civil law</i>	78
Sección I. La producción de documentos en España	78
Sección II. La producción de documentos en Alemania.....	85
Sección III. La producción de documentos en Costa Rica.....	90
Sección IV. Nuevo Código Procesal Civil de Costa Rica (2018)	96
Título III. La producción de documentos en el arbitraje comercial internacional	107
Capítulo I. La convergencia de culturas jurídicas en el arbitraje comercial internacional.....	107
Sección I. La dimensión transnacional del Arbitraje Comercial Internacional.....	107
Sección II. La dimensión cultural	109
Sección III. La importancia de la neutralidad cultural en el arbitraje internacional	111
Capítulo II. La producción de documentos	114
Sección I. Las reglas institucionales arbitrales y el poder discrecional del tribunal arbitral en materia de producción documental	114
Sección II. Inexistencia de reglas detalladas para la producción de documentos y la autoridad del tribunal arbitral ordenar la producción de documentos.....	119
Capítulo III. La aparición de un estándar transnacional para la producción de documentos en la práctica del arbitraje comercial internacional	120
Sección I. Factores culturales y estandarización en la práctica de producción de documentos	120

Sección II. Estandarización del proceso arbitral	122
Sección III. Las Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional y la armonización en la producción de documentos	125
Conclusiones	134
Bibliografía	137

Índice de Abreviaturas

ACI	Arbitraje Comercial Internacional
CCA	Cámara de Comercio de Costa Rica
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CICA	Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje de la Costa Rican- American Chamber of Commerce
CIRD	Centro Internacional para la Resolución de Disputas
CPR	Civil Procedure Rules
CPC	Código Procesal Civil de 1989
FRCP	Federal Rules of Civil Procedure
IBA	International Bar Association
LACI	Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Costa Rica
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LCIA	London Court of International Arbitration
NCPC	Nuevo Código Procesal Civil (2018)
ZPO	Zivilprozessordnung

Resumen

El tema de esta investigación es “*La reunión de pruebas en el arbitraje comercial internacional: convergencia de culturas jurídicas en la producción de documentos y discovery métodos*”, el cual resulta de gran relevancia debido a que actualmente Costa Rica cuenta con la Ley No. 8937, denominada Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional, basada, a su vez, en la Ley Modelo UNCITRAL. Esta ley le permite al país fungir como sede de arbitrajes internacionales, lo cual representa importantes retos que deben ser abordados con mucha inteligencia y cuidado a la vez, si se desea que el país sea un referente de prestigio en el arbitraje internacional.

El rol de los jueces y abogados es sumamente importante para que el desarrollo del Arbitraje Comercial Internacional en el país tenga el éxito deseado. Tanto jueces y abogados tendrán que adquirir nuevos conocimientos acerca de las soluciones procesales que existen en otras latitudes jurídicas, y cómo ello puede afectar la conducción de un proceso arbitral de carácter internacional.

El presente trabajo pretende ser un primer esfuerzo académico para abordar el tema de la producción de prueba documentales en el ámbito de la resolución de disputas transnacionales por medio del arbitraje. Se busca contribuir a que el jurista costarricense obtenga el conocimiento de las tendencias y debates en curso sobre el tema, y cuente con las armas conceptuales de valiosa utilidad.

La hipótesis de la presente investigación es que la falta de regulación en el Arbitraje Comercial Internacional no es obstáculo para encontrar la aplicación de estándares transnacionales (no locales) que gobiernan la materia de producción documental. Esto gracias al diálogo y la negociación de los distintos actores que permiten aplicar dichos

estándares; los cuales funcionan como verdaderas reglas aplicables *in concreto* a la hora de la conducción de los arbitrajes internacionales.

El objetivo general es analizar cómo la confluencia de culturas jurídicas del *common law* y *civil law* determina y afecta la producción documental en arbitrajes comerciales internacionales y cómo ello ha contribuido al surgimiento de estándares transnacionales que compensen los desacuerdos acaecidos en la práctica.

En este trabajo la metodología utilizada fue la investigativa, histórica y comparativa. Se recopiló la información necesaria y de fuentes confiables; y se recurrió a la doctrina extranjera para analizar el contexto histórico y aplicativo de la figura del *discovery*. Asimismo, se investigó en las leyes nacionales el tema de la exhibición documental en el proceso civil y se complementó con el análisis comparativo, para identificar las diferencias en los enfoques procesales entre el *common law* y *civil law*, específicamente sobre los mecanismos de producción documental. Igualmente, la metodología comparativa ayuda a identificar cuáles son las alternativas disponibles en el Arbitraje Comercial Internacional para lograr la producción de documentos probatorios.

Dentro de las principales conclusiones, se confirma que en los ordenamientos procesales del *civil law*, los deberes de esclarecimiento no pueden ser exigidos ni realizados, a menos que exista una petición probatoria específica. No existen las exhibiciones automáticas conocidas en el *common law*. Por lo general, en el *civil law* el incumplimiento de la exhibición implica consecuencias procesales negativas. En cambio, el *discovery* es un procedimiento muy sofisticado, el cual impone un deber general a las partes que alcanza intercambios de información muy amplios, se rige por un test de relevancia muy flexible y comporta importantes sanciones ante el incumplimiento.

Se evidencia que la existencia de diferentes enfoques procesales representa un desafío para los procesos arbitrales en el ámbito internacional. De manera especial los esfuerzos

han estado dirigidos a reconciliar las divergencias procesales existentes entre las tradiciones jurídicas del *common law* y *civil law*.

Las reglas de las *International Bar Association* (IBA) sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional constituyen un laudable esfuerzo por contrarrestar los desacuerdos que pueden surgir en la práctica y aplicar estándares transnacionales, no locales en las solicitudes de producción de documentos. Recientemente han surgido reglas institucionales con una regulación detallada para la exhibición de documentos, pero ello podría estar en conflicto con el baluarte del arbitraje internacional: la flexibilidad. La armonía procesal en el tema de la producción de documentos en el arbitraje internacional podrá lograrse solamente a través de un diálogo, fruto del buen entendimiento y la buena disposición para tomar decisiones que tomen en cuenta las expectativas de las partes involucradas.

Ficha Bibliográfica

Moreno Guevara, José Olivier. “La reunión de pruebas en el arbitraje comercial internacional: convergencia de culturas jurídicas en la producción de documentos y discovery métodos”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2017. vii y 183.

Director: Lic. Federico Torrealba Navas

Palabras claves: Producción de Documentos, Arbitraje Comercial Internacional, Discovery, Exhibición de documentos probatorios.

I. Introducción

Los procedimientos para la obtención y presentación de medios probatorios juegan un importante rol en la mayoría de ordenamientos procesales modernos. Los ordenamientos nacionales, por lo general, contienen un marco normativo bien elaborado que gobierna la obtención e incorporación de pruebas en sus respectivas jurisdicciones.

Es reconocido que uno de los medios de prueba más efectivos para la determinación de los hechos, ya sea en sede arbitral o judicial, son los documentos. La memoria de los testigos suele fallar, lo que muchas veces obliga a recurrir a fuentes más confiables que la memoria humana como son los documentos. En consecuencia, los litigantes se esfuerzan por reunir la documentación que respalde las respectivas pretensiones o defensas. Sin embargo, en algunas ocasiones los documentos no se encuentran en poder de quien los necesita –porque están en manos del adversario o de un tercero– y es conveniente que la justicia ponga a disposición de las partes los medios legales para obtenerlos y producirlos en el proceso.

La producción de un documento entonces es el camino que se debe seguir, según la ley, para obtener los documentos necesarios para la determinación del conflicto. Es oportuno expresar que en el presente trabajo se aborda el tema de la producción documental entre partes y no en relación a terceros.

La posibilidad de constreñir al adversario a traer un documento al proceso que se encuentra bajo su poder no es ajena a los sistemas del *civil law*, y no resulta extraordinario, por ende, que bajo ciertos parámetros un litigante logre la producción de piezas documentales que figuran únicamente al alcance del oponente. Pero esto no ocurre con la intensidad que ha caracterizado a la producción documental en el *common law*, especialmente en los Estados Unidos. Más adelante se verá que se trata de niveles muy distintos y alejados.

El cuadro normativo que históricamente ha prevalecido en los ordenamientos procesales del *civil law* no ha contemplado nada equiparable a las sofisticadas reglas del *discovery* como se encuentran desarrolladas en las *Federal Rules of Civil Procedure* norteamericanas. Con el fin de ilustrar muy sintéticamente las disparidades que salen a relucir entre los sistemas procesales respecto de la práctica de pruebas documentales, el abogado español Ramón Mullerat Balmaña, una vez manifestó:

“El derecho de una parte a pedir el auxilio del juez para la producción (discovery) de un documento cuando la parte adversa se niega a presentarlo se halla reconocido en todas las jurisdicciones, pero con diversa intensidad. En los Estados Unidos, con gran amplitud y fortaleza; en el Reino Unido, con menor extensión e intensidad; y en los países romanístico-civiles, no existe o existe con tenue presencia.”¹

Ahora bien, existen distintos medios para alcanzar la producción de un documento. En ordenamientos pertenecientes al *common law* se realiza, por ejemplo, a través del *discovery* americano y el *disclosure* inglés, mientras que en los ordenamientos del *civil law* ocurre gracias al procedimiento de “*exhibición de documentos*”.

Entre los distintos sistemas procesales la producción de documentos varía en extensión y fuerza. En el *common law* existen graves sanciones, incluso de carácter pecuniario, mientras en el *civil law* las partes sufrirán, por lo general, consecuencias procesales perniciosas.

Cuando un litigante accede a la producción de un documento obtiene un resultado concreto, esto es, un intercambio de información; ya sea amplio o limitado, según lo que dispongan las legislaciones correspondientes. El resultado (la información) conseguido deberá utilizarse con una finalidad procesal, como es, el esclarecimiento de los hechos controvertidos.

¹ Pedro Martínez-Fraga, “*La obtención y revelación de documentos e información en el proceso civil estadounidense ‘Discovery’ y su influencia en la convergencia de culturas jurídicas en el arbitraje internacional*”, Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, (2007), Vol. no disponible, mes y numeración no disponible. Archivo PDF, disponible en: <http://hdl.handle.net/10017/6141>, consultado el 10 de octubre 2016.

En síntesis, la producción documental implica lo siguiente:

- a) Unos medios para hacerlo efectivo: *discovery*, *disclosure* o exhibición de documentos probatorios, dependerá de las decisiones legislativas.
- b) Un resultado: el intercambio de información (limitado, moderado o amplio).
- c) Una finalidad: el esclarecimiento de hechos controvertidos.

La producción de documentos probatorios también juega un papel relevante en el arbitraje internacional, pues efectivamente la averiguación de los hechos es una de las funciones que debe cumplir el tribunal arbitral. Por ello es importante conocer cuáles son las alternativas disponibles en aquellos escenarios donde no existen las fronteras nacionales y se reúnen actores provenientes de jurisdicciones diversas, con idiomas y tradiciones distintas.

La figura del *discovery* ha generado apasionados debates en el campo del arbitraje internacional, con opiniones a favor y en contra, y es frecuente encontrar literatura arbitral que lo utiliza sin ningún tipo de discriminación. Aunque se debe reconocer que el término comúnmente se ha utilizado en conexión a arbitrajes gestionados en los Estados Unidos². Por tales motivos en este trabajo se descarta el uso indiscriminado del mismo, y para hacer referencia al procedimiento de obtención de pruebas documentales en el arbitraje internacional se utiliza el término “*producción de documentos*”.

Se considera el término “*producción de documentos*” más adecuado y neutral, de hecho, ha ganado mayor aceptación en la literatura del arbitraje, para así evitar la alusión a prácticas nacionales que no tienen lugar en la arena internacional, a menos que las partes decidan libre y expresamente aplicarlas.

² John Gardiner, Lea Haber y Julie Bédard, *Discovery* (Capítulo 9, en *International Commercial Arbitration in New York*), New York: Oxford University Press, 2010. Ver nota al pie de página N°. 1, 269. Archivo PDF, disponible en: <https://www.skadden.com/insights/publications/2010/05/international-commercial-arbitration-in-new-york-c>, consultado el 10 de octubre 2016.

En el Arbitraje Comercial Internacional existe una tendencia en curso que busca contrarrestar los desacuerdos que normalmente surgen por las disparidades entre los sistemas legales, a través del desarrollo de prácticas o estándares internacionales diseñados a partir de enfoque híbrido. Este es el caso de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional, estas representan un esfuerzo loable en este campo, ya que le dan tratamiento al tema de la producción documental con un enfoque armonizador.

1.1 Tema

La reunión de pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional: convergencia de culturas jurídicas en la producción de documentos y *discovery* métodos.

1.2 Antecedentes

En el medio jurídico costarricense no se encuentran monografías dedicadas en su totalidad al estudio del trasfondo cultural inherente al Arbitraje Comercial Internacional; donde distintos actores, provenientes de latitudes jurídicas dispares, interactúan e incursionan en el desarrollo de prácticas procesales de aceptación internacional.

Sin embargo, en cuanto al derecho de fondo, no al procesal, existe una gran variedad de publicaciones sobre comercio internacional y Arbitraje Comercial Internacional. Uno de los destacados autores, que lleva a cabo estudios en este campo, es el catedrático de la Universidad de Costa Rica, Víctor Pérez Vargas; estudioso y propulsor en el país del uso de los principios de UNIDROIT en los contratos internacionales.

Ahora bien, en materia procesal tampoco se ha investigado la exhibición documental como una figura autónoma, sino solo de manera subsidiaria, por referencia a la prueba anticipada. La reciente promulgación del Nuevo Código Procesal Civil (NCPC) ha comportado un avance en el tema de la exhibición documental, pues ha redefinido su alcance y funcionamiento, con un

tratamiento más integral. Algunos comentarios sobre la exhibición documental, y que le conceden tratamiento como figura autónoma, ya se dejan ver por algunos autores³.

A nivel del Arbitraje Comercial Internacional, Costa Rica fue anfitrión de un encuentro internacional donde se debatieron algunos de los temas que se exponen en la presente investigación. Por ello, cabe resaltar el esfuerzo realizado por Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Capítulo de Costa Rica, promoviendo el tema de arbitraje comercial internacional en el país. En especial, el *IV Congreso de Arbitraje Comercial Internacional– Costa Rica 2013: Derecho Continental y Common Law en el Arbitraje Internacional*. En dicha ocasión se comentaron y debatieron diversos temas y desafíos que representa la dicotomía entre el *civil law* y el *common law* en el arbitraje internacional, principalmente en materia de pruebas y, especialmente, en la producción de documentos probatorios.

Con fundamento en lo anterior, resulta relevante que se siga desarrollando el tema, máxime ahora que Costa Rica cuenta con fundamento legal para fungir como sede de arbitrajes comerciales internacionales con arreglo a la Ley No. 8937, denominada Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional, basada en la Ley Modelo UNCITRAL.

1.3 Justificación

Con la promulgación de la Ley No. 8937, denominada Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo UNCITRAL, el país ha dado un paso hacia adelante para fungir como sede de arbitrajes internacionales. Los retos que representa esta oportunidad deben ser abordados con mucha inteligencia, pero con cuidado a la vez si se desea ser una referencia de prestigio en el arbitraje internacional.

³ Sergio Artavia Barrantes y Carlos Picado Odio, *Código Procesal Civil: comentarios, explicado y con referencias bibliográficas*, San José: Investigaciones Jurídicas (2016), 420.

El rol de los jueces y abogados es sumamente importante para que el desarrollo del Arbitraje Comercial Internacional en el país tenga éxito. Los jueces y abogados tendrán que adquirir nuevos conocimientos acerca de las soluciones procesales que existen en otras latitudes jurídicas, y como estos pueden afectar la conducción de un proceso arbitral de carácter internacional.

El presente trabajo pretende ser un primer esfuerzo académico para abordar el tema de la producción de pruebas documentales en el ámbito de la resolución de disputas transnacionales por medio del arbitraje. Busca contribuir a que el jurista costarricense obtenga el conocimiento de las tendencias y debates en curso sobre el tema y darle las armas conceptuales para hacer frente a la realidad que le espera ante la inminente aparición de arbitrajes comerciales internacionales con sede en el país.

1.4 Problema

El Arbitraje Comercial Internacional es un foro internacional de resolución de conflictos que reúne a muchos actores de distintos sistemas legales; el encuentro de dos visiones (locales) distintas entre el *common law* y el *civil law*, sobre la producción de documentos probatorios en el proceso civil, ha planteado la necesidad de encontrar soluciones prácticas que armonicen los desacuerdos que se producen en la conducción del proceso arbitral por la falta de regulaciones concretas en la materia.

1.5 Hipótesis

La hipótesis de esta investigación es que la falta de regulación en el Arbitraje Comercial Internacional no es obstáculo para encontrar la aplicación de estándares transnacionales (no locales) que gobiernan la materia de producción documental. Esto gracias al diálogo y la negociación de los distintos actores que permiten aplicar dichos estándares; los cuales funcionan como verdaderas reglas aplicables *in concreto* a la hora de la conducción de los arbitrajes internacionales.

1.6 Objetivos

1.6.1 Objetivo General

Analizar cómo la confluencia de culturas jurídicas del *common law* y *civil law* determina y afecta la producción documental en arbitrajes comerciales internacionales y cómo ello ha contribuido al surgimiento de estándares transnacionales que compensen los desacuerdos acaecidos en la práctica.

1.6.2 Objetivos específicos

1.6.2.1 Estudiar los mecanismos del *discovery* y *disclosure* anglosajón, en cuanto a su origen y actual aplicación.

1.6.2.2 Estudiar el mecanismo de la exhibición de documentos vigentes en los sistemas del *civil law*: España, Alemania y Costa Rica.

1.6.2.3 Analizar el papel del Arbitraje Comercial Internacional en la resolución de conflictos transnacionales.

1.6.2.4 Identificar la importancia de la neutralidad cultural en el arbitraje comercial internacional.

1.6.2.5 Identificar la autoridad de los tribunales arbitrales internacionales para ordenar la producción de documentos.

1.6.2.6 Examinar las soluciones existentes en el Arbitraje Comercial Internacional para reconciliar los distintos los enfoques procesales en cuanto a la producción de documentos.

1.6.2.7 Analizar los estándares que establecen Reglas de la IBA sobre Prueba (2010) en materia de producción de documentos.

1.7 Metodología

Se realizó el trabajo mediante la metodología de investigación técnica de documentos doctrinales, leyes nacionales y extranjeras y tratados internacionales como fuentes primarias. Además, se hizo una combinación de enfoques de carácter histórico, investigativo, deductivo, y comparativo.

Inicialmente, se aplicaron las metodologías investigativa e histórica para analizar el origen del *discovery* en el derecho anglosajón; mediante una revisión bibliográfica profunda. Asimismo, se investigó en las leyes nacionales el tema de la exhibición documental en el proceso civil de España, Alemania y Costa Rica, y se complementó con un análisis comparativo, para identificar las diferencias en los enfoques procesales entre el *common law* y *civil law*, específicamente sobre los mecanismos de producción documental.

La metodología comparativa permite identificar cuáles son las alternativas disponibles en el Arbitraje Comercial Internacional para lograr la producción de documentos probatorios en la conducción del proceso.

Finalmente, se utilizaron los métodos deductivo e inductivo para establecer conclusiones.

Título I. La producción de documentos en el *common law*

Capítulo I. Inglaterra

Sección I. Orígenes del *discovery* en el *common law*

Antiguamente, la justicia inglesa estuvo a cargo de dos tipos de tribunales: los tribunales del *common law* o *law courts* y los tribunales de la cancillería o *equity courts*. Aunque resulte difícil determinar con precisión el origen de esta institución, podemos comenzar indicando que el primer antecedente del *discovery* en la historia del *common law* fue un remedio encontrado en las *equity courts* y no en las *law courts*⁴. El *bill of discovery*, como era conocido en los procedimientos de equidad, llegaría a convertirse luego en un instrumento utilizado de manera auxiliar en las acciones legales que estaban en curso ante las *law courts*; es decir, se trató de un complemento, un auxilio y una innovación para el anquilosado y formalista procedimiento del *common law*.

Antes del siglo XIX, los instrumentos de descubrimiento o *discovery* fueron prácticamente desconocidos en las cortes del *common law*, pero su ausencia no fue obstáculo para que los procedimientos funcionaran satisfactoriamente. En aquellos momentos los escritos iniciales que intercambiaban los litigantes fijaban el objeto del proceso por medio de una descripción detallada de los hechos, todo lo cual resultaba suficiente para que las partes llegaran a presentar efectivamente su caso. Además, en aquella época los conflictos se circunscribían a cuestiones sencillas que no requerían de complejas y extensas actividades probatorias⁵.

⁴ Conviene recordar que en Inglaterra los procedimientos seguidos ante los tribunales que aplicaban la ley –*common law*– se volvieron excesivamente formalistas, las causas se perdían por tecnicismos sin llegar a resolver el fondo del asunto. Quienes se sentían agraviados por la situación de no poder obtener justicia en los tribunales reales, podían dirigirse directamente al rey para que emitiera una orden contra su adversario y lo obligara a conducirse de acuerdo a los dictámenes de la moral y la buena conciencia; así fue cómo surgió la *equity* (equidad). Más tarde el rey fue encargando estos asuntos al canciller, para que éste resolviera las peticiones que los agraviados plateaban directamente al rey; con el paso del tiempo la labor del canciller adquirió una naturaleza judicial, se convirtió pronto en un juez autónomo y se instauró el conocido Tribunal de la Cancillería, cuyas decisiones adquirieron la condición de preceptos legales técnicos que vinieron a complementar los del *common law*. Puede consultarse Konrad Zweigert y Hein Kötz, *Introducción al derecho comparado*. Distrito Federal, México: Oxford University Press (2002), 199.

⁵ Developments in the Law, “*Discovery*” *Harvard Law Review*, 74(5) (1961), 940. doi:10.2307/1338748, disponible en: <http://www.jstor.org/stable/1338748>, consultado el 8 de setiembre 2016.

Pero la situación cambió, posteriormente, conforme el *common law* se iba desarrollando los procedimientos se volvieron formalistas y las demandas se perdían por tecnicismos o trampas en los procedimientos; solo un marco rígido de “formas de acción” estaba disponibles para los litigantes (quien no tuviera el *writ* apropiado para su pretensión, no tenía acción ante las *law courts*, conocido con la frase *remedies precede rights*)⁶. Las antiguas alegaciones de hechos que hacían las partes al inicio de un procedimiento se remplazaron por un escrito muy formal de demanda que resumía los puntos fácticos y jurídicos. A dichos escritos se les recriminó ser muchas veces ficticios, estar redactados de manera muy general y no transmitir ninguna información precisa sobre el pleito⁷. En consecuencia, bajo el antiguo sistema la preparación del caso resultaba para los litigantes un juego en el que se debía adivinar, sin ningún tipo de auxilio, la posición que ostentaría el oponente en el juicio⁸.

Para solventar la situación descrita arriba fue necesario adoptar un instrumento procesal que permitiera desde el inicio adquirir una comprensión de la naturaleza de la controversia. Este instrumento fue el *bill of particulars*, el cual permitía lograr del oponente una exposición de los hechos más acertada y precisa⁹, lo cual se complementó con el *bill of discovery*, para reunir información de manera anticipada que ayudara a las partes a preparar su caso.

En las cortes de equidad fue posible para los litigantes obtener la exhibición de documentos a través de un *discovery of documents*; pero se trataba de una exhibición limitada y específica, y para acceder a ella, la parte interesada debía realizar lo siguiente: identificar específicamente el documento que buscaba, explicar la relevancia del mismo para la causa y demostrar que se encontraba en posesión del demandado¹⁰.

⁶ René David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Trad. de la 2da Ed. por Bravo Gala, Pedro. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar (1973), 248.

⁷ *Developments in the Law*, Op. Cit., 946.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*, 947.

¹⁰ *Ibid.*

Sección II. Discovery en las *Rules of the Supreme Court* y *County Court Rules*: los propósitos, naturaleza y los límites.

El término *discovery* se utilizó en la justicia civil inglesa para referirse al procedimiento de obtención de pruebas que se realizaban con carácter previo al juicio. Era posible también obtener información o pruebas en manos de terceros, ya sea en versión oral, documental o tangible, siempre y cuando resultara útil para la determinación de litigio¹¹.

El principal propósito perseguido por el *discovery* era permitir a cada parte la posibilidad de obtener cualquier información sobre el material probatorio que fuera relevante para el enjuiciamiento del caso. Con esta finalidad, cada parte se encontraba en el deber de revelar a la otra tanto lo favorable como lo desfavorable. Asimismo, se buscaba evitar actuaciones sorpresivas en el juicio o promover acuerdos entre las partes que evitaran la celebración del juicio¹².

Las *Rules of the Supreme Court* y las *County Court Rules* preveían para la práctica del *discovery* la utilización de distintos mecanismos, entre ellos, la declaración de testigos, los interrogatorios escritos bajo juramento y la inspección de propiedades y cosas. Las antiguas reglas procesales establecían que cada parte podía, después de un intercambio de escritos iniciales, solicitar el *discovery* al oponente sin requerir para ello autorización de la corte¹³.

Sin embargo, existieron limitantes para la obtención del material probatorio. El primer límite fue el *privilege*¹⁴, el cual consiste en el derecho que la ley concede a las partes para negar la producción de un documento o responder a determinadas preguntas, aun cuando resulten relevantes y pertinentes para la constatación de los hechos. El ejemplo clásico del *privilege* es el secreto profesional, que protege la comunicación entre abogado y cliente. El segundo límite se refiere a que la obtención del material probatorio debe restringirse a las cuestiones previamente

¹¹ Sir Jack I.H. Jacob, *The Fabric of English Civil Justice*, Reino Unido: Stevens & Sons (1987), 93. Archivo PDF, disponible en: https://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/schoolofhumanitiesandsocialsciences/law/pdfs/The_Fabric_of_English_Civil_Justice.pdf, consultado el 8 de setiembre de 2016.

¹² Jacob, Op. Cit., 94.

¹³ Ibid., 95.

¹⁴ Ibid., 98.

planteadas por las partes en sus escritos. La regla básica es que no debería extenderse más allá de lo contemplado en las alegaciones iniciales de las partes y a los hechos descritos en ellas. De lo contrario se estaría permitiendo las llamadas *fishing expeditions*¹⁵, esto es, permitir a una parte buscar información que podría ayudar a formular una nueva causa. Por esta razón, en el proceso civil inglés no estaba permitido pescar una nueva pretensión o defensa que no haya sido previamente alegada.

Sección III. El *test Peruvian Guano*: una interpretación amplia de la “relevancia” del material probatorio para la producción de documentos

El mecanismo del *discovery of documents* estaba previsto en el Ord. 24 de las *Rules of the Supreme Court*. La antigua norma disponía que era posible la exhibición de aquellos documentos que estuvieran “en posesión, custodia o poder de una parte”¹⁶, siempre y cuando tuvieran relación con las cuestiones en litigio y resultaran relevantes para su resolución. En la práctica se adoptó un criterio muy liberal para el término relevancia que determinaba en última instancia el alcance de la exhibición documental.

En tesis de principio, la relevancia que tuviesen los documentos debía comprobarse a través de las alegaciones contenidas en los *pleadings* (escritos de demanda y contestación). Pero la práctica adoptó un test más permisivo y con una interpretación muy amplia del significado de relevancia, los litigantes podían realizar solicitudes de producción documental de carácter masivo.

Esta interpretación fue conocida como el *test Peruvian Guano*¹⁷. Bajo esta rúbrica cualquier documento que pudiera directa o indirectamente afectar los intereses de las partes, sea en lo favorable o desfavorable, era relevante y debía ser exhibido. También se conoció como *train of inquiry*, en otras palabras, se trató de una cadena de investigación que facultaba la revisión de

¹⁵ Jacob, Op. Cit., 99.

¹⁶ Ibid., 94.

¹⁷ *Compagnie Financiere du Pacifique v. Peruvian Guano Company (1882)*. 11 QBD 55, citado en: Lord Woolf, *Access to Justice: Interim Report*. Ch. 21 –Discovery, Reino Unido: HMSO (1995), numeración no indicada. Disponible en: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/interim/chap21.htm>, consultado el 8 de setiembre 2016.

materiales que no necesariamente serían admisibles en el futuro juicio, pero que con el fin de prepararse mejor era procedente su revisión.

Así, el concepto de relevancia tradicionalmente está vinculado a las perspectivas de las partes y no tanto al juez o al jurado. El material probatorio que se busca se entiende relevante para las partes en la medida que les permita un mejor conocimiento de los hechos, para que luego puedan presentar el caso de forma más efectiva ante el juez o jurado.

En definitiva, el *test Peruvian Guano* no imponía límites claros a las solicitudes de exhibición documental que hacían los litigantes. Todo lo que pudiera, directamente o indirectamente, favorecer a una parte a sustentar su caso o a perjudicar el de su oponente no fue fácil de demarcar.

En la práctica, la invocación del *test* fue una luz verde para poder solicitar un número ilimitado de documentos, muchos de los cuales ni siquiera eran revisados por ser completamente impertinentes.

Capítulo II. La producción de documentos en las *Civil Procedure Rules*

Sección I. La reforma procesal civil inglesa: el informe Woolf y la adopción de las *Civil Procedure Rules* de 1998

El cambio transcendental para la justicia civil de Inglaterra y Gales culminó con la aprobación de las *Civil Procedure Rules* de 1998 (en adelante CPR). Estas reglas entraron en vigor el 29 de abril de 1999, fruto de una serie de propuestas y recomendaciones que surgieron a raíz de una concienzuda investigación llevada a cabo por el destacado jurista y juez inglés, Lord Woolf. El trabajo culminó con la publicación de un informe titulado *Acceso a la Justicia (Access to Justice)* en 1996¹⁸, convirtiéndose en el antecedente y sustento de la reforma procesal civil.

¹⁸ Lord Woolf, *Access to Justice: Final Report*, Reino Unido: HMSO (1996), numeración no indicada. Disponible en: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>, consultado el 8 de setiembre 2016.

Los desafíos que la justicia civil inglesa debía superar eran los siguientes: el elevado costo que representaba para las partes el acudir a los tribunales, la complejidad que rodeaba a la normativa procesal y la injustificada dilación para culminar los procesos civiles. Por ello, la reforma buscaba garantizar a los usuarios de la administración de justicia todo lo contrario: una reducción en los costos del litigio, un proceso civil más comprensible y con una duración más razonable.

En efecto, el objetivo primordial de las CPR es lograr “*una administración justa de todos los procesos civiles y que sea proporcional a su cuantía* y se autoproclama como un verdadero *código procesal*”, de acuerdo con las propias palabras de la *Rule 1.1 (1)*^{19 20}.

Entre los objetivos que perseguía la reforma a la justicia civil se encontraban los siguientes: (a) asegurarse de que las partes que inicien un proceso se encuentren en igualdad de armas y oportunidad para presentar o defender su caso; (b) garantizar que los procesos tengan un costo razonable; (c) diseñar una justicia civil comprensible para quienes la utilicen; (d) tratar a cada proceso de forma proporcional a su cuantía, teniendo en cuenta la complejidad de las cuestiones en disputa y las posibilidades económicas de las partes; (e) conferir al juez poderes de gestión sobre el proceso y, por último, (f) alentar el uso medios alternativos²¹.

Sección II. Case management

Un cambio transcendental acaecido con la reforma fue la incorporación del concepto de gestión y supervisión judicial (*case management*), el cual fue pensado con el fin de garantizar un acceso a la justicia civil más eficiente. La introducción del nuevo concepto de gestión de casos concede importantes poderes de dirección al juez, los cuales le permiten ejercer un mayor control

¹⁹ Civil Procedure Rules (1998), (CPR). Disponibles en:

<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/1998/3132/contents/made>, consultado el 8 de setiembre 2016.

²⁰ CPR. Rule 1.1 (1): “These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost.”

²¹ Sobre los objetivos de la reforma procesal civil en Inglaterra y Gales puede consultarse: Woolf, *Access... Interim Report*, Op. cit., Ch. 4 –*The Major Reforms*, numeración no indicada. Disponible en:

<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/interim/chap4.htm>, consultado el 8 de setiembre 2016.

en todas las etapas del proceso. Por ejemplo, el juez tiene la potestad de asignar la tramitación de un caso a la vía procedimental que sea acorde con la naturaleza de las reclamaciones²².

Esta categorización de las disputas ocurre a través de vías procedimentales llamadas *tracks*, y son de tres tipos: los *small claim track*, *fast track* y el *multi-track*²³. Para asignar un determinado caso a la vía correspondiente se toman en cuenta una serie de criterios: la cuantía del asunto, el número de partes, el número de testigos y la complejidad de los asuntos fácticos y jurídicos a decidir.

Comprender esta nueva estructura del proceso civil nos permite también comprender el nuevo formato procesal para la producción documental. La magnitud de la exhibición documental que deben hacer las partes va a depender del *track* que le sea asignado al caso. A partir de esta innovación procesal la producción de documentos sufre una reformulación importante: el control judicial.

Sección III. El antiguo sistema de *discovery of documents* como fuente de costos excesivos

En Inglaterra el *discovery* se convirtió en una fuente de costos que encarecía los procesos judiciales. La producción de documentos resultaba ser una etapa engorrosa, elevaba el costo de litigar a un nivel en el que resultaba poco factible iniciar un proceso judicial a menos de que el monto de la disputa fuera lo suficientemente cuantiosos como para compensar los costos incurridos por los litigantes. Precisamente por ello, el *discovery of documents* fue objeto de estudio en las investigaciones de Lord Woolf con el propósito de buscar alternativas que evitaran a las partes incurrir en gastos excesivos durante el litigio.

²² Woolf, *Access... Interim Report*. Op. Cit., Ch. 6 – *The Approach to Case Management*, numeración no indicada. Disponible en: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/interim/chap6.htm> , consultado el 8 de setiembre 2016.

²³ CPR. Rule 26.1 (2): “*There are three tracks— (a) the small claims track; (b) the fast track; and (c) the multi-track.*”

Diversos reportes identificaron al *discovery* como causa directa de verdaderos problemas para la justicia civil. En el reporte *Heilbron &Hodge* (junio de 1993)²⁴ se indicaba que el elevado costo de los procesos civiles volvía la justicia accesible solo para los más ricos, y que muchos de esos costos estaban asociados directamente al *discovery of documents*. Otra observación hecha por la *City of London Law Society*²⁵, recriminaba los grandes retrasos y costos exorbitantes vinculados al *discovery*, particularmente en disputas comerciales. Además, recriminaba los abusos a los que se prestaba la figura. En ocasiones el *discovery* era utilizado como un arma para presionar al oponente a aceptar acuerdos extrajudiciales con tal no incurrir en los gastos que representaban las solicitudes de exhibición de documentos a escala masiva y que corrían a cuenta de las partes²⁶.

A pesar de las fuertes críticas sobre el *discovery*, no se propuso eliminar la figura en su totalidad. Aunque el bajo el antiguo sistema la figura resultó ser muy desproporcionada, se recalcó que cuando el *discovery* era utilizado adecuadamente permitía alcanzar una determinación justa de las controversias²⁷. Por ende, se procedió a efectuar una reformulación de la figura y no a su completa supresión.

La solución fue ejercer un mayor control sobre el alcance en la producción de documentos²⁸. Al juez debió otorgársele, no sólo la responsabilidad, sino también los medios para asegurar que la producción de documentos estuviera limitada a lo verdaderamente necesario y proporcionado con la cuantía en disputa²⁹. A la responsabilidad del juez se añadió también la

²⁴ De acuerdo con el reporte *Heilbron & Hodge* (junio de 1993): “*At present, the cost of litigation makes it uneconomic to go to court unless the amounts at stake are very large. Our system of justice is in practice available only to the very rich or the very poor. Much of the expense is caused by discovery.*” En Woolf, *Access... Interim Report. Op. Cit., Ch.21–Discovery*, numeración no indicada.

²⁵ De acuerdo con la observación de la *City of London Law Society*: “*One of the major factors responsible for long delays and significant expense in the current procedural system is discovery of documents. In major commercial litigation, in particular, discovery can be a huge task and the resources required to be deployed in carrying it through are often the single most costly item for which the litigant will have to pay in bringing his case to trial.... Discovery is peculiar to common law jurisdictions and the present consultation on the efficiency of our procedural systems is bound to raise, as a key issue, whether the value of discovery, as we know it, justifies the disadvantage it brings.*”, *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ “*We believe, therefore, that discovery and the associated correspondence have become one of the major contributors to wasted cost and delay. This is a great pity because, properly used, discovery is a vital contributor to achieving a just result. It is not mere anecdote that discovery wins cases....*”, en Woolf, *Access... Interim Report. Op. Cit., Ch.21–Discovery*, numeración no indicada.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

responsabilidad de las partes, quienes deben solicitar la exhibición cuando sea justificado y cooperar en la producción documental cuando se reciba una solicitud razonable³⁰.

Con el propósito de arribar a una solución concreta del problema, Lord Woolf identificó cuatro categorías de documentos³¹:

1. Los documentos propios que guarda cada parte: se trata de documentos que están a disposición de las partes y que son los que pueden ser aportados por ellas para sustentar las pretensiones de su caso.

2. Los documentos desfavorables: son aquellos documentos que las partes conocen de su existencia y que pueden afectar negativamente su caso o favorecer la posición de la contraparte.

3. Los documentos relevantes: son todos los documentos relevantes a las cuestiones objeto de disputa, pero que no caen en las anteriores categorías 1 y 2, porque no apoyan o debilitan al caso de ninguna de las partes. Se trata, por ejemplo, de aquellos documentos que pertenecen a la esfera de los antecedentes del caso. Esta categoría incluye documentos que, aunque relevantes, pueden no ser necesarios para la justa determinación del litigio. Precisamente, esta es la categoría que produce la mayor cantidad de documentos y generalmente tienen un efecto mínimo en la determinación del litigio.

4. *Train of inquiry documents*: esta categoría se refiere a los documentos que abarca el *test Peruvian Guano*. Como se mencionó anteriormente, este test involucra una gama de documentos que directa o indirectamente afecten el caso, lo cual torna la exhibición de documentos prácticamente ilimitada, porque se genera una cadena de investigación que permite la revisión de cantidades masivas de documentación.

Las categorías 1 y 2 constituyen lo que se denomina *standard discovery* y las categorías 3 y 4 son *extra discovery*.

³⁰ Woolf, *Access... Interim Report. Op. Cit., Ch.21-Discovery*, numeración no indicada.

³¹ *Ibid.*

La producción de documentos en las categorías 3 y 4 producen el menor beneficio para las partes a un elevado costo³², pues implican la producción de un mayor volumen de documentos que deberán ser examinados, generando con ello mayores gastos para las partes. Dichas categorías consumen mayores recursos y tiempo para ambos litigantes; primero para quienes deben detenerse a buscar entre sus archivos todos los documentos solicitados, generando muchas veces distracciones en las labores cotidianas o actividades de la empresa y, segundo, encarecen el costo de litigar para quien solicita la exhibición, pues cuando la solicitud es cumplida, dicha parte tendrá que sentarse a revisar las columnas de documentos entregados, labor que muchas veces lleva a cabo el equipo de abogados que los representa, significando esto que se deberán pagar las horas de estudio que realizan los abogados.

La propuesta de Lord Woolf fue que en los casos de *fast track* aplicara normalmente un *standard discovery* (categoría 1 y 2), esto sería lo más apropiado tomando en consideración la dimensión de las cuestiones a decidir, que por lo general no son asuntos complejos, ni de una cuantía muy elevada; mientras en el *multi-track*, donde por lo general caen los casos de mayor complejidad y cuantía, también aplicaría el *standard discovery*, aunque podría ser posible aplicar un *extra-discovery* (categoría 3 y 4) cuando la parte solicitante demuestre que existen razones de peso para una exhibición más amplia³³.

Sección IV. El *disclosure of documents* en las *Civil Procedure Rules*: la limitación a la producción de documentos

En vista del problema que suscitaba para el derecho procesal civil inglés el antiguo sistema del *discovery*, las nuevas CPR vinieron a modificar su naturaleza y extensión. Ahora el mecanismo se ha reformulado y se ha adoptado un nuevo sistema denominado *disclosure* (revelación). El término *discovery* desapareció en la nueva normativa quizá por la connotación negativa que adquirió bajo el antiguo sistema.

³² Woolf, *Access... Interim Report. Op. Cit., Ch.21–Discovery*, numeración no indicada.

³³ *Ibid.*

El primer cambio tiene que ver con la iniciación del *discovery* inglés, anteriormente cada parte podía solicitar a la otra la exhibición de documentos sin previa autorización del juez³⁴. Pero ahora el funcionamiento del sistema no está exclusivamente en manos de las partes; sino todo lo contrario, el *disclosure* es posible sólo bajo supervisión del tribunal y de conformidad con los nuevos poderes de gestión que se reconocen al juez (*case management*).

La segunda variación es precisamente en cuanto al alcance de la revelación documental. Sobre este particular punto, el *disclosure* ha venido a significar una importante modificación respecto a la orientación que seguía el antiguo sistema, pues se introduce un test más estrecho que aquel que existió para el *discovery*.

Para las causas civiles o comerciales generalmente se aplica un *standard disclosure*, contenido en la *Rule 31.6* de las CPR. La gama de documentos que deben ser revelados son los siguientes: (a) los documentos en los cuales las partes fundamentan sus pretensiones y pueden ser aportados por ellas desde el inicio, (b) los documentos desfavorables para el propio caso y documentos favorables para el caso de la contraparte y, por último, (c) los demás documentos que sean ordenados por considerarse apropiados según una dirección del tribunal.

Con arreglo a las CPR la noción amplia de relevancia, vinculada al *test Peruvian Guano*, no tiene cabida. Por este motivo, las dos últimas categorías de documentos que identificó Lord Wolf, estas son, la categoría 3 (documentos relevantes) y la categoría 4 (*train of inquiry documents*) no entran dentro del *standard disclosure*. Excepcionalmente es posible solicitar una orden para la producción documental bajo el criterio *Peruvian Guano*, siempre y cuando el tribunal lo considere útil para la justa determinación del conflicto, según lo establece la *Practice Direction 31* de las CPR³⁵. Por lo general, se trata de casos muy especiales, por ejemplo, en temas de fraudes o falsificaciones o donde se requiere rastrear activos. Entre los documentos que caen dentro del

³⁴ El sistema funcionaba sin un verdadero control judicial, pues si bien existía para las partes la posibilidad de solicitar al tribunal una orden que limitara el alcance de la exhibición, en la práctica fueron muy raramente utilizadas dichas solicitudes. La mayoría de las veces que se recurría a la intervención judicial era para obtener más exhibición y no para limitarla. Ver Woolf, *Access... Interim Report, Op. Cit., Ch.21–Discovery*, numeración no indicada.

³⁵ CPR. Practice Direction 31 A, 5. 5 (b): “5.5 An order for specific disclosure may in an appropriate case direct a party to – (...) (b) lead to a train of enquiry....”

train of inquiry, se encuentran estados de cuenta bancarios o registros de llamadas telefónicas³⁶, por ejemplo.

Finalmente, y aparte del *standard disclosure*, que es lo común, existen más alternativas a disposición del tribunal para controlar y direccionar el alcance de la revelación documental a lo que se considere verdaderamente necesario según la naturaleza de la disputa. Así, se puede conseguir una orden del juez para lo siguiente: (a) prescindir de toda revelación si no es necesaria o para limitarla en alguna medida³⁷; (b) obtener una revelación de tema por tema³⁸, y (c) cuando una parte considera insuficiente el *disclosure* hecho por su oponente, puede también acudir a la corte para aplicar por una solicitud de revelación específica³⁹.

Sección V. Procedimiento del *disclosure* en las *Civil Procedure Rules* inglesas

Las CPR exigen que en la demanda se exponga de manera concisa la naturaleza del reclamo y eliminaron la palabra *pleadings*, como tradicionalmente se ha conocido a los escritos iniciales en el *common law*. En cambio, regulan el *statement of case*. De acuerdo con las reglas debe tratarse de un *concise statement*⁴⁰, se trata de un requisito que exige mayor precisión en la exposición del caso; y como si ello no fuera suficiente, la exposición del caso debe además acompañarse una declaración de verdad (*statement of truth*)⁴¹.

El *disclosure* inicia una vez que el tribunal ordene que se proceda con la revelación que se ha asignado al caso –por lo general un *standard disclosure*–. Cuando esto ocurre la parte requerida tiene el deber de hacer una búsqueda razonable⁴² de los documentos solicitados, y al finalizar dicha

³⁶ Julian Gun Cuninghame, *Tactics on Disclosure & Requests for Information*, Reino Unido: Gough Square Chambers (2009), 10. Archivo PDF, disponible en: <https://goughsq.co.uk/wp-content/uploads/2014/02/Disclosure.pdf>, consultado el 9 de septiembre de 2016.

³⁷CPR. Rule 31.5 (1) (b).

³⁸ CPR. Rule 31.13.

³⁹ CPR. Rule 31.13.

⁴⁰ CPR. Rule 16.2 (1) (a).

⁴¹ CPR. Rule 22.1 (1) (a).

⁴² CPR. Rule 31.7 (1): “When giving standard disclosure, a party is required to make a reasonable search for documents....”

búsqueda se debe confeccionar una lista de los documentos existentes acompañada de una declaración jurada con el siguiente contenido: (a) una declaración sobre la extensión de la búsqueda que se ha hecho para localizar los documentos, (b) certificar que se ha comprendido el deber de revelación y (c) certificar que el mejor conocimiento ha sido empleado para llevar a cabo este deber⁴³.

En realidad, a través de la lista se revela la existencia de los documentos a disposición de los litigantes, que es la verdadera intención del *disclosure*: “*A party discloses a document by stating that the document exists or has existed*”⁴⁴. Se procura con esto que la parte tenga acceso a una lista de documentos de los cuales podrá solicitar su inspección. Las listas son intercambiadas entre las partes después de haberse presentado la demanda y contestación. Pero, a partir del conocimiento sobre la existencia de los documentos, es que la parte contraria procederá a la inspección de los mismos⁴⁵. Todo ello se hace con el propósito de evaluar cuales son necesarios para el objeto del proceso y la determinación de los hechos. Al final del procedimiento se hará la aportación específica de aquellos documentos verdaderamente necesarios para la justa sustanciación de la causa.

Cabe señalar que el acceso al *disclosure* también puede darse de manera anticipada, sin haberse entablado formalmente una demanda judicial⁴⁶. Una revelación anticipada es posible en ciertas circunstancias especiales, siempre y cuando conlleve a los siguientes resultados: (a) a una determinación justa de la disputa en una fase preliminar al inicio del proceso⁴⁷, (b) sirva de apoyo para que la controversia sea resuelta sin recurrir al inicio de un proceso judicial y (c) ahorre costos a las partes. Por lo general, la corte estará pendiente de que se reúnan las anteriores condiciones para acordar la procedencia de un *disclosure* anticipado⁴⁸.

⁴³ CPR. Rule 31.10.

⁴⁴ CPR. Rule 31.2.

⁴⁵ CPR. Rule 31.

⁴⁶ CPR. Rule 31.16.

⁴⁷ Por ejemplo, cuando se ha decidido emplear un método alternativo y la revelación de documentos permita a las partes tomar una decisión más informada para tomar acuerdos.

⁴⁸ CPR Rule 31.16 (3) (d).

En relación con lo anterior, igualmente debe mencionarse que las CPR contemplan el deber de preservar toda documentación relevante desde el preciso momento en el cual el litigio es más que previsible, y no a partir del momento en el que proceso es iniciado formalmente. El deber de preservación significa que las partes no deben destruir, alterar o borrar información que podría ser objeto de revelación en el proceso.

Por último, se encuentran las sanciones que prevé la normativa procesal inglesa para hacer cumplir el deber de revelación documental. Como regla general, ninguna parte puede valerse en el proceso de un documento que no ha sido revelado o respecto del cual no ha permitido su inspección, excepto en el caso que la corte haya decidido que tal documento no debe ser inspeccionado⁴⁹. Otra sanción puede darse cuando una parte no cumple una orden del juez en materia de revelación es la desestimación de la demanda⁵⁰; incluso, una parte podrá ser declarada en desacato cuando se descubre que ha realizado una declaración jurada de revelación documental falsa. Por último, cuando una parte solicitó una revelación muy amplia que al final resultó no ser necesaria, puede sufrir una penalización en las costas del litigio⁵¹.

Sobre el *disclosure* siguen aplicando las regulaciones sobre *privilege*, esto es, el derecho que tienen las partes de proteger cierto tipo de información. De modo que siempre va a constituir una excepción a los deberes de revelación. Debe mencionarse, por tanto, que no todos los documentos que componen la lista que se ha revelado a la contraparte van a ser examinados, pues si existen documentos privilegiados en la lista, dichos documentos quedan protegidos automáticamente.

Todavía hay problemas en el *disclosure*, particularmente en materia de *e-disclosure*, que tiene ver con documentos en versión electrónica. Por su especial naturaleza, se ha implementado un tratamiento específico con el fin de realizar una revelación ordenada, clara y eficiente del material electrónico.

⁴⁹ CPR Rule 31. 21.

⁵⁰ CPR Rule 3. 4 (2) (c).

⁵¹ CPR Rule 44.5 (3)(a).

Sección VI. Deber de revelación documental o *disclosure*

El *disclosure* se configura en las CPR como un auténtico deber. Este deber tiene un fundamento normativo en la *Rule 31.8* y se compagina con otro deber adicional, que es el deber de búsqueda del material solicitado, de modo que el litigante debe hacer un esfuerzo para dar con los documentos a través de una búsqueda razonable, ello con fundamento legal en la *Rule 31.7*.

Se trata de un deber muy particular, según las CPR lo que existe es un deber de revelación que permite, a través de una lista, revelar los documentos que están en poder de las partes. No es un deber automático, opera únicamente cuando el tribunal emite una orden en esa dirección. Por lo tanto, es el juez quien decide, caso por caso, el deber de revelación que operará, para lo cual tomará en cuenta las circunstancias propias de cada caso y la necesidad de la revelación para la resolución del litigio. Una vez que el tribunal dé luz verde al deber de revelación, queda a criterio de los litigantes realizar la inspección de los documentos que considere útiles para que posteriormente sean aportados al proceso.

Las CPR toman en cuenta importantes consecuencias negativas para quienes incumplen el deber de revelación. Las consecuencias pueden ser de índole procesal, como es el hecho de que la parte que no reveló un documento no puede, posteriormente, hacerlo valer en el proceso, o la imposición de costas por solicitar revelaciones desproporcionadas. Otra consecuencia procesal es la desestimación de la demanda. La sanción más grave, sin embargo, es cuando una parte se declara en desacato al emitir una declaración jurada falsa que tenga que ver con el deber de revelación.

Capítulo III. Estados Unidos

Sección I. El Field Code y el fact pleading

El *discovery* es una figura paradigmática en el derecho procesal de los Estados Unidos. Pero resulta interesante mencionar el hecho de que el ordenamiento procesal norteamericano no lo contempló en el pasado, y que es fruto de una adopción legislativa subsecuente.

Dos conjuntos normativos memorables han regulado el proceso civil norteamericano a través de la historia, estos son el *Field Code* y las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938 (en adelante, FRCP). Con el objetivo de arribar a una visión más clara de lo que significa el *discovery* en la cultura jurídica anglosajona, se revisa la normativa que reguló el proceso civil con anterioridad a las FRCP, y seguidamente, se procede con un análisis de la introducción del *discovery* en la justicia civil norteamericana a través de las FRCP.

La normativa procesal que rigió las causas civiles en Estados Unidos previo a la promulgación de las FRCP fue el *Field Code*. El código se aprobó por primera vez en el estado de Nueva York en 1848 y más tarde sirvió de modelo para la adopción de otros códigos en las jurisdicciones de varios estados⁵². El *Field Code* fue una obra jurídica ambiciosa, que buscaba dotar de mayor orden a la legislación procesal, y entre sus objetivos estaba fusionar en un solo cuerpo legal la clásica separación entre *law* y *equity*⁵³.

David Dudley Field, creador del código, tomó ideas, conceptos y elementos de las legislaciones procesales de distintos países de Europa, que luego plasmó en el código. Entre las notas peculiares que poseía el antiguo código, en comparación con las modernas reglas procesales que rigen en la actualidad en los Estados Unidos, se encuentra el *fact pleading* y un limitado *discovery*.

⁵² Charles E. Clark, "History, Systems and Functions of Pleading", *Virginia Law Review*, Vol. 11 (1925), 532. Archivo PDF, disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3254/, consultado el 8 de octubre 2016.

⁵³ Setephen N. Subrin, "David Dudley Field and the Field Code: A Historical Analysis of an Earlier Procedural Vision", *Law and History Review*, Vol. 6, No. 2 (1988), 318. Archivo PDF, disponible en: <http://www.jstor.org/stable/743686?doi=1>, consultado el 8 de octubre 2016.

En el plano de la iniciación del proceso el *Field Code* buscó garantizar una regulación uniforme de los *pleadings*. Tradicionalmente, en el *common law* las partes inician el proceso con lo que suele comúnmente llamarse *pleadings*; básicamente, se trata de los escritos iniciales que presentan las partes al tribunal, como sería la demanda y contestación o *pleadings*.

Pero, a través de la historia, han operado distintos tipos de *pleadings*. El clásico *pleading* en el *common law* fue el *issue pleading*⁵⁴, cuya lógica era procurar que el procedimiento se condujera con un único punto de discusión, ya fuera de hecho o de derecho. El primer punto se remitía al jurado mientras el segundo al juez. Luego, se intentó innovar con un nuevo sistema, quizá por las dificultades técnicas que ya en el pasado se habían experimentado con las clásicas formas de acción ligadas al sistema del *issue pleading*.

La innovación en el *common law* fue el sistema de *fact pleading* y, más tarde en el contexto norteamericano, el *notice pleading*.

El *fact pleading* se introdujo por primera vez en el *common law* a través del *Field Code*. El código neoyorquino requería a las partes que en sus escritos introductorios realizaran una descripción precisa de los hechos que sustentaban la acción: “*The complaint must contain (...) a plain and concise statement of the facts, constituting each cause of action, with unnecessary repetition.*”⁵⁵ A través de una detallada descripción fáctica se procuraba conseguir la fijación definitiva de los hechos que en última instancia debían ser objeto de prueba en el proceso. Posteriormente una nueva legislación modificó ligeramente el requisito, pero mantuvo la necesidad de describir con suficiente precisión los hechos de la controversia. Se trató de la *Civil Practice Act of New York* de 1921, que dispuso lo siguiente: “*Every pleading shall contain a plain and concise statement of the material facts, without unnecessary repetition, on which the party pleading relies, but no the evidence by which they are to be proved.*”⁵⁶

⁵⁴ Clark, *History, Systems and Functions of Pleading*, 525.

⁵⁵ Walter W. Cook, “*Statements of Fact in Pleading under the Codes*”, *Columbia Law Review*, Vol. 21 (1921), 416. Archivo PDF, disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4023/, consultado el 8 de octubre 2016.

⁵⁶ *Ibid*, 417

El *fact pleading* también es conocido en el *common law* como *code pleading*. Las disposiciones normativas transcritas arriba contienen lo que se consideró “*the key of the reform*” del *code pleading*, es decir, el requisito de narrar suficientes hechos con un lenguaje sencillo y conciso⁵⁷.

En realidad, el *Field Code* fracasó en simplificar las normas del proceso civil, particularmente en materia de *pleadings*. Pronto se presentaron serios problemas por la adopción del *code pleading*; entre otras cosas, surgieron conflictos sobre la cantidad de detalle fáctico que debía incluirse en la demanda⁵⁸. También conflictos sobre la distinción entre hechos, prueba y conclusiones de derecho⁵⁹. La simplicidad que muchos creyeron encontrar implícita en la exigencia contenida en el nuevo *code pleading* fue en realidad aparente, y miles de decisiones judiciales fueron emitidas sobre la base de si el demandante había descrito los hechos de una manera aceptable⁶⁰. Por ende, la adopción del *fact pleading* vino a significar serios problemas en la práctica, ya que en general los operadores jurídicos no estaban familiarizados con un requisito de tal índole.

En la práctica, los abogados continuaron atados a la tradición. A pesar de la reforma los abogados continuaron utilizando los antiguos escritos ligados a las clásicas formas de acción del *common law*, simplemente copiando un escrito en la manera en que ya había sido aprobado por una decisión judicial anterior⁶¹. En respuesta, los tribunales continuaban citando los precedentes emitidos durante la aplicación de dichas formas de acción⁶², lo que en última instancia trajo mucha confusión.

⁵⁷ Charles E. Clark, “*The Complaint in Code Pleading*”, *Yale Law Journal*, Vol. 35, No. 3 (1926), 259. Archivo PDF, disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3211/, consultado el 10 de octubre 2016.

⁵⁸ Emily Sherwin, “*The Jurisprudence of Pleading: Rights, Rules, and Conley v. Gibson*”, *Howard Law Journal*, Vol. 51 (2008), 77. Archivo PDF, disponible en: http://scholarship.law.cornell.edu/lrsp_papers/105, consultado el 10 de octubre 2016.

⁵⁹ Clark, *The Complaint in Code Pleading*, Op. Cit., 264.

⁶⁰ Cook, Op. Cit., 417.

⁶¹ George Ragland, *Discovery before trial*, Chicago: Callaghan and Company (1932), 7.

⁶² Clark, *The Complaint in Code Pleading*, Op. Cit., 273.

Sección II. Limitado *discovery* en el *Field Code*

Por otra parte, otra nota peculiar del código neoyorquino era el limitado *discovery*. En este campo las opciones disponibles para acceder a las fuentes de prueba en control de la parte contraria eran muy limitadas⁶³.

En primer lugar, David Dudley Field pretendía reducir la gama de documentos a utilizar en los litigios. Con el *Field Code* desapareció el *bill of discovery* propio de las jurisdicciones de equidad, y con ello la posibilidad de acceder a interrogatorios antes del juicio (*before trial*). Inclusive muchas cortes procedieron a limitar cada vez más el de por sí restringido *discovery* que estaba disponible. Además, no existían disposiciones en el código que facultaran a las partes a tomar interrogatorios. En materia documental únicamente existía la posibilidad de solicitar el permiso a la corte para la inspección y copia de documentos en posesión o control de la contraria, que tuvieran relación con las pretensiones o excepciones de fondo. Aun así, la parte contraria podía negarse a exhibir el documento solicitado para su inspección, y la única sanción por su negativa era no poder valerse del documento como prueba en el juicio. Era posible tomar la declaración anticipada del adversario siempre y cuando se realizara ante la dificultad futura de no poder comparecer en el juicio; lo cual implicaba someter las declaraciones tomadas anticipadamente a las mismas reglas del juicio, es decir, eran realizadas ante el juez, quien supervisaba las objeciones a las preguntas que debía responder el oponente⁶⁴.

Sección III. Críticas al *fact pleading*: “los escritos por sí mismos son insuficientes para preparar el caso y no pueden ser la única base para el juicio”.

El sistema de *fact pleading* causó serios inconvenientes en los Estados Unidos. Según uno de los mayores críticos de dicho sistema, el autor Edson R. Sunderland, el requisito de que se narren con suficiente precisión los hechos no aportaba ningún tipo de ayuda para que las partes pudieran preparar su caso de una manera adecuada.

⁶³ En realidad, el funcionamiento del *discovery*, en esta etapa de la historia del proceso civil norteamericano era el equivalente a la prueba anticipada en los ordenamientos procesales del *civil law*.

⁶⁴ Subrin, Op. Cit., *David Dudley Field and the Field Code* ..., 332.

Sunderland criticó severamente la inexistencia de un ofrecimiento de las pruebas en los escritos iniciales, lo cual generaba una incertidumbre para los litigantes, al no conocer los medios de prueba que efectivamente se llegarían a utilizar en el juicio⁶⁵.

El problema para el demandado era que no podía conocer, directamente del escrito de demanda, la prueba que su oponente utilizaría en el juicio; esto a su vez no le permitía anticipar cuál medio de prueba resultaría más idóneo utilizar para su defensa (no podía determinar si el actor se apoyaba solo en documentos o en conversaciones orales que sostuvieron las partes o en ambas).

Ligado a lo anterior estaba el hecho de que abogados habilidosos incluían en los escritos una variedad distinta de hechos con el fin de ocultar o distraer el punto central de la discusión. Por su parte, abogados cautelosos incluían todos los posibles hechos en favor de su cliente; pero el resultado era el mismo: la otra parte no podía anticipar con claridad cuáles de los distintos hechos alegados serían objeto de prueba en el juicio y cuáles serían ignorados en su totalidad⁶⁶.

La misma incertidumbre que provocaba el escrito del actor se podía encontrar en el escrito de contestación que presentaba el demandado. Las negaciones que redactaban los abogados en la contestación de demanda eran ampliamente genéricas, lo que les permitía ocultar la verdadera posición que tomarían en el juicio. Al negar de forma general todas las afirmaciones del actor, el demandado no aportaba ninguna información concreta al caso, no pudiendo esclarecerse desde los escritos, cuál hechos estaban en disputa y cuáles no⁶⁷. Bajo este escenario los escritos estaban siendo utilizados para limitar las capacidades del adversario; ya sea dándole la mínima información, información no relevante o, peor aún, ocultándole información del todo.

⁶⁵ “(...) *allegations in pleadings are required to deal with facts of generalized type, known as material or ultimate facts, and not with evidence. How these ultimate facts will be proved at the trial cannot be determined from the pleadings.*” Edson R. Sunderland, “*Scope and Method of Discovery before Trial: Inadequacy of the Pleadings as a Basis for Trial*, *The Yale Law Journal*, Vol. 42, No. 6 (1933), 863. Archivo PDF. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/790981><http://doi.org/10.2307/790981>, consultado el 10 de octubre 2016.

⁶⁶ “The other party has no way of determining from the pleadings what facts will actually become the subject of proof and what be merely ignored at the trial.” Sunderland, *Op. Cit.*, 864.

⁶⁷ *Ibid.*

En circunstancias como las anteriores los litigantes encontraban serios problemas a la hora de prepararse para el debate oral. El litigante cauteloso, para anticipar todas las alternativas probatorias con las cuales su oponente podía valerse en juicio, debía incurrir en cuantiosos gastos para reunir un conjunto de pruebas que al final de cuentas no sabía si serían de utilidad en el juicio. Si por el contrario decidía limitar la preparación a las cuestiones que él suponía o predecía se plantearían en juicio, corría el riesgo de ser víctima de sorpresas de última hora, sin contar con oportunidad real para responder con una estrategia de defensa⁶⁸.

La manera en que eran utilizados los escritos iniciales impedía a las partes discutir acuerdos previos que evitaran la celebración del juicio. En la medida en que las partes desconocían la capacidad que tenía el oponente para probar sus afirmaciones, no existía ningún incentivo o base sólida para concertar arreglos extrajudiciales. Las afirmaciones por sí mismas no determinan los arreglos entre las partes, los medios de los que disponen para probar dichas afirmaciones sí constituyen una base objetiva para discutir posibles salidas del conflicto. Esto fue considerado como algo negativo del sistema, muchísimos casos podían ser transados, y tal oportunidad se desaprovechaba en perjuicio de la justicia; al no poderse conocer de antemano la fortaleza o debilidad de las reclamaciones⁶⁹.

En suma, Sunderland creyó que los escritos por sí mismos jamás podían constituir una base suficiente para el juicio, y consideró el no ofrecimiento de pruebas como una falencia imperdonable del sistema, que permitió en la práctica muchos abusos de parte de los abogados.

La justicia estaba siendo obstruida por artimañas de abogados que recurrían a impugnar los escritos de alegaciones con base requisitos extremadamente técnicos, a ocultar información y a la introducción sorpresiva de prueba el día del juicio.

⁶⁸ Sunderland, Op. Cit., 864

⁶⁹ Ibid.

Sección IV. La propuesta de una nueva reforma que previera un mecanismo preliminar para la clarificación de los hechos y la reunión de pruebas: el *pretrial discovery*

Mientras David Dudley Field, quien fue abogado de marcada ideología liberal⁷⁰, consideraba como lo más idóneo que cada parte actuara por su propia cuenta y era mal visto ayudar al oponente a preparar su caso, Edson R. Sunderland vislumbraba una alternativa verdaderamente radical y revolucionaria: brindar a las partes la oportunidad de conocer las armas que utilizaría el oponente el día del combate.

El derecho procesal estadounidense excluía la posibilidad de indagar en las aptitudes y capacidades que tenía el oponente para presentar su caso ante la justicia. Permitir a un litigante ir de *pesca* en los asuntos personales de la contraria fue desaprobado expresamente incluso a nivel de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (en adelante, Corte Suprema)⁷¹. El término en inglés *fishing expedition* (literalmente, expedición de pesca), pronto cobró una connotación negativa entre el gremio de abogados⁷².

La concepción procesal que prevalecía en aquel período estaba muy cerca de terminar y sería remplazada por una nueva forma de concebir el proceso civil. Ante la insalvable dificultad que las partes enfrentaban para preparar apropiadamente su defensa solamente desde los escritos iniciales, era una necesidad para el litigante obtener de alguna manera aquella información relevante con anticipación al juicio. Estas circunstancias se presentaron en un entorno en el cual el tiempo y los gastos se convertían en factores determinantes del litigio; la preparación de las partes

⁷⁰ Stephen N. Subrin, “*Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*”, *Boston College Law Review*, Vol. 39, No. 3 (1998), 696. Archivo PDF, disponible en: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol39/iss3/6>, consultado el 10 de octubre 2016.

⁷¹ “In 1911, the U.S. Supreme Court denounced as a «fishing bill» any effort by a party to «pry into the case of his adversary to learn its strength or weakness».” Seymour H. Moskowitz, “*Rediscovering Discovery: State Procedural Rules and the Level Playing Field*”, *Rutgers Law Review*, Vol. 54, No.3 (2002), 600. Archivo PDF, disponible en: http://scholar.valpo.edu/law_fac_pubs/104/, consultado el 10 de octubre 2016.

⁷² “Field’s libertarian views explain the pejorative power of the term «fishing expedition»: to permit fishing in the opponent’s mind or files, under the auspices of the judiciary was an outrage to those who opposed expanded discovery.” Subrin, Op. Cit., *Fishing Expeditions Allowed* ..., 697.

se tornaba, por tanto, indispensable. Aquí comenzó a verse la necesidad de un mecanismo más apto para la clarificación de los hechos y la eliminación de acciones ficticias.

Bajo este contexto es que surgió la idea central de la siguiente reforma procesal, una de las más significativas del derecho procesal civil estadounidense.

Pronto, se observó que el único mecanismo que podía brindar un auxilio a los litigantes para preparar adecuadamente las causas civiles era el *discovery*. El problema fue que históricamente el acceso al *discovery* era percibido como un procedimiento engorroso y, por tanto, desalentaba a las partes recurrir a él. Entonces fue necesario modernizarlo.

A nivel federal, según las *Federal Equity Rules*, existió la posibilidad de tomar interrogatorios o solicitar la exhibición de documentos de forma previa al juicio. Sin embargo, tal posibilidad fue muy limitada^{73 74}, y algunas interpretaciones judiciales dejaban en claro que los anteriores dispositivos se podían utilizar sólo para apoyar el propio caso, pero no para conocer el del adversario. Las clásicas restricciones sobre el *discovery* comenzaron a ser objeto de serias críticas.

Sunderland señaló que se debía modernizar el *discovery*, y para ello había concretadamente dos caminos: ampliar su alcance y mejorar los mecanismos ya existentes. Sunderland, quien promovía un uso más amplio del *discovery*, tomó como base una práctica espontánea surgida y aceptada en las jurisdicciones algunos estados. La práctica autorizaba flexibilizar los tradicionales requisitos para recibir prueba anticipadamente, esto con el objeto de permitir a los litigantes evaluar las pruebas que se su adversario pretendía utilizar en su contra⁷⁵.

⁷³ “The Field Code permitted depositions of the opposing party: ‘In contrast to the Federal Rules [however] the Code depositions was in lieu of calling the adverse party at the trial, and subject to «the same rules of examination» as at trial. A pretrial deposition was to be before a judge, who would rule on evidence objections’.” Subrin, Op. Cit., *Fishing Expeditions Allowed* ..., 696.

⁷⁴ “Under the codes, a plaintiff could not even get into discovery unless she could independently substantiate such suspicions, for substantiation had to be manifested in a complaint that stated ‘facts’.” Geoffrey Hazard, “*Discovery Vices and Trans-Substantive Virtues in the Federal Rules of Civil Procedure*”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 137 (1989), 2241. Archivo PDF, disponible en: http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1511/, consultado el 8 de setiembre 2016.

⁷⁵ “Many States, on the other hand, have totally abandoned the chancery restrictions upon discovery, and have made it directly and broadly available as a means of ascertaining from the adverse party what evidence he proposes to bring

Sunderland, refiriéndose a dicha práctica, manifestó lo siguiente:

*“Los abogados que constantemente lo emplean en la práctica lo encuentran como una ayuda sumamente valiosa para promover la justicia. El proceso de descubrimiento sirve la misma función en el campo del derecho como los rayos X en el campo de la medicina y la cirugía; si su uso puede ser lo suficientemente extendido y sus métodos simplificados, el litigio dejará de ser en gran medida un juego de azar.”*⁷⁶

La práctica judicial que flexibilizaba los requisitos de la prueba anticipada sirvió de antecedente para diseñar el *discovery* introducido en las FRCP. En opinión de Sunderland, la solución para preparar correctamente las causas se encontraba en instaurar un procedimiento preliminar para el intercambio de información entre partes: el *pretrial discovery*. Entre los principales beneficios de dicho mecanismo preliminar estaban los siguientes: la posibilidad de eliminar las sorpresas en el juicio, preservar la prueba ante cualquier incapacidad sobrevenida de las partes o los testigos, disminuir la importancia de los escritos de alegaciones, aumentar la efectividad de los juicios sumarios, centrar el debate en los puntos controvertidos, permitir a los litigantes evaluar las fortalezas y las debilidades de cada uno y, por último, permitir a las partes concertar arreglos previos al juicio de manera informada⁷⁷.

Durante el proceso de redacción de las FRCP se designó a Sunderland para redactar las reglas del *discovery*. La propuesta que él presentó al Comité Asesor incluyó cada uno de los métodos que se conocen actualmente (*oral and written depositions, written interrogatories, motion to inspect and copy documents and to inspect tangible and real property, physical and*

forward. In other words, these states make discovery not only for attack but for defense –no merely to aid parties in assembling their own proof but to protect them for surprise and to relieve from taking unnecessary and useless precautions to meet evidence that will never be offered. These states include Alabama, Indiana, Iowa, Kentucky, Louisiana, Massachusetts, Missouri, Nebraska, New Hampshire, Ohio, Texas, and Wisconsin, and the same practice prevails in the Canadian provinces of Ontario and Quebec.” Sunderland. Op. Cit., 870.

⁷⁶ Subrin, Op. Cit., *Fishing Expeditions Allowed ...*, 717. Traducción libre para los efectos de esta cita, cuyo texto en inglés dice: ““Lawyers who constantly employ it in their practice find it an exceedingly valuable aid in promoting justice. Discovery procedure serves much the same function in the field of law as the X-ray in the field of medicine and surgery; and if its use can be sufficiently extended and its methods simplified, litigation will largely cease to be a game of chance.”

⁷⁷ Subrin, Op. Cit., *Fishing Expeditions Allowed ...*, 716.

mental examination of persons y request for admissions). Sunderland recalcó que el mecanismo diseñado por él no tenía precedentes, sino que era una propuesta ecléctica que logró combinando diferentes instrumentos que estaban siendo utilizados en las jurisdicciones de distintos estados⁷⁸.

Sin embargo, la propuesta de Sunderland se consideró muy amplia, por lo que algunos miembros del Comité Asesor expresaron su preocupación sobre un mecanismo que pudiera ser utilizado para ocasionar molestias o chantajes. Entre las preocupaciones que se expusieron a lo largo del proceso de adopción de las FRCP, estaba la del juez Edward Finch, quien señalaba que el *discovery* podía favorecer a los demandantes a través del litigio especulativo o litigios con base en sospechas y no en hechos⁷⁹. Otros temían que un mecanismo muy abierto y liberal podía dar lugar a intrusiones excesivas en el derecho a la privacidad de los individuos; también se podía vulnerar el derecho al jurado y el derecho a declarar públicamente ante un juez o en *open court*⁸⁰.

Para superar las severas oposiciones que sufrió el *pretrial discovery* diseñado por Sunderland, se optó por permitir a las partes utilizar la orden judicial de protección (*protective order*), de tal manera se admitió un sistema liberal de *discovery* con el recurso excepcional a los tribunales para controlar posibles abusos a solicitud de quien se considere ofendido por una petición extralimitada⁸¹.

El revolucionario paso al *pretrial discovery* debía acompañarse de un nuevo sistema de *pleadings*. Por dicha razón las FRCP mudaron a un sistema de *notice pleading*, donde se requiere únicamente “*a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief*”. El nuevo sistema sólo exige una exposición breve y sencilla de la reclamación y, en consecuencia, no es necesario que se incluya en la demanda un relato fáctico detallado y preciso⁸².

⁷⁸ Subrin, Op. Cit., *Fishing Expeditions Allowed ...*, 719.

⁷⁹ Ibid., 731.

⁸⁰ Ibid., 732.

⁸¹ Ibid., 743.

⁸² FRCP. *Rule 8 (a) (2)*, es una regulación que ni siquiera incluye la palabra *facts* (o hechos) como lo hacen la mayoría de códigos en el civil law. Sin embargo, decisiones judiciales más recientes han matizado un poco los alcances de esta regulación.

El cambio fue dirigido a reducir la importancia de los *pleadings*⁸³ y trasladar la definición de los hechos principales de la causa a etapas posteriores⁸⁴. Bajo el sistema de *notice pleading*, el propósito que tienen los escritos iniciales es únicamente informar a la parte contraria sobre la naturaleza de la reclamación. La Corte Suprema ratificó el sistema de *notice pleading* en el caso *Conley v. Gibson*, manifestando que “*a complaint should not be dismissed for failure to state a claim unless it appears beyond doubt that the plaintiff can prove no set of facts in support of his claim which would entitle him to relief...*”, después añade: “*the Rules require is a «short and plain statement of the claim» that will give the defendant fair notice of what the plaintiff’s claim is and the grounds upon which rests.*”⁸⁵

En conclusión, las FRCP hicieron tres cambios sistemáticos: simplificaron los *pleadings*, rediseñaron las reglas de la acumulación de demandas y litisconsorcios e implantaron el *pretrial discovery*⁸⁶.

El Comité Asesor realizó el último reporte en noviembre de 1937 y el proyecto definitivo fue entregado a la Corte Suprema para su revisión. Los jueces supremos no realizaron ningún cambio importante a las reglas, las cuales entraron en efecto en setiembre de 1938. El procedimiento de *discovery* quedó regulado de forma definitiva a partir de la Rule 26 hasta la Rule 37 de las FRCP.

Sección V. Primeras aplicaciones del *pretrial discovery*

Las FRCP instauraron un innovador sistema de *discovery* con una configuración muy amplia. De modo que su entrada en vigencia provocó una respuesta muy tímida por parte de los

⁸³ Dodson, S. (2010). Comparative Convergences in Pleading Standards. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.158, No. 2, pp. 447-448. Archivo PDF, disponible en: http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1511/, consultado el 10 de octubre 2016.

⁸⁴ Las funciones de la antigua regulación han sido trasladadas a otras etapas posteriores como el *discovery*, *pre-trial conference* y el juicio (*trial*). Se trata de un sistema muy flexible en cuanto a las alegaciones iniciales, ya que pueden ser modificadas, aclaradas o complementadas en etapas posteriores.

⁸⁵ Sherwin, Op. Cit., 73.

⁸⁶ Hazard, Op. Cit., *Discovery Vices...*, 2238.

tribunales, quienes al parecer necesitaban algún tiempo para adaptarse al cambio que trajo la nueva legislación.

Existieron decisiones de tribunales que limitaron el *discovery* a aquellos medios de prueba que fueran admisible en el juicio, por ejemplo, no se permitía interrogar a una persona que no tuviera conocimiento directo del asunto, esto se conoce en el *common law* como *hearsay evidence* o prueba de segunda mano. Mientras tanto, otros tribunales permanecieron fieles a la clásica restricción sobre el *discovery*, se autorizaba el uso del *discovery* para preparar el propio caso, pero no le concedieron un alcance tan amplio como para evaluar las defensas del oponente⁸⁷.

Debido a la presencia de serios desacuerdos entre los tribunales en la incipiente aplicación de las novedosas reglas, fue necesario implementar las primeras enmiendas a las FRCP. Por indicación del Comité Asesor, la Corte Suprema promulgó en 1946 una serie de modificaciones que vinieron a completar la revolución que representó el *pretrial discovery*. Dentro de dichas modificaciones, la más importante fue que cada uno de los métodos del *discovery* se sometería a la misma pauta o fórmula de aplicación (*Scope of discovery*) recogida en la *Rule 26* de las FRCP⁸⁸. La nueva disposición estableció que el *discovery* puede ser utilizado para buscar cualquier información relevante, que, aunque no sea admisible por sí misma en el juicio, pueda conducir a obtener pruebas admisibles⁸⁹. Por ejemplo, el *discovery* permitiría obtener la declaración de un testigo que, aunque no era admisible en el juicio, resultare relevante para encontrar pruebas admisibles.

La anterior pauta es muy amplia y se introdujo con la intención de darle utilidad práctica al *discovery*; se objetó que, si se utilizara el criterio de admisibilidad de pruebas para el juicio, limitaría en gran medida la utilidad del *discovery* como mecanismo de descubrimiento de información relevante. Por esta razón, el mecanismo se ideó como una etapa previa al juicio para

⁸⁷ Subrin, Op. Cit., *Fishing Expeditions Allowed ...*, 734.

⁸⁸ *Ibid.*, 736.

⁸⁹ “The main change was the addition of the now-familiar sentence: ‘It is not ground for objection that the testimony will be inadmissible at trial if the testimony sought appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence.’”, Subrin, Op. Cit., *Fishing Expeditions Allowed ...*, 734.

la investigación de los hechos y la reunión de información, que permitiera a las partes encontrar los medios de prueba más concluyentes para ser efectivas sus pretensiones y defensas en el juicio.

En el caso *Hickman v. Taylor* la Corte Suprema resaltó la importancia del nuevo mecanismo:

“*Mutual knowledge of all relevant facts gathered by both parties is essential to proper litigation.*”⁹⁰

En esta ocasión la Corte Suprema se pronunció sobre el espíritu de la nueva legislación procesal y sobre el alcance del *discovery*. En esta línea indicó que se daría un tratamiento muy liberal a las reglas: “*We agree, of course, that the deposition-discovery rules are to be accorded a broad and liberal treatment. No longer can the time-honored cry of «fishing expedition» serve to preclude a party from inquiring into the facts underlying his opponent’s case*”⁹¹. Pero también aprovechó la oportunidad para realizar la aclaración de que el *discovery* no podía carecer de límites y, por tanto, no podía ser empleado de mala fe para acosar, avergonzar u oprimir al adversario⁹².

En la original regulación de las FRCP se estableció como requisito previo para acceder a la producción de documentos demostrar *good cause*, esto es, demostrar una causa justificada para que la contraparte proceda a exhibir los documentos bajo su dominio. Sin embargo, en 1970 se incorporaron algunas enmiendas a las reglas del *discovery*, una de las cuales se encargó de eliminar el requisito de alegar una causa justificada para solicitar la producción de documentos⁹³. Además, se permitió a las partes utilizar los dispositivos de descubrimiento con la frecuencia que desearan⁹⁴. Con estas modificaciones se robusteció el formato liberal del *discovery* plasmado en las FRCP.

⁹⁰ 329 U.S. 495 (1947). Citado en: Moskowitz, Op. Cit., 599.

⁹¹ Subrin, Op. Cit., *Fishing Expeditions Allowed ...*, 739.

⁹² Jonathan M. Redgrave y Ted S. Hiser, “*The Information Age, Part I: Fishing in the Ocean, A Critical Examination of Discovery in the Electronic Age*”, *The Sedona Conference Journal*, No. 2: Conferences 6-9 (2001), 199. Archivo PDF, disponible en: <http://www.jonesday.com/sedona-conference-journal-article-regarding-discovery-in-the-electronic-age-published-09-01-2001/>, consultado el 10 de octubre 2016.

⁹³ John H. Beisner, “*Discovering a Better Way: The Need for Effective Civil Litigation Reform*”, *Duke Law Journal*, Vol. 60 (2010), 560. Archivo PDF, disponible en: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1482&context=dlj>, consultado el 10 de noviembre 2016.

⁹⁴ *Ibid.*

Desde su promulgación en 1938, la normativa sobre el *discovery* contenida en las nuevas FRCP ha sido objeto de constantes revisiones y se han realizado importantes modificaciones.

Sección VI. Métodos disponibles para el *pretrial discovery* regulado en las *Federal Rules of Civil Procedure*

El *pretrial discovery* consiste en un conjunto de actos procesales que permite a ambos contendientes conocer las fortalezas y debilidades de ambos litigantes; ello con el fin de prepararse de cara al juicio. Debe enfatizarse que a través del *discovery* no sólo se buscan pruebas en sentido estricto, sino cualquier tipo información que pueda resultar útil y relevante para determinar las posiciones de las partes en el conflicto. Las FRCP contienen las disposiciones que regulan los distintos métodos del *discovery* que permiten literalmente descubrir los hechos y cualquier información relacionada al caso.

Las FRCP regulan los siguientes dispositivos procesales que pueden utilizar las partes para obtener información de la parte contraria: a) *depositions*; b) *interrogatories*; c) *document production, things and entering onto land for inspection*; d) *physical and mental examination*; y e) *request for admission*. A continuación, se detallan algunos puntos al respecto.

a) *Depositions to perpetuate testimony (Rule 27, FRCP)*: es un dispositivo que busca perpetuar el testimonio de testigos antes de que se inicie formalmente el proceso judicial siempre y cuando se cumpla los requisitos que establece la norma.

b) *Oral depositions (Rule 30, FRCP)*: es un interrogatorio de parte o de testigos tomado oralmente, en una sesión privada y bajo juramento⁹⁵. Usualmente no se requiere la autorización del tribunal para iniciar los interrogatorios salvo en algunas excepciones, por ejemplo, cuando se van a tomar más de diez declaraciones o el testigo ya ha dado su declaración en el mismo procedimiento. La parte que hace la solicitud debe notificar a los declarantes en un tiempo

⁹⁵ Kevin M. Clermornt, *Principles of Civil Procedure*. Minnesota: West Group (2005), 68.

razonable. Normalmente, se llevan a cabo en las oficinas de los abogados⁹⁶, y cuando se toma la declaración están presentes los abogados y un reportero de la corte que se encarga de tomar el juramento al declarante. Los abogados pueden interrogar y contrainterrogar al declarante, así como realizar objeciones a las preguntas hechas en dicha gestión, todo lo cual queda debidamente registrado. Según lo establece la regla el límite para las declaraciones no puede superar las siete horas por día. Hasta cierto punto, es algo muy semejante a una audiencia de recepción de prueba, pero sin el juez⁹⁷. Cabe mencionar que este es uno de los dispositivos más importante que tienen las partes a su disposición, ya que permite evaluar la idoneidad o capacidades de un testigo, y tomar decisiones acerca de la utilidad de rendir o no su testimonio en el juicio.

c) *Written depositions (Rule 31, FRCP)*: es un método similar al anterior, sin embargo, en este caso las preguntas se hacen por escrito. El funcionario de la corte simplemente lee las preguntas a los declarantes y registra las respuestas; además, los abogados no requieren estar presentes⁹⁸. Suelen usarse muy raramente al no contar con la flexibilidad que ofrecen las declaraciones orales.

d) *Interrogatories (Rule 33, FRCP)*: son preguntas por escrito dirigidas a la parte contraria, y deben responderse igualmente por escrito y bajo juramento. Pueden hacerse hasta veinticinco preguntas. Los abogados también objetan por escrito las preguntas. Las respuestas a los interrogatorios escritos suelen ser bien estudiadas y hábilmente evadidas, pero sirven muchas veces para clarificar los puntos controvertidos, obtener prueba y conseguir información que lleve a otras pruebas. Por ejemplo, preguntar por listas de testigos que presenciaron los hechos y así obtener nombres, direcciones, teléfonos, etc.⁹⁹

e) *Producing Documents, Electronically Stored Information, and Tangible Things, or Entering onto Land, for Inspection and Other Purposes (Rule 34, FRCP)*¹⁰⁰: es una solicitud escrita hacia la parte contraria para la producción de determinados tipos de documentos o cosas que van

⁹⁶ Clermornt, Op. Cit., 69.

⁹⁷ “Unlike the trial, there is no judge...”, Ibid.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Clermornt, Op. Cit., 70.

¹⁰⁰ Esta regla ha sido modificada en varias ocasiones para estar al tanto con los nuevos desafíos que traen consigo las tecnologías de la información.

a ser exhibidas o sobre propiedades para ser inspeccionadas, que estén en la posesión, custodia o control de la parte requerida; la parte solicitante puede inspeccionar, copiar, comprobar o tomar muestras de cualquier objeto, documento, dibujos, diagramas, fotografías, datos electrónicos o cualquier otra información semejante.

f) *Physical and mental examination (Rule 35, FRCP)*: si se demuestra causa justa, el tribunal puede ordenar un examen físico o mental de cualquiera de las partes o de una persona que se encuentre bajo la custodia o supervisión legal de una de las partes (un menor de edad), si la condición mental o física de la persona está en discusión. Por razones de privacidad o riesgo de serios abusos, el tribunal debe ser muy diligente en el ejercicio de su discreción para ordenar el examen de una persona¹⁰¹.

g) *Request for admission (Rule 36, FRCP)*: esta es una solicitud por escrito dirigida a la parte contraria para que admita o niegue la verdad de las afirmaciones que se acompañan en la solicitud o para que la parte contraria se pronuncie sobre la autenticidad de documentos que se describan en la solicitud. Pueden resultar concluyentes para la parte que hace la admisión, aunque en el futuro un tribunal puede considerar, a solicitud de una parte, la modificación de lo admitido. La parte que responde la solicitud debe hacerlo por escrito, indicando si admite o niega cada asunto que se le pregunte, explicando por qué no puede admitirlo u objetar la pregunta, pero siempre dando razones¹⁰². Puede resultar útil para delimitar los puntos controvertidos.

¹⁰¹ Clermornt, Op. Cit., 70.

¹⁰² Ibid., 71.

Sección VII. La dimensión cultural del *pretrial discovery*

Sección VII. A. El rol fundamental del *pretrial discovery* en la cultura jurídica de los Estados Unidos

El presente apartado tiene el propósito de conocer un poco más de cerca la significancia de la figura para el derecho procesal civil de los Estados Unidos. Básicamente, se trata del acopio de una serie de opiniones acerca del *pretrial discovery* regulada en las FRCP. El objetivo es lograr dimensionar el lugar que ocupa el mecanismo en la justicia civil norteamericana.

Modernamente el *pretrial discovery* cumple un papel fundamental en el sistema judicial de los Estados Unidos¹⁰³. El objetivo primordial que persigue, en el ámbito judicial, es asegurar a ambos litigantes la reunión de la información necesaria para la correcta exposición de su caso. Se considera un instrumento procesal que contribuye en gran medida con la administración de justicia, pues permite arribar a una determinación más certera de la disputa. Además, garantiza a la parte más débil el acceso a información relevante que se encuentre en control de su adversario; sin la oportunidad de acceder a esos datos, las pretensiones de los litigantes con menores recursos serían frustradas¹⁰⁴.

¹⁰³ “Discovery plays an essential role in the modern system of American litigation. Modern American procedure assumes that « mutual knowledge of all relevant facts gathered by both parties is essential to proper litigation. » Discovery is aimed at providing both the litigants and the fact finder with the information necessary to reach an accurate determination of the issues. In addition, ensuring that parties have access to all relevant facts to present to neutral factfinder may further the important goal of procedural fairness.” Ver, Joshua M. Koppel, “*Tailoring Discovery: Using Nontranssubstantive Rules to Reduce Waste and Abuse*”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 61, No. 1 (2012), 247. Archivo PDF, disponible en: <https://www.pennlawreview.com/print/?id=377>, consultado el 10 de octubre 2016.

¹⁰⁴ “Extensive discovery is thus essential to an effective system of notice pleading designed to provide advantages to under-resourced plaintiffs who cannot afford the private discovery required by a fact-pleading system.” Ibid.

Las reglas del *pretrial discovery* contenidas en las FRCP fueron concebidas como un gran avance en la búsqueda de la verdad real en el proceso civil¹⁰⁵. Asimismo, las FRCP sustituyeron un sistema que premiaba la estrategia desleal basada en la sorpresa y no en una eficiente preparación del caso; se intentó así romper con las concepciones *deportivas* de la justicia y erradicar el *trial by ambush* o juicio por sorpresa que prevaleció en el pasado.

El connotado profesor procesalista Michele Taruffo ha compartido la siguiente reflexión sobre el *pretrial discovery*:

*“Es preciso puntualizar ante todo que la discovery no es para nada una connotación intrínseca del modelo procesal del common law; por el contrario, surge en Estados Unidos, de innovaciones normativas más bien recientes. No cabe duda que con respecto a la situación anterior en la cual el debate era carried in the dark, y la principal táctica defensiva consistía en maniobrar en perjuicio del adversario la unfair surprise en la producción de las pruebas, la introducción de la discovery ha significado un cambio radical de perspectiva; no son por tanto infundadas las apreciaciones de aquellos que en ella han reconocido un factor decisivo para la racionalización del proceso y para la eliminación de la sporting theory of justice que en el pasado dominó el sistema procesal.”*¹⁰⁶

Los novedosos estándares puestos por las FRCP en materia de intercambio de información, según opinión de la más respetada doctrina norteamericana, poseen actualmente un carácter prácticamente constitucional¹⁰⁷. En fin, la filosofía detrás del mecanismo del *discovery* consiste en

¹⁰⁵ En el caso *Hickman v. Taylor* se expresó lo siguiente: “The various instruments of discovery now serve (1) as a device, along with the pre-trial hearing... to narrow and clarify the basic issues between the parties, and (2) as a device for ascertaining the facts, or information as to the existence or whereabouts of facts, relative to those issues. Thus, civil trials in the federal courts no longer need be carried on in the dark. The way is now clear... for the parties to obtain the fullest possible knowledge of the issues and facts before trial.” Ver, Abraham D. Sofaer, “Sanctioning Attorneys for Discovery Abuse Under the New Federal Rules: On the Limited Utility of Punishment”, *St. John's Law Review*, Vol. 57, No. 4 (2012), 681, nota al pie de página No. 3. Archivo PDF, disponible en: <http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol57/iss4/2/>, consultado el 10 de octubre 2016.

¹⁰⁶ Michele Taruffo, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Bogotá, Temis (2008), 9.

¹⁰⁷ “On the other hand, the concept that a party has such a right –a right not dependent on judicial discretion– has become fundamental, and perhaps nearly constitutional, in the modern American scheme of civil litigation. One can find arguments that denial of pretrial discovery in criminal cases is a denial of due process.” Tomado de: Geoffrey Hazard, “Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions”, *Notre Dame Law Review*, No. 73 (1998),

que las partes que recurren a la justicia civil no deben guardar ningún secreto sobre los hechos que rodean el caso:

“(...) *Broad discovery is thus not a mere procedural rule. Rather it has become, at least for our era, a procedural institution perhaps of virtually constitutional foundation.*

The essence of this procedural institution is that, when litigation eventuates, no secrets shall be hid.”¹⁰⁸

Lo anterior quiere decir que el acceso a toda información relevante que sirva de guía a las partes para estructurar sus peticiones y defensas es una verdadera garantía en el proceso civil de los Estados Unidos. Recurrir al *pretrial discovery* es una oportunidad que conforma modernamente el debido proceso en los Estados Unidos. No sería justo obstruir injustificadamente el intercambio de información, si luego permitirá aportar un dato esencial para la resolución del conflicto. Precisamente aquí es donde radica la importancia del *discovery* en la justicia civil de los Estados Unidos.

Sección VII. B. El carácter excepcional del *pretrial discovery* en el derecho comparado

Por otra parte, el *discovery* estadounidense también es una figura procesal única desde el punto de vista del derecho comparado. Su configuración tan amplia incluso es desconocida en los restantes sistemas del *common law*; por ejemplo, en Inglaterra la palabra *discovery* ha desaparecido en las nuevas CPR de 1998, y aun cuando se encontraba en vigencia la normativa inglesa que regulaba el antiguo *discovery*, el mecanismo nunca tuvo un alcance tan amplio como el norteamericano¹⁰⁹. Por lo tanto, este sistema no existe en ningún otro ordenamiento procesal.

1024. Archivo PDF, disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2362, consultado el 10 de octubre 2016.

¹⁰⁸ Geoffrey Hazard, “*From Whom No Secrets are Hid*”, *Texas Law Review*, No. 76 (1998), 1694. Archivo PDF, disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2360/, consultado el 10 de octubre 2016.

¹⁰⁹ Se debe hacer aquí una excepción respecto a la producción de documentos, pues como se mencionó, en Inglaterra el *test Peruvian Guano* convirtió la exhibición documental en un mecanismo de gran extensión. Sin embargo, actualmente, este criterio dejó de ser la regla de acuerdo a las nuevas CPR, pues restringieron el alcance de la producción documental.

La operatividad del *discovery* muestra todavía más contraste con el método propio de los sistemas procesales del *civil law*. A primera vista, la razón de ser de esta discrepancia de métodos entre ambas familias se encuentra en una circunstancia histórica. En el *common law* el juez de los hechos ha sido históricamente un jurado. El derecho a un “*trial by peers*” fue reconocido en la Carta Magna de 1215¹¹⁰ y marcó en gran medida el derecho procesal del *common law*. El juicio por jurado ha tenido una gran influencia en la forma de presentación de las pruebas y, por consiguiente, en la necesaria preparación del caso para el día del juicio oral (*trial*)¹¹¹.

El *trial* es un momento crucial en el contexto judicial americano. Es la oportunidad para el ciudadano (*his day in court*) de defender sus intereses frente a un juez imparcial y jurado compuesto por sus pares. Al tratarse de un acontecimiento decisivo para el ciudadano, los abogados angloamericanos no están dispuestos a dejar nada al azar y preparan las causas con gran meticulosidad. El instrumento del cual se valen abogados y partes para recabar la información que requieren a fin de que puedan preparar el caso es el *discovery*.

Aunque, por ejemplo, en Inglaterra el jurado ha desaparecido de la justicia civil, todavía hoy los ciudadanos estadounidenses tienen derecho a un juicio por jurado en las causas civiles, pues está previsto como una garantía en la VII de la Constitución estadounidense. Además, el jurado es una figura arraigada en la cultura jurídica americana y cumple importantes funciones extrajurídicas. Se le ha considerado como una institución política antes que ser un órgano estrictamente judicial¹¹². La legitimidad política del jurado le permite a un grupo de ciudadanos participar de la justicia y expresar los valores de la comunidad en el marco de una democracia participativa¹¹³. Pero dicha función política implica un costo para la justicia, el jurado no motiva su decisión, lo que implica que los “*abogados deban compensar la incertidumbre de la decisión del jurado construyendo, si es posible, un expediente muy sólido. Lejos de reducir la complejidad, el proceso ante un jurado puede provocar inversamente una gran sofisticación procedimental.*”¹¹⁴

¹¹⁰ Jacob, Op. Cit., 6.

¹¹¹ Developments in the Law, Op. Cit., 943.

¹¹² Antoine Garapon y Ioannis Papadopoulos, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia: cultura jurídica francesa y common law*, Colombia: Legis (2006), 163.

¹¹³ Garapon y Papadopoulos, Op. Cit., 164.

¹¹⁴ Ibid., 174.

No es por casualidad, entonces, que en el proceso norteamericano se dirija una considerable cantidad de energías y recursos a la delicada labor de selección del jurado.

En los Estados Unidos la función del *pretrial discovery* continúa siendo la de permitir a las partes preparar adecuadamente sus pretensiones y defensas de cara al *trial*. Al estar en gran medida vinculado a la práctica de la prueba, una oportuna y eficiente preparación requiere que se conozcan de antemano las pruebas de que se sirve el oponente; por esta razón, se reconoce el *discovery* como el núcleo esencial de la fase *pretrial*¹¹⁵.

El proceso se estructura de manera bifásica: una etapa preliminar para la preparación del caso (*pretrial*) y, si se supera dicha etapa, se continúa con el *trial*, que involucra la práctica de la prueba y el veredicto o sentencia. Puede suceder que el *trial* ocurra sin la presencia del jurado, pero la estructura del proceso sigue siendo la misma. La renuncia al derecho a un juicio por jurado no tiene ningún efecto sobre la estructura del proceso, la fase *pretrial* seguirá operando, incluyendo el *discovery*.

En el *civil law* la figura central sobre la que se ha estructurado el proceso no ha sido históricamente el jurado sino un juez profesional. De tal modo que los abogados centran su atención en un juez que conocerá los puntos de hecho y de derecho conjuntamente; es el juez quien necesita saber los hechos del caso para arribar a una decisión definitiva. De ahí que en los ordenamientos procesales del *civil law* cualquier actividad que signifique la práctica de las pruebas o la obtención preliminar de cualquier dato para los fines del proceso está encomendada únicamente al juez: las diligencias preliminares (en los ordenamientos que la contemplan) o la prueba anticipada son llevadas a cabo bajo supervisión judicial. También es más común ver ejercitada la iniciativa probatoria *ex officio iudicis* en los sistemas procesales del *civil law*. Si bien éste no es el espacio para analizar con detalle el tema de los poderes instructorios del juez en los sistemas del *civil law* y el *common law*, podemos aprovechar para indicar que dicha iniciativa del juez, en el *civil law*, no es ilimitada por las siguientes razones: la operatividad de los principios

¹¹⁵ Michele Taruffo, *Páginas sobre justicia civil* (trad. de Maximiliano Aramburo), Madrid: Marcial Pons (2009), 79.

dispositivo y de aportación de parte, la prohibición al juez de que utilice su conocimiento privado y el respeto al principio de contradicción de la prueba que debe garantizarse a las partes¹¹⁶.

Volviendo a la figura anglosajona, es oportuno aclarar que la principal función del *pretrial discovery* es informar a los abogados antes que informar al juez¹¹⁷. De ahí que el mecanismo esté dirigido para el uso de los abogados y controlado por ellos. El recurso al juez es residual si existe algún tipo de desacuerdo que requiera su intervención, pero ni el juez ni el jurado se informan de los hechos a través del *pretrial discovery*, porque la presentación formal del caso al juez o al jurado se hace únicamente el día del *trial*.

La crucial trayectoria del *pretrial discovery* en los Estados Unidos lo ha hecho ya parte de su cultura jurídica. Los abogados lo consideran una herramienta fundamental para la práctica profesional del derecho y una garantía cada vez más consagrada de los justiciables:

*“Generaciones de abogados americanos ahora han sido educados y practican el derecho bajo el nuevo concepto y reglas. La reunión de información previa al juicio, bajo control de las partes, se ha convertido en parte integral de nuestra cultura legal. Las controversias deben ser decididas por los tribunales sobre una base fáctica y jurídica, después de la oportunidad concedida para que cada lado se informe, a sí mismo y a su oponente, sobre su versión de los hechos y el derecho.”*¹¹⁸

Sección VII. C. Valores que representa el *pretrial discovery*

Es oportuno recordar el papel que juegan las ideologías en las elecciones jurídico-procesales de un ordenamiento jurídico y también el papel de los valores compartidos en una determinada comunidad. Según el profesor Oscar G. Chase, existe una íntima conexión entre

¹¹⁶ Joan Picó I Junoy, *El juez y la prueba*, Barcelona: JM Bosch Editor (2007), 117.

¹¹⁷ Hazard, Op. Cit., *Discovery and the Role of the Judge*, 1021.

¹¹⁸ Moskowitz, Op. Cit., 600. Traducción libre para los efectos de esta cita cuyo texto original dice: “Generations of American lawyers have now been educated and practiced law under modern concept and rules. Pretrial information gathering under party control has become an integral part of our legal culture. Disputes must be decided by courts on the facts and the law, after the opportunity for each side to inform itself and its opponent of its version of facts and law.”

cultura y proceso, la justicia civil americana es un buen ejemplo de ello¹¹⁹. Existen valores esenciales de la sociedad americana que se reflejan en la justicia civil y le conceden unos atributos especiales. Los principales valores reflejados en el proceso civil americano son el liberalismo, igualitarismo, *laissez faire* e individualismo.

La coexistencia de varios atributos especiales del derecho procesal norteamericano lo distingue del resto de los ordenamientos procesales y conforman lo que se ha llamado *excepcionalismo procesal americano*. Entre las manifestaciones principales de éste excepcionalismo procesal se encuentran las siguientes: el jurado civil, el rol pasivo del juez civil, la libertad de las partes para elegir y pagar sus propios peritos y el control de abogados y partes en el *pretrial discovery*.

Para el profesor Chase, el *pretrial discovery* es un fiel reflejo de los valores de la sociedad estadounidense. La legislación procesal, a través del *discovery*, autoriza a los abogados a realizar el descubrimiento de pruebas fuera de los tribunales. La intervención de la autoridad del juez sería únicamente para asegurar la cooperación de los litigantes. En otras latitudes jurídicas este amplio poder que se concede a litigantes y abogados para hurgar en los archivos del adversario puede resultar desconcertante; por ejemplo, en los sistemas procesales del *civil law* la obtención de las pruebas que posea la contraparte sólo puede llevarse a cabo por intervención del juez, y esta función que cumple el juez no puede ser delegada en las partes. Además, las declaraciones de un testigo deben rendirse en los tribunales y no en las oficinas de los abogados. En cambio, en los Estados Unidos ocurre una *privatización* de la investigación de los hechos apoyada por el órgano judicial, el *pretrial discovery* es un procedimiento dominado por las partes y sus abogados, un claro reflejo del liberalismo que ha caracterizado a la cultura americana.

Pero también este control que tienen las partes sobre la etapa de descubrimiento de pruebas fomenta por otro lado la igualdad, que es otro valor fundamental de dicha cultura. Proveer a la parte económicamente débil los medios necesarios para estructurar y sustentar su caso y procurar

¹¹⁹ Oscar G. Chase, "American 'Exceptionalism' and Comparative Law", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 50, No. 2 (2002), 277. Archivo PDF, disponible en: <http://www.jstor.org/stable/840822>, consultado el día 15 de mayo de 2017.

que no resulte obstruido por el ocultamiento de la información que realice el adversario es un válido intento para emparejar posiciones, consonante con el igualitarismo. El ejemplo que da el profesor Chase es el caso de un consumidor lesionado que establece una acción por daños. El consumidor (parte débil) tendrá la oportunidad de demostrar si existió un recorte indebido de costos por parte del fabricante (parte fuerte) si puede efectivamente acceder a sus archivos. Sin embargo, el profesor reconoce que el *pretrial discovery* ofrece igualdad de oportunidades, pero no de resultados, pues es una igualdad meramente formal.

El mecanismo procesal demuestra también la desconfianza hacia la autoridad estatal cuando se trata de asuntos privados de los ciudadanos. La actitud *laissez faire* presente en la cultura americana admite que los ciudadanos y sus abogados puedan ejercer amplios poderes fuera de los tribunales y sin autorización previa del juez. El individualismo autoriza la competencia entre los abogados para diseñar la mejor manera de presentar el caso sin supervisión del juez. El prestigio profesional está ligado a la capacidad del abogado para explotar mejor las armas disponibles dentro del marco de las reglas procesales¹²⁰.

La relevante función de los abogados en la cultura jurídica americana puede arrojar una luz del porqué se le conceden estos amplios poderes:

“Cada cultura escoge, entre las diferentes profesiones jurídicas, una figura de proa alrededor de la cual se organiza. Van Caenegem identifica así tres juristas que tiene la carga de poner el derecho en narración, es decir, de transformar las reglas abstractas en un discurso vivo: los jueces, en Inglaterra; el legislador, en Francia, y el profesor, en Alemania. La comparación no debe establecerse de manera nominalista (acercando lo que tiene el mismo nombre, el abogado y the lawyer) sino funcional, preguntándose quién cumple en cada cultura una función similar. El equivalente del juez de instrucción francés en el imaginario americano bien podría ser el lawyer; el uno y el otro se presentan como figuras muy activas, como los verdaderos motores de los sistemas judiciales. Ambos mantienen una misma relación con la regla –como algo que al mismo

¹²⁰ “La excelencia profesional se verifica en la manera como el abogado explota las múltiples posibilidades que le ofrece el procedimiento en el common law. El capital de la reputación del abogado, aunque no es cuantificable, lo incita fuertemente a preparar con esmero sus asuntos.” Garapon y Papadopoulos, Op. Cit., 70.

*tiempo permite y limita la acción— pero el uno es magistrado y el otro, abogado. En una cultura, es un personaje público —el juez— quien actúa, mientras que, en la otra, es un actor privado.”*¹²¹

Asimismo, la cultura jurídica angloamericana está marcada por lo que se conoce como el *adversarial legalism*. Esta expresión, en términos simples, hace referencia a un contexto en el cual el litigio en los Estados Unidos está dominado enteramente por abogados. El principal protagonista es el abogado litigante y no el juez. El *adversarial legalism* posee dos vertientes: (i) la *formal legal constestation*, consiste en un escenario de batallas legales en el que existen distintos intereses en conflicto y litigantes invocan constantemente sus derechos, deberes, requisitos procedimentales, todo dentro de un sistema con fuertes regulaciones, severas penas legales, constantes revisiones judiciales que desencadena mucha *litigiosidad*; (ii) el *litigant activism*, dentro del cual las reclamaciones de las partes, la reunión y presentación de la pruebas está dominada no por jueces o personeros del gobierno, sino por litigantes que representan diversos intereses y quienes actúan a través de sus abogados. La presencia del *adversarial legalism* suele ser asociado a un panorama en el cual las instituciones para la toma de decisiones se topan con una autoridad fragmentada y el control jerárquico que disponen es débil¹²².

¹²¹ Garapon y Papadopoulos, Op. Cit., 12.

¹²² Robert A. Kagan, *Adversarial Legalism: The American Way of Law*. EEUU: Harvard University Press (2003), 9.

Capítulo IV. La producción de documentos en las *Federal Rules of Civil Procedure* de los Estados Unidos

Sección I. Etapas del proceso civil

El proceso civil norteamericano se divide en dos etapas distintas: (a) la etapa preparatoria de búsqueda de información y pruebas o etapa preliminar al juicio (*pretrial*); y el (b) el juicio (*trial*). Se enfocará el estudio en la etapa preparatoria porque es aquí donde ocurre, en gran volumen, la producción de documentos.

El *pretrial* posee a su vez dos importantes momentos: (a) el *pleading stage*, donde se da el intercambio de escritos introductorios (demanda y contestación); y (b) el *discovery*. Dichas instancias del proceso difieren mucho en tiempo y complejidad. Mientras el intercambio de los escritos iniciales puede ser sencillo y sin contratiempos, la recolección de la información, a través de los métodos provistos por el *discovery*, puede consumir mucho tiempo y desencadenar un procedimiento de considerable complejidad para los litigantes.

El *pleading stage* tiene como propósito principal proporcionar el conocimiento a la contraparte de que se está iniciando una reclamación formal contra ella. La regla general que regula los escritos iniciales sólo exige que se realice una exposición de los hechos breve y sencilla; de este modo no es necesario plantear los hechos con suficiente detalle y precisión en la demanda. Esto se hace bajo el entendido de que los detalles fácticos serán aportados en otras etapas posteriores del proceso, como en el *discovery*, *pretrial conference*, o el juicio (*trial*). Se trata de un sistema de muy flexible (*notice pleading*) en cuanto a las alegaciones iniciales, ya que las mismas pueden ser modificadas, aclaradas o complementadas en etapas posteriores.

Únicamente en los casos donde se alegue fraude o error se deben presentar los hechos de forma detallada en la demanda; por virtud de disposición expresa que así lo manda¹²³.

¹²³ FRCP. Rule 9 (b).

Sin embargo, una nueva dirección se ha tomado en el ámbito federal que ha significado una ruptura con el tradicional sistema de *notice pleading*. A partir de dos decisiones de la Corte Suprema, *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* y *Ashcroft v. Iqbal*, se ha contemplado el deber del actor de alegar hechos específicos como fundamento de sus pretensiones, esto con el fin de que su reclamo no sea desestimado *ab initio*. La aparición de tal exigencia significa una ruptura con el sistema original de *notice pleading*, transformado ahora en un sistema con un estándar más exigente (*plausability*) que procura una exposición de hechos más convincente o plausible¹²⁴.

La aludida dirección tomada por la Corte Suprema tiene como propósito bloquear demandas frívolas o especulativas. Por esta razón, exige que las demandas judiciales cuenten con un contenido fáctico suficiente que permita al juez inferir, de manera razonable y desde el inicio, que el demandado puede ser el responsable de la conducta imputada.

Las recientes decisiones judiciales aquí mencionadas han provocado un nuevo debate en el gremio norteamericano, principalmente sobre el alcance de los datos fácticos que deben ser acompañados en los escritos iniciales y, por consiguiente, sobre las funciones que deben cumplir los *pleadings*.

Ahora bien, continuando con el itinerario del proceso civil estadounidense resulta que, al igual que en Costa Rica, las actuaciones inician con la demanda (*complaint*) y la contestación (*answer*). Muy sucintamente podemos decir que el demandado tiene la opción de oponer excepciones procesales, solicitar una desestimación de la demanda (*motion to dismiss*) o bien realizar una reconvencción (*counterclaim*). Y cuando se resuelven todas las cuestiones previas, entre ellas, la corrección de la demanda, jurisdicción, notificaciones, litisconsorcios, excepciones, y algunas otras más, se avanza a la etapa del *discovery*.

¹²⁴ Scott Dodson, "Comparative Convergences in Pleading Standards", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.158, No. 2 (2010), 461. Archivo PDF. Disponible en: http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1511/, consultado el 10 de octubre de 2016.

En la etapa del *discovery* se permite a ambas partes ahondar con más detalle en los puntos planteados en los escritos iniciales. En buena teoría se cumplen dos propósitos¹²⁵: (a) clarificar y limitar los puntos de la controversia; (b) investigar los hechos y buscar los medios probatorios. Estas dos funciones globales del *discovery* permiten a cada parte preparar su caso y, a la vez, examinar la posición del contrario. Finalmente, pero no menos importante, también sirve para que las partes valoren un arreglo mutuo y eviten ir al juicio.

Una vez finalizada la etapa del *discovery* se lleva a cabo una conferencia con el juez (*pretrial conference*). La reunión tiene una gran importancia porque permite a las partes discutir con el juez todos los pormenores del caso. Por ejemplo, permite moldear el caso o corregir las alegaciones, determinar los hechos controvertidos, racionalizar la prueba y cualquier otra cuestión que sea necesaria para fijar el objeto de la controversia. Aquí también el juez puede preguntar a las partes si han considerado llegar a un acuerdo, por ello la reunión funciona para que las partes consideren un arreglo antes de ir al juicio. Si no es posible llegar a un arreglo, el juez fijará la fecha para la celebración del juicio.

Sin embargo, también puede suceder que la etapa del *discovery* ha logrado mostrar toda la prueba y aclarar los hechos de la controversia, las partes en este caso pueden solicitar una sentencia rápida o juicio sumario (*summary judgement*), para dilucidar únicamente los puntos jurídicos.

Eventualmente se celebrará el juicio (*trial*). El *trial* consiste en una sesión continua del tribunal que concluye con la sentencia y donde queda resuelta la controversia. En ella se lleva a cabo la presentación de la prueba en forma pública, son oídos los argumentos legales, se produce el veredicto del jurado sobre los hechos (si el caso que las partes han elegido un juicio por jurado) y se emite la sentencia definitiva.

Después de que se emite una sentencia se presenta la etapa recursiva con una serie de opciones. En los casos que se ha obtenido el veredicto de un jurado se puede recurrir su decisión a través del recurso *no obstante el veredicto* o *motion for judgment notwithstanding the verdict*, manifestando que ningún jurado de manera razonable podría haber arribado a la decisión que en

¹²⁵ Clermont, Op. Cit., 57.

este caso específico el jurado tomó. Pero en los casos que no ha mediado la decisión de un jurado, se puede optar por la apelación (*appeal*), o luego también por un recurso ante la Corte Suprema o *writ of certiorari*.

Sección II. La producción de documentos según las *Federal Rules of Civil Procedure*

Sección II. A. Initial disclosure

El *pretrial discovery* comienza con una primera fase denominada *initial disclosure*, donde ocurre un primer intercambio de documentos e información. Una vez superado el *pleading stage*, las FRCP prevén una exhibición automática de documentos específicos que desempeñen una función probatoria en el proceso que acaba de iniciarse. Dicha exhibición automática o *initial disclosure*, tiene como singularidad el hecho de que ambas partes deben proporcionarse la documentación recíprocamente sin esperar a que medie un requerimiento formal para su exhibición. De conformidad con la *Rule 26 (a) 1 FRCP*, los documentos que ambos litigantes deben aportarse automáticamente son:

1. Una lista en la que se aporte los nombres y, si es posible, la dirección de aquellas personas que puedan suministrar información relevante para la fundamentación de las pretensiones.
2. Una copia o descripción de todos los documentos físicos o electrónicamente almacenados (deben ser clasificados por categorías y señalar la ubicación o lugar de archivo) y de bienes tangibles procesalmente relevantes, que estén en posesión, custodia o control de la parte requerida y que puedan ser utilizados como fundamento para las pretensiones o defensas.
3. Un detalle del cálculo utilizado para una eventual indemnización por daños, donde se especifique la categoría del daño reclamado y se incluya datos sobre la naturaleza y extensión de las lesiones sufridas; en fin, proporcionar la información que ha sido utilizada para ese fin.
4. Se debe señalar la existencia de cualquier póliza de seguro disponible que pueda ser utilizada en el litigio.

Sin embargo, existen procedimientos expresamente citados por la normativa federal en los cuales no es necesario llevar a cabo la exhibición automática ¹²⁶; o bien cuando el tribunal ordene la improcedencia de un *initial disclosure* para un caso específico. En los demás casos y por disposición contenida en la *Rule 26 (f) FRCP*, las partes deben reunirse tan pronto como sea posible con el fin de (i) considerar la naturaleza y fundamentos de las pretensiones y defensas, (ii) buscar una salida expedita al conflicto, (iii) discutir sobre la información que pueda ser objeto de *discovery (discoverable information)* y sobre su preservación, y (iv) proponer y desarrollar un *discovery plan* en el cual se expongan las propuestas de ambas partes.

Los documentos que constituyen el *initial disclosure* tendrán que ser aportados dentro de los siguientes 14 días después de celebrada la conferencia requerida por ley, o bien en el plazo que se haya señalado por acuerdo o por decisión del juez, a menos que alguna de ellas se oponga en dicha conferencia en el sentido de que no es necesario practicar un *initial disclosure* para la acción que se va a ejercitar y así conste en el *discovery plan*. En tales circunstancias, el Tribunal podrá decidir qué exhibiciones se van a realizar y en qué plazo.

También el precepto establece el deber de revelar a la parte contraria la identidad de los testigos que procura citar el día del *trial* y aclarar si se va a presentar una declaración escrita o no. Hay casos en los que, a cierta categoría de testigos, se les exige presentar un informe escrito – *written report*–, esto es cuando se traten de empleados o colaboradores que deben rendir un testimonio pericial. Este informe debe incorporarse al menos 90 días antes de la celebración del juicio o bien, en el término que señale el Tribunal, aunque posteriormente se pueda complementar en virtud de lo previsto en la *Rule 26 (e) FRCP*.

¹²⁶En los siguientes casos la normativa federal establece una exención para la aplicación del *initial disclosure*, según la regla 26 (a) 1.B: (i) acciones encaminadas a revisar expedientes administrativos, (ii) supuestos de caducidad de la acción real que provenga de una norma federal, (iii) solicitud de habeas corpus u otro procedimiento similar para impugnar una condena penal o sentencias, (iv) acción interpuesta sin un abogado por una persona detenida o en prisión preventiva, (v) acción de ejecución o anulación de una citación o emplazamiento administrativo, (vi) acción realizada por Estados Unidos para recuperar pagos por prestaciones (vii) acción realizada por Estados Unidos para recuperar sumas que garantizó a estudiantes en un préstamo, (viii) en caso de un procedimiento accesorio de un procedimiento en otro tribunal y (ix) acción de ejecución de laudo arbitral.

Por último, cada parte debe proporcionar en el plazo de 30 días antes del juicio o cuando lo defina el tribunal, información específica sobre: el nombre, dirección y teléfono de los testigos (y se debe hacer una indicación por separado de los testigos que van a comparecer en la audiencia de los que podrían ser citados únicamente si se necesitaran) y la identificación de cada uno de los documentos (igualmente se debe hacer una indicación por separado de los ítems que la parte procura ofrecer en la audiencia de los que podría ofrecer si surgiere la necesidad). Posteriormente, la parte contraria puede, en los 14 días siguientes a su recepción, interponer las objeciones que considere oportunas. Cuando haya transcurrido dicho plazo y no exista objeción alguna, se entiende que la parte ha omitido esta posibilidad y como consecuencia no puede utilizar una objeción en una etapa posterior del proceso.

Como requisito imprescindible, toda solicitud, requerimiento u objeción tiene que ser firmada por un abogado o personalmente por la parte, esto con sujeción a la *Rule 26 (g) 2* FRCP. Cuando no se firme la parte contraria no tiene el deber de realizar alegación alguna.

Sección II. B. Discovery Plan

Antes de dar paso a la efectiva producción de los documentos, las FRCP demandan la presentación de un *discovery plan* en el que se dimensione el contenido y alcance de todo el procedimiento del *discovery* que está por comenzar, según *Rule 26 (f) 3*. Este plan es el camino que las partes y el juez trazan para concretar el intercambio de información con fines probatorios.

Dentro del *discovery plan* se debe pactar todo lo relativo a: (a) el plazo y la forma de la solicitud del *discovery*, (b) los sujetos sobre los que va a recaer la exhibición, (c) definir el momento en el cual se va a considerar por completada la actuación, (d) señalar si se va a ejecutar en diferentes fases o en una única fase, (e) identificar las materias que serán objeto de *discovery (non-privilege matter)*, (f) si la exhibición va a abarcar aquella información almacenada electrónicamente, (g) manifestar si alguna normativa que aplique para el caso puede limitar su práctica o alcances, (h) se tomará en cuenta en el plan cualquier orden que una normativa autorice incorporar.

Para los efectos del *discovery plan* se debe realizar una conferencia de las partes con el juez. La finalidad de esta conferencia es poder ejercer control desde el propio inicio del proceso para evitar dilataciones excesivas y facilitar la correcta preparación del proceso con miras al juicio oral. En este caso el control judicial se requiere, específicamente, sobre la extensión y plazos para las solicitudes de exhibición. Se inicia aquí la supervisión judicial sobre el proceso; de esta manera si alguna parte sufre una actuación abusiva en la etapa del *pretrial discovery*, ahora cuenta con un medio para obtener la intervención judicial oportunamente. Por ejemplo, uno de los principales propósitos de la reunión es clarificar los hechos controvertidos y descartar solicitudes de exhibición impertinentes¹²⁷.

Las reglas del *discovery* han sido objeto de constantes reformas para controlar los excesos a que pueda dar lugar. La celebración de una conferencia y el *discovery plan* son claros ejemplos de los esfuerzos que se están implementando en este sentido.

Sección II. C. Presupuesto para la producción de documentos en las FRCP

La *Rule 34* de las FRCP declara que una parte puede dirigir un requerimiento para la producción de documentos (en soporte físico o electrónico) que se encuentren en posesión, control o custodia de la parte contraria. Las solicitudes también pueden ser dirigidas a terceros. La normativa contiene una lista con una serie de ítems que configuran el objeto sobre el que puede recaer la exhibición: incluye escritos, dibujos, gráficos, tablas –o diagramas–, fotografías, grabaciones de sonido y demás soportes con datos o compilaciones de datos. En fin, se trata de una lista abierta, que abarca una gama muy variada de materiales.

¹²⁷ Sobre la aparición de la conferencia y *discovery plan* previstos en la *Rule 26*, subdivisión (f), Ver *Notes of Advisory Committee on Rules—1980 y 1993 Amendment*, disponibles en: https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26, consultado el día 3 de agosto de 2017.

Todo requerimiento para la producción de documentos debe satisfacer los siguientes requisitos:

- a. Una descripción razonablemente específica de los documentos o categoría de documentos que se pretende localizar.
- b. Se deberá estipular un tiempo razonable, así como el lugar y la forma en la que se llevará a cabo la exhibición.
- c. Se deberá especificar la forma o formas en las cuales se producirá la información electrónicamente almacenada.

En cuanto a los plazos para responder a la solicitud, la legislación federal indica que la parte requerida deberá responder por escrito a la solicitud dentro de los 30 días después de ser notificada¹²⁸, o en otros casos, dentro de los 30 días posteriores a la celebración de la primera conferencia prevista por la *Rule 26 (f)*. El plazo puede ser mayor o menor si alguna normativa especial resulta aplicable o por orden de un tribunal.

Sección II. D. Alcance del *discovery* (*Discovery Scope*)

Sección II. D.1. Antiguo alcance del *discovery*

La regla general en materia de admisión de pruebas en el ámbito del proceso civil norteamericano se encuentra recogida en las *Federal Rules of Evidence* (en adelante, FRE). Las FRE establecen en la *Rule 402*, de manera muy escueta y sencilla, que se admitirán todas aquellas pruebas relevantes para la resolución del conflicto. Y en todo caso, aun siendo relevante algún material probatorio, la normativa prevé que serán consideradas inadmisibles aquellas cuyo valor probatorio se descarte por ser utilizadas con un fin de engaño hacia el jurado, innecesarias por ser repetitivas, utilizadas para la pérdida de tiempo o retraso excesivo de las actuaciones o dirigidas a tergiversar los hechos controvertidos.

¹²⁸ Rule 26 a.3.b, FRCP.

Sin embargo, en la fase del *pretrial discovery* la fórmula que ha regido –hasta hace muy poco– para recabar información (denominado en las FRCP como *Discovery Scope*) constituye uno de los aspectos más discutidos en toda la vigencia de las FRCP. El principal inconveniente fue la configuración tan amplia de la fórmula. Para solicitar el *discovery* a la contraparte o a terceros, bastaba con que el material buscado aparezca razonablemente calculado para conducir al descubrimiento de evidencia admisible (*appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence*).

Esta amplitud en la definición del *discovery scope* implica que la información susceptible de descubrimiento no necesariamente debe ser admisible como evidencia por las reglas que regulan la actividad probatoria en el juicio. La configuración del test de admisibilidad se revela muy liberal en esta etapa del proceso, y bajo dicha lógica las partes comparten información ampliamente. Aunque las reglas hablen de que la información que busquen las partes debe ser relevante, la delimitación de este criterio de relevancia es mucho más flexible que aquel que debe ser aplicado para las evidencias en el juicio. De manera tal que el volumen de documentos que se suelen intercambiar en una petición de *discovery* resulta ser muy alto y, en ocasiones, exorbitante.

Uno de los aspectos más problemáticos en la práctica del *discovery* americano ha sido precisamente esta configuración tan amplia, puesto que en ocasiones puede ser empleado de forma abusiva o desproporcionada (los denominados *fishing expedition* o *document hunting*, las cuales constituyen prácticas ilegítimas por ser muy excesivas e injustificadas).

Además, la rapidez de los actuales medios de comunicación y avances tecnológicos, lejos de librar a la justicia de algunos inconvenientes, han creado otros nuevos y también más complicados.

En cuanto a la producción de documentos se refiere, está claro que la mayor parte de la información que manejan las empresas actualmente se encuentra disponible en algún tipo de soporte electrónico; lo que en el litigio se traduce, especialmente en casos complejos o de valiosa cuantía, en la incesante búsqueda y consecuente reproducción de datos electrónicamente

almacenados. Esto, a su vez, implica que los litigantes deban conducir considerables recursos de tiempo y dinero para recabar, resguardar y producir esta clase de información en el proceso.

Estudios recientes muestran como la información electrónicamente almacenada sujeta a solicitudes de *discovery* es muy poco probable que sea utilizada en su totalidad para la resolución del litigio. La consecuencia directa de utilizar documentación electrónica en grandes volúmenes es que los costos y duración del litigio se disparan enormemente; de modo que los gastos incurridos por los litigantes muchas veces resultan completamente desproporcionados a la cuantía del conflicto, desalentando de esta manera el interés por continuar los procesos. Se habla de que en promedio sólo un décimo de un uno por ciento (0.1%) del total de páginas producidas en un litigio son usadas como prueba en el juicio. Por ejemplo, Microsoft reportó que alrededor de 141,450 páginas producidas, únicamente 142 son efectivamente utilizadas¹²⁹.

Nuevas ideas surgieron para la modificación de las reglas del proceso civil y para que, a partir de ahora, se garantice un criterio de proporcionalidad en cuanto al funcionamiento del *discovery* propiamente. *Duke Conference* y *Sedona Conference*, son dos importantes antecedentes a la reforma operada el año 2015. En el caso de *Duke Conference*, concretamente fue abordada la propuesta para reformular la *Rule 26* que rige el *Discovery Scope*, resaltando la necesaria aplicación de un parámetro de proporcionalidad¹³⁰. Y por otra parte la *Sedona Conference* recoge un conjunto de principios regidos por la regla de la proporcionalidad para ser aplicados en todos los aspectos del *electronic discovery*¹³¹.

¹²⁹ George A. Zimmerman y Giyoung Song, “Eliminating Asymmetrical Discovery To Resolve Disputes on the Merits” *New York Law Journal*, ALM Publication (2014), numeración no disponible. Archivo PDF, disponible en: <https://www.skadden.com/insights/publications/2014/10/eliminating-asymmetrical-discovery-to-resolve-disp>, consultado el día 7 de mayo de 2017.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ The Sedona Conference, *Commentary on Proportionality in Electronic Discovery* (2013), numeración no disponible. Disponible en: <https://thesedonaconference.org/publication/The%20Sedona%20Conference%20Commentary%20on%20Proportionality>, consultado el día 7 de mayo de 2017.

Sección II. D. 2. Reforma a la Rule 26: introducción del principio de proporcionalidad

Luego de muchas y difíciles negociaciones la Corte Suprema emitió su aprobación para realizar nuevas modificaciones a las FRCP. Uno de los puntos más importantes de la reforma ha sido la introducción del principio o regla de proporcionalidad en la *Rule 26*. Esta nueva incorporación es un paso adelante para combatir estrategias procesales dilatorias y disminuir los gastos del litigio.

La incorporación formal del principio de proporcionalidad en las FRCP entró en vigencia el 1 de enero del año 2015. El principio como tal impone límites a la utilización del *discovery*. Por un lado, la reforma busca desalentar las intenciones de los litigantes de emplear estratégicamente el *discovery* por razones exclusivamente tácticas, por ejemplo, para obstruir la marcha normal del proceso o frustrar las exhibiciones documentales que beneficien a las pretensiones del oponente, o bien para presionar –acosar– al oponente a llegar a un acuerdo que impida discutir el fondo del asunto. Y por el otro, la regla de proporcionalidad busca corregir la forma de plantear solicitudes de *discovery*, erradicando aquellas ilimitadas o indefinidas. Este trabajo se logra gracias a que ahora el juez debe sopesar las verdaderas necesidades de la parte que solicita la información; de manera tal que la regla de proporcionalidad debe funcionar como una especie de filtro para desechar cualquier propósito contrario a los fines del proceso, esto es, obstruir la justa, pronta y eficiente solución del conflicto.

El principio de proporcionalidad ahora es una regla guía que no pueden desconocer ni el juez ni las partes y debe estar presente en cada una de las actuaciones de los litigantes con relación al *discovery*. También se incluyeron criterios orientadores para auxiliar al juez y a las partes en la correcta aplicación del principio de proporcionalidad; la regla general es que se limite el alcance de las solicitudes a aquello que sea proporcional a las necesidades del caso. A partir de aquí, se pueden restringir las solicitudes, ya sea de oficio o a petición de parte, si se demuestra, por ejemplo, que la solicitud genera una situación gravosa para la parte requerida o los costos de cumplir con la solicitud sobrepasa su posible beneficio; para evaluar si es procedente limitar una solicitud se deben seguir los siguientes criterios específicos: considerar la importancia de las cuestiones en

juego en la acción, la cuantía del litigio, los recursos de las partes, la importancia del discovery en las resoluciones de los puntos debatidos, y si la carga o el costo del discovery pretendido supera su probable beneficio.

De igual modo, la modificación a la *Rule 26* reformula la anterior redacción de la norma, en cuanto al *Discovery Scope*, la cual era muy controversial por su ambigüedad y amplitud. La versión previa indicaba que todo material que “*aparezca razonablemente calculado para conducir al descubrimiento de evidencia admisible*” era susceptible de ser objeto de descubrimiento¹³². Ahora, con la reforma se canjea la expresión “*reasonably calculated*” en favor de “*proportionality*”.

De todo lo anterior se infiere que el nuevo formato del *discovery* promovido por la reforma del año 2015, se asienta sobre la base de procurar un intercambio de información más cooperativo entre las partes y evitar hasta donde sea posible la ventaja procesal y el oportunismo como táctica procesal.

De conformidad con la nueva reforma del 2015, el nuevo texto de la *Rule 26* (b), reza:

Regla anterior	Regla reformada
<p>Rule 26(b) (1) <i>Scope in general.</i> Unless otherwise limited by court order, the scope of discovery is as follows: parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party’s claim or defense—including—the</p>	<p>(1) <i>Scope in general.</i> Unless otherwise limited by court order, the scope of discovery is as follows: parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party’s claim or defense and</p>

¹³² “*appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence*”.

~~existence, description, nature, custody, condition, and location of any documents or other tangible things and the identity and location of persons who know of any discoverable matter. For good cause, the court may order discovery of any matter relevant to the subject matter involved in the action. Relevant information need not be admissible at the trial if the discovery appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence. All discovery is subject to the limitations imposed by Rule 26(b)(2)(C).~~

proportional to the needs of the case, considering the importance of the issues at stake in the action, the amount in controversy, the parties' relative access to relevant information, the parties' resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefits. Information within this scope of discovery need not be admissible in evidence to be discoverable.

Sección II. D.3. El test de relevancia

A pesar de la introducción del principio proporcionalidad, la legislación procesal sigue acuñando test de relevancia para acceder al *discovery*. El test de relevancia es una fórmula más flexible que la encontrada en las legislaciones del *civil law* y no tiene necesariamente que ver con la admisibilidad de la prueba, sino con la utilidad de la información que pueda ser alcanzada a través del *discovery*.

El problema radica en que la relevancia se determina desde la perspectiva de las partes, por lo tanto, sigue siendo un test muy subjetivo. En efecto, la redacción continúa siendo que el *discovery* se puede obtener sobre todo aquello que sea relevante para las pretensiones o defensas de las partes: “*that is relevant to any party’s claim or defense.*”

Sección III. Límites y objeciones aplicables al *discovery*

Antes de examinar las distintas maneras que disponen las partes para limitar el *discovery*, es preciso también explicar brevemente los tipos de abusos que pueden aparecer en la tramitación del procedimiento del *discovery*. Básicamente se distinguen dos tipos distintos de prácticas abusivas: i) las solicitudes excesivas y ii) la resistencia a las solicitudes legítimas y bien formuladas.

En el primer caso de abuso, una parte utiliza el *discovery* –que, en el caso de solicitudes para la producción de documentos, se trata de peticiones para exhibiciones masivas– para recargar en la parte contraria voluminosas y costosas exigencias para la exhibición de información sin tomar en cuenta cuán relacionado esté ello con el litigio. En este sentido, este tipo de práctica causa un retraso enorme y, consecuentemente, obstruye la normal tramitación del proceso; pues la parte que debe responder la solicitud le tomará mucho tiempo compilar de manera completa y detallada la información requerida.

En cambio, en el segundo tipo de abuso, la negación injustificada a solicitudes legítimas y bien planteadas, sucede que la parte que debe responder a la solicitud incurre en una gama distinta de evasiones que configuran prácticas abusivas tales como la equivocada invocación de privilegios o reservas de confidencialidad (que normalmente facultan la retención de la información solicitada), respuestas ambiguas o exhibiciones parciales, exhibiciones engañosas o con propósito de confundir, o bien una completa negación a compartir la información. En todos estos casos, el solicitante de la información se ve obligado a recurrir al auxilio judicial para obtener dicha información. A causa de estas negativas surgen para las partes nuevos retrasos y gastos, puesto que muchas veces terminan en la creación de un litigio adicional para resolver los desacuerdos generados a partir de solicitudes de *discovery*.

En vista de lo dicho hasta aquí, las malas prácticas en la producción de documentos se resumen en no dar respuesta a una solicitud o en no formularla adecuadamente, por lo que ahora es oportuno conocer las vías disponibles para poder corregir estos malos hábitos procesales.

Limitar una solicitud para la exhibición de documentos se puede lograr a través de las siguientes objeciones: (i) inexistencia del documento requerido, (ii) no estar en posesión del mismo, (iii) dicho documento tiene el carácter de privilegiado o confidencial, (iv) carece de relevancia o (v) es muy costoso exhibirlo (objeción por economía procesal).

Para alegar la inexistencia del documento, la parte debe acreditar las razones por las cuales llega a dicha conclusión, para dichos efectos, tiene que invocar que dicho documento está extraviado, se ha destruido o alterado sustancialmente. A su vez debe expresar qué circunstancias han dado lugar a dicha alteración.

Los restantes supuestos, donde se alega que el documento es (i) confidencial (bien porque lo disponga una ley, o porque así lo hayan pactado las partes contractualmente), (ii) privilegiado (material protegido por el secreto profesional, como las comunicaciones entre abogado y cliente, médico y paciente, contador público y cliente, sacerdote y penitente, o bien entre esposo y esposa, o los escritos que hace el abogado sobre el caso: *attorney-client privilege*, *attorney work product doctrine*) o (iii) que su exhibición conlleva a una carga y coste excesivo o desproporcionado, *undue burden*, la Rule 26.b.5 FRCP establece que el Tribunal será el que decida de conformidad con las alegaciones de ambas partes si hay motivos suficientes y relevantes para obligar a dicha parte a exhibir el documento. Si a pesar de que así lo ordene, la parte desobedece puede ser sancionado de conformidad con la Rule 37 FRCP.

Igualmente, las partes pueden recurrir al auxilio judicial para limitar o restringir el *discovery* con la denominada *protective order*. Si se presenta una práctica abusiva por considerarse excesiva, se recurre a la *protective order*, que consiste básicamente en un mandato judicial para proteger a la parte requerida o incluso a terceros de cualquier molestia, opresión, hostigamiento, o para bloquear peticiones gravosas y desproporcionadas.

Para optar por una *protective order*, se debe aportar en conjunto con la solicitud (según reza la Rule 26.c.1. FRCP), un escrito que declare que se ha intentado alcanzar un acuerdo extrajudicial entre las partes afectadas y, en consecuencia, la parte solicitante actúa de buena fe al

solicitar el auxilio judicial. Cuando el tribunal encuentre una causa justa para proceder con la orden, puede estimar en su resolución lo siguiente:

1. Prohibir la realización del incidente de *discovery* o *disclosure*.
2. Especificar los términos, incluyendo el plazo y lugar, del *discovery* o *disclosure*.
3. Indicar un método alternativo al propuesto por la parte solicitante.
4. Prohibir la averiguación de información relativa a ciertas materias o limitar el alcance del incidente.
5. Designar las personas que deben estar presentes durante la tramitación del incidente.
6. Requerir que una declaración se selle y solamente se abra por orden del tribunal.
7. Requerir que los secretos comerciales u otras investigaciones, desarrollo o información comercial confidencial no sea revelada o en caso que lo sea, se realiza de una determinada manera.
8. Requerir que las partes, de manera simultánea, sellen la información y los documentos específicos en sobres para abrirse directamente ante el Tribunal.

Sin embargo, en caso de que el Tribunal deniegue íntegra o parcialmente la *protective order*, la parte requerida debe exhibir la información solicitada. En lo referente a los costes producidos por este cauce, la Rule 37.a.5. FRCP señala varios supuestos dependiendo de si la solicitud ha sido estimada o no.

Sección IV. Deber de cooperación en la etapa de producción de documentos y sanciones

Las FRCP imponen un verdadero deber de colaboración en el esclarecimiento de los hechos. La particularidad de este deber es que se configura como un alcance general y automático, ya que no se tiene que esperar a que se formule una solicitud para que las partes inicien con la producción de documentos. Recordemos que el *initial disclosure* supone una exhibición automática.

Cuando se viola el deber de colaboración se recurre a la *order compelling discovery*, que obligará a colaborar con la exhibición documental. Por esta razón, en la fase del *pretrial discovery*

las partes tienen un verdadero deber de cooperación y si los litigantes persisten en su actitud de no cooperar, se exponen a graves sanciones de naturaleza económica y procesal, entre ellas: multas (*financial sanctions*), tener por ciertos los hechos que se quieren demostrar con la prueba que la parte requerida retiene injustificadamente, estar impedido para plantear ciertos reclamos o defensas (*claims or defenses barred*), desestimar la demanda (*dismiss the action*), dictar sentencia contra la parte desobediente (*default judgment*) o decretar el desacato judicial (*contempt of court*).

Sección V. Procedimiento para presentar una objeción

Cuando existe una solicitud planteada para la exhibición de un documento o categoría de documentos, la parte requerida deberá responder e indicar cuales exhibiciones y/o inspecciones serán permitidas; de lo contrario manifestará específicamente los fundamentos para oponerse a la solicitud y, para dicho fin, deberá acompañar las razones que justifican su negativa. Asimismo, en cada objeción se deberá señalar cuáles de los materiales sobre los que recae la solicitud serán retenidos en virtud de la objeción. No obstante, si se trata de una objeción parcial, se deberá especificar la parte del material a la que aplicará la objeción y permitir la exhibición y/o inspección sobre el resto del material documental.

En las circunstancias que se tenga que responder a solicitudes para la producción de documentos que se encuentran electrónicamente almacenados, las objeciones serán, por ejemplo, para rechazar la manera en que se pretende sea reproducida dicha información. Si el solicitante no especifica la manera en que la información será reproducida en el procedimiento, será la parte requerida quien deberá expresar la manera o vías en que reproducirá la información electrónicamente almacenada.

Para efectos de proceder a la reproducción de información almacenada electrónicamente, se estará a lo estipulado en la *Rule 34* (b) (2) (E), que señala básicamente lo siguiente:

- En primera instancia, la parte debe producir los documentos de la manera ordinaria como son conservados en el curso habitual del negocio, o deberá organizarlos y clasificarlos de manera tal que correspondan a la categoría solicitada.

- Si la parte requirente no especificó la forma de producción de la información electrónicamente almacenada, la parte requerida deberá producirla de la manera en que es ordinariamente conservada, o de alguna otra manera que sea razonablemente utilizable.
- Una parte no estará obligada a producir la misma información electrónicamente almacenada en más de una forma.

Actualmente se sabe que, para hacer frente al *e-discovery*, es necesario contar con el apoyo de equipos de sistemas, ya sea propios o contratados, quienes tienen la tarea de administrar las bases de datos para almacenar y gestionar la información obtenida y colaborar con el establecimiento de parámetros de búsqueda¹³³.

Título II. La producción de documentos en el civil law

Capítulo I. Distinta estructura del proceso en el civil law

Sección I. La ausencia de una etapa preliminar para la preparación del proceso

El jurado es una de las figuras paradigmáticas de la justicia en los sistemas del *common law*. Su presencia ha condicionado históricamente los principales rasgos estructurales del proceso, entre ellos, el carácter oral y concentrado del *trial*. Así que es justo apuntar, desde ahora, que se no concibe algo equiparable al *trial* en el mundo del *civil law*, precisamente porque se prescindir del jurado como juez de los hechos.

Aunque se han utilizado como palabras intercambiables *trial* y juicio, en sentido estricto se trata de realidades distintas. La necesidad de reunir a un número de ciudadanos para escuchar las declaraciones orales de los testigos y observar el resto de la prueba, con el fin de decidir los hechos del caso y luego aplicar la ley a los hechos bajo la instrucción del juez, ha llevado a

¹³³ Cristian Gual Grau, “*Breves apuntes sobre el discovery*”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, España (2011), disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3080/documento/articuloUM.pdf?id=2994>, consultado el 11 de octubre del 2016.

convertir el *trial* en todo un acontecimiento trascendental; y en ocasiones hasta en un espectáculo como suele representarse en las películas. El jurado no puede ser convocado, suspendido y luego reconvocado en diferentes sesiones sin que ello represente grandes costos e inconvenientes. Resulta más razonable y eficiente para las partes, sus abogados, el juez y el jurado ser llevados juntos en un mismo lugar y fecha a fin de que cumplan con esa parte del proceso que requiere la participación conjunta de todos¹³⁴.

Al contar con estas características, como son la concentración y la oralidad del *trial*, existe para las partes una presión por lograr una preparación adecuada para el día de la verdad, en el que deben exponer sus respectivos argumentos al jurado. La necesidad de prepararse de cara al *trial* ha dado lugar a la otra pieza fundamental del proceso del *common law*: la fase *pretrial*. La función elemental del *pretrial* es la de otorgar a las partes un espacio suficiente que les permita evaluar y preparar su caso, de modo que cada parte tiene la posibilidad de conocer anticipadamente las pruebas que hará valer su oponente en el *trial*. Así se conforma la estructura bifásica del proceso: una fase preliminar de preparación (*pretrial*) y una fase final de exposición del caso ante el jurado (*trial*)¹³⁵.

Para comprobar la distintiva razón de ser del *pretrial discovery* en el caso del proceso civil norteamericano, se recurre a la orientadora aclaración del profesor estadounidense Geoffrey C. Hazard Jr., quien indica que el *discovery* es una herramienta prevista para informar a las partes y sus abogados, pero no está prevista para informar al juez:

“(...) *Pretrial discovery, therefore, is a system whose primary function is to inform the advocates, rather the informing either the judge (who ordinarily knows little or nothing of the proofs until trial commences and who will be essentially a neutral umpire come trial) or the jury (which will receive only a small refined residue of the material processed by counsel in discovery.*”¹³⁶

¹³⁴ John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America, and East Asia*, Virginia: The Michie Company (1994), 1014.

¹³⁵ Taruffo, *Páginas sobre justicia civil*, Op. Cit., 79.

¹³⁶ Hazard, Op. Cit. *Discovery and the Role ...*, 1021.

Si bien a menudo puede suceder que el litigio acabe en la fase *pretrial*¹³⁷, la estructura del proceso continúa siendo la misma, inclusive cuando las partes renuncian al jurado. Esto último en el caso particular de los Estados Unidos, puesto que en los tribunales británicos se ha prescindido del jurado en las causas civiles.

En relación con la preparación de las defensas surge un tema muy importante. Independientemente de que el *trial* se lleve a cabo con o sin jurado, la fase *pretrial* permite a las partes evitar el elemento sorpresa en el *trial* a la hora de la práctica de la prueba. Esto es así porque las partes revelan toda la información anticipadamente, lo que permite conocer y evaluar la posibilidad que ostenta cada litigante de hacer efectivas sus pretensiones o defensas en el *trial*. Debemos recordar que los *pleadings*, en el caso del proceso civil norteamericano, no contienen una narración sustancial de los hechos, ni se aportan los medios probatorios correspondientes. La función de estos escritos, que contienen las alegaciones iniciales, es únicamente notificar a la contraparte de la reclamación, pero sobre una base muy general, pues las reclamaciones se van ajustando y se permiten enmendar las pretensiones en etapas posteriores a la presentación de la demanda; contrario a lo que sucede normalmente en los sistemas procesales del *civil law*, pues aquí las pretensiones no pueden fluctuar.

En los ordenamientos del *civil law* no existe algo semejante al *pretrial*, es decir, un espacio que otorgue la ley procesal a las partes para prepararse una vez que se ha interpuesto la demanda; mucho menos existe algo semejante al *pretrial discovery*, el cual se trataría de un mecanismo que permita el intercambio información para evaluar las pretensiones y defensas de manera anticipada, supongamos, a la audiencia de pruebas que es realizada en el *civil law* en presencia del juez.

Pero tampoco se debe desconocer que en los sistemas del *civil law* existen dispositivos previstos en la ley para la preparación del caso, aunque no con la extensión que tiene el *discovery*

¹³⁷ De hecho, algunos datos indican que en más del 95% de las demandas no llegan al trial. En la mayoría de casos, la recopilación de información a través del pretrial discovery constituyen la base para una negociación o acuerdo. Ver. Kagan, Op. Cit., 108.

en las FRCP. Entre ellos, las diligencias preliminares y la prueba anticipada con finalidad proactiva¹³⁸.

El profesor procesalista Michele Taruffo se ha referido a este tema con la siguiente idea:

*“En varios ordenamientos procesales modernos (por ejemplo en Alemania y en Austria, y últimamente también en España), ha surgido la tendencia a adoptar una estructura bifásica del procedimiento, con una fase preparatoria o preliminar, y una fase ‘de debate’, dirigida a la asunción de la prueba y al pronunciamiento de la sentencia. No se puede pasar por alto que bajo este punto de vista hay alguna influencia del modelo angloamericano, pero los procesos del civil law que adoptan la estructura bifásica del procedimiento siguen, no obstante, muy lejanos de aquel modelo. Por un lado, en efecto, en la fase preliminar se recogen las pruebas pero no hay en ello nada similar la discovery norteamericano; a lo sumo, se admite que el juez ordene a las partes a producir los documentos necesarios. De otra parte, en estos ordenamientos el proceso se inicia sobre la base de una determinación precisa de los hechos relevantes de la controversia, mientras en Estados Unidos el sistema de notice pleading implica que el discovery sirve también para definir los hechos que están en la base de la controversia, y no sólo para descubrir las pruebas que poseen las otras partes.”*¹³⁹

La organización del proceso en el *civil law* es otra y las herramientas disponibles para bloquear el elemento sorpresa en la práctica probatoria también son distintas, ya que como se detalla a continuación, no se realiza a través de algo semejante al *pretrial discovery*.

¹³⁸ Matías A. Sucunza y Francisco Verbic, *Prueba anticipada proactiva en el nuevo Código Procesal Civil Brasileño* (año no disponible, numeración no disponible. Archivo PDF, disponible en: <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/06/Civil-Doctrina-2015-06-08.pdf>, consultado el 8 de setiembre 2016.

¹³⁹ Taruffo, *Páginas sobre justicia civil*, Op. Cit., 82.

Sección II. La alegación de los hechos en el civil law

En los sistemas del *civil law* los procesos se han regido por la regla general que dicta a las partes precisar, desde los escritos iniciales que se intercambian entre ellas y con el juez, todos los hechos principales que sustentan las pretensiones o defensas. Los escritos deben realizar una detallada narración de los hechos para la fijación del objeto litigioso. En pocas palabras: corresponde a cada parte aportar las alegaciones fácticas esenciales.

En vista de que la alegación consiste en la aportación de un dato al proceso¹⁴⁰, se entiende que los datos fácticos principales en que las partes fundamentan sus respectivos casos deben presentarse prontamente en las alegaciones de introducción, que tienen lugar normalmente en la demanda y en la contestación¹⁴¹. Debe así, quedar determinada una adecuada sustanciación de los hechos que originan la causa, para luego, si es que se trata de hechos controvertidos, ser debidamente probados dentro del proceso.

En el caso de los Estados Unidos, como ya se ha mencionado, el sistema de *fact pleading* resultó ser una terrible experiencia, pues si bien se exigía una detallada enunciación de los hechos, los escritos no cumplían con informar a la otra parte sobre los medios de prueba y, como consecuencia, en el *trial* se sufrían serios inconvenientes ante la sorpresiva introducción de pruebas. Por esta razón se abandonó dicho sistema y se introdujo el *notice pleading*, que requiere solo una ligera descripción de la reclamación: “*a short and plain statement of claim.*”

Es oportuno destacar que la fijación de los hechos en el proceso, tanto en el *civil law* como en el *common law*, corresponde únicamente a las partes. En ambos lugares tiene alcance el principio dispositivo.

Un breve, pero convincente repaso por distintas legislaciones vigentes sobre el proceso civil, muestra los parámetros exigidos en el *civil law* para la presentación de escritos introductorios. Así, en el caso alemán, los escritos deben contener una debida fundamentación de

¹⁴⁰ Jaime Guasp y Pedro Aragonese, *Derecho Procesal Civil* (7ª ed.), Navarra, España: Aranzadi (2006), 365.

¹⁴¹ Guasp y Aragonese, Op. Cit., 367.

las peticiones en las cuestiones y relaciones de hechos¹⁴²; en el caso español, los hechos se expondrán numerados y separados, narrados con orden y claridad¹⁴³; y nuestra nueva legislación procesal civil, exige la narración precisa de los hechos, especificados con orden y claridad¹⁴⁴.

Sección III. El ofrecimiento probatorio y la eliminación del elemento sorpresa en la práctica de pruebas

Asimismo, la organización del proceso civil en los ordenamientos del *civil law* se encuentra determinada por el temprano ofrecimiento del material probatorio que utilizarán las partes para hacer efectivos sus intereses. Esta es otra importante distinción que separa a estos ordenamientos de la esfera procesal típica del *common law*, especialmente de lo existente en los Estados Unidos. En el *civil law* las partes sí deben informar al oponente acerca de los medios de prueba que harán valer en el juicio, lo cual ocurre desde la misma presentación de la demanda o de su contestación.

Bajo esta estructura, los ordenamientos procesales del *civil law* logran compaginar las alegaciones fácticas esenciales con el temprano ofrecimiento de la prueba, todo ello con la finalidad de proveer la información necesaria que necesita la contraparte para preparar su defensa¹⁴⁵.

Como bien analiza el distinguido profesor español Luis Prieto-Castro, acerca del ofrecimiento y acompañamiento de la prueba al compartir lo siguiente:

¹⁴² § 130. 3 ZPO alemán: “Contenido de los escritos judiciales. Los escritos preparatorios deben contener: (...) 3) La debida fundamentación de las peticiones en las cuestiones y relaciones de hechos...”

¹⁴³ Art. 399.1 y 3., LEC: “La demanda y su contenido. 1. El juicio principiará por demanda, en la que, consignados de conformidad con lo que se establece en el artículo 155 los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida. (...)3. Los hechos se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar (...)”

¹⁴⁴ Art. 35.1.3 del nuevo CPC costarricense: “Demanda. 1. Forma y contenido de la demanda. La demanda deberá presentarse por escrito y obligatoriamente contendrá: (...) 3. Narración precisa de los hechos, expuestos uno por uno, numerados y bien especificados. Deberán redactarse ordenadamente, con claridad y precisión y de forma cronológica, en la medida de lo posible.”

¹⁴⁵ Cristalinamente la idea queda reflejada en la siguiente apreciación: “En cuanto a la indicación inicial de los medios de prueba, es fundamental, como he dicho, que el demandante le diga al demandado, por ejemplo, desde un principio: Señor demandado, voy a pedirle la exhibición de tal documento; vaya usted preparándose.” Leonardo Prieto-Castro, (1964). *Trabajos y orientaciones de derecho procesal*. Madrid; Revista de Derecho Privado (1964), 219.

*“La fase probatoria comenzará, de hecho, en los escritos iniciales mismos, ya que, como en la actualidad, habrán de acompañarse a ellos los documentos que se refieran al derecho, y además deberán expresarse en los mismos los medios probatorios de que la parte intente valerse.”*¹⁴⁶

Desde esta perspectiva los escritos iniciales no son simplemente preparatorios, sino que además de describir el asunto en su totalidad, marcan el inicio de la actividad probatoria, aunque claro está, dicho material probatorio queda sujeto a que se decrete su admisibilidad una vez que ha sido ofrecido. Lo importantes es saber que, como regla general, en los ordenamientos del *civil law* las partes cuando presentan los escritos iniciales deben acompañar los documentos de los cuales se valen para dar soporte probatorio a las alegaciones fácticas.

Mayoritariamente las legislaciones del *civil law* expresamente contemplan el requisito del ofrecimiento probatorio. En Alemania, por ejemplo, se indica que los escritos iniciales contendrán la descripción de los medios de prueba que las partes utilizarán para probar o desautorizar los argumentos de hecho¹⁴⁷ y que la prueba documental es ofrecida mediante la presentación del documento¹⁴⁸; en España la legislación señala que en el escrito de demanda se expresarán los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos¹⁴⁹; y en Costa Rica, se prescribe que deberá realizarse el ofrecimiento detallado y ordenados de todos los medios de prueba, esto de acuerdo al recién aprobado CPC¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Ibid, 207.

¹⁴⁷ § 130. 3, ZPO: “Contenido de los escritos judiciales. Los escritos preparatorios deben contener: (...) 4) La descripción de los medios de prueba de los que la parte hará uso para probar o desautorizar los argumentos de hecho, como así también la declaración sobre los medios de prueba descritos por la contra parte.”

¹⁴⁸ § 420, ZPO: “Presentación por la parte que ofrece la prueba; ofrecimiento de la prueba. La prueba es ofrecida mediante la presentación del documento.”

¹⁴⁹ Art. 399. 3., LEC: “3. Los hechos se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar. Con igual orden y claridad se expresarán los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamenten las pretensiones y, finalmente, se formularán, valoraciones o razonamientos sobre éstos, si parecen convenientes para el derecho del litigante.

¹⁵⁰ Art. 35.1.6., NCPC: “Demanda. 1. Forma y contenido de la demanda. La demanda deberá presentarse por escrito y obligatoriamente contendrá: (...) 6. El ofrecimiento detallado y ordenado de todos los medios de prueba. Si se propusiere prueba testimonial, se deberá indicar, sin interrogatorio formal, los hechos sobre los cuales declarará el testigo. En la pericial indicará los temas concretos de la pericia y la especialidad del experto. Cuando la prueba conste en un registro público, con acceso por medios informáticos, la parte interesada en esta prueba, señalará la forma de identificarla en el registro, para que el juez que deba recibirla pueda acceder a ella al momento que la necesite y poner las constancias respectivas en la tramitación del proceso.

Resulta importante comprender cómo en los ordenamientos del *civil law* el elemento sorpresa es neutralizado a partir de la exigencia de ofrecimiento probatorio en los escritos iniciales. No hay espacio para juegos de sorpresa en el juicio porque los documentos de los que se vale el oponente son conocidos desde el inicio; además, se conocen también los testigos que van a declarar y sobre qué puntos del litigio.

Interesa rescatar la apreciación que realiza el profesor español Luis Prieto-Castro, quien resume acertadamente la lógica y finalidad que posee el ofrecimiento probatorio que se lleva a cabo en los escritos iniciales:

*“Los escritos iniciales no deben limitarse a exponer los hechos, sino que si tienen por finalidad preparar el trabajo, el demandante al demandado, y la inversa, y ambos al Juez, no solamente, digo, deben contener una indicación de los hechos y fundamentos jurídicos, sino también anticipar la solución de los medios de prueba de que cada parte intente valerse, con el fin de evitar sorpresas de última hora. (...) no persiguen otra finalidad que la de informar siempre a la parte contraria, para que se sepa cuáles son las pruebas que ha de emplear y emplea la otra parte.”*¹⁵¹

Además, el ofrecimiento de la prueba tiene un complemento fundamental: el principio de preclusión. En este sentido, el principio de preclusión de la prueba determina que los medios de prueba deberán ofrecerse oportunamente, impidiendo la incorporación de pruebas en etapas subsiguiente a las prescritas por ley¹⁵²; es decir, una vez concluido el momento para el ofrecimiento de la prueba, dicha etapa no puede volver a ser reabierta.

Por este motivo el principio de preclusión de la prueba es otra herramienta procesal disponible dentro de la organización del proceso del *civil law* que permite evitar las actuaciones sorpresivas en la práctica de pruebas; refuerza la estructura del proceso en la dirección dicha, para

¹⁵¹ Prieto-Castro, Op. Cit., 210.

¹⁵² La posibilidad de alegar hechos nuevos y también de aportar medios de prueba nuevos, después de contestada la demanda, es posible únicamente en los supuestos específicos previstos por la ley procesal.

proteger a los litigantes de cualquier intento de emboscada u oportunismo. En definitiva, el principio “*persigue impedir que se sorprenda al adversario con pruebas de último momento, que no alcance a controvertirlas, o que se propongan cuestiones sobre las cuales no pueden ejercer su defensa.*”¹⁵³

Por lo dicho hasta aquí, resulta claro que los ordenamientos del *civil law* no han adoptado hasta el día hoy algo semejante al *pretrial discovery*. Algunas de las funciones que cumple dicha etapa en el proceso civil de los Estados Unidos, donde se encuentra fuertemente arraigado, son abordadas en los sistemas del *civil law* a través de otros cauces, por ejemplo, mediante el oportuno ofrecimiento probatorio y principio de preclusión de la prueba. En efecto, el profesor estadounidense John Henry Merryman reconoció la innecesaria presencia de la figura del *pretrial discovery* en el mundo del *civil law*, con esta observación:

“*Discovery is less necessary because there is little, if any tactical or strategic advantage to be gained from the element of surprise.*”¹⁵⁴

Sección IV. La carga de la prueba y el principio de colaboración en el acceso a las pruebas

Desde el punto de vista de los sujetos del proceso, el derecho a la prueba es una garantía procesal reconocida a las partes en la vasta mayoría de los modernos sistemas procesales. En su noción más amplia, el derecho a la prueba consiste en la libertad que tienen las partes de utilizar todos los medios de prueba que se encuentren disponibles y sean pertinentes para su defensa; significa esto que podrán utilizar no sólo la prueba relevante que esté a su alcance, sino incluso aquella prueba relevante que esté en posesión de otras partes o de terceros.

Pero la prueba, además de ser un derecho, constituye igualmente una carga para las partes. En ese sentido, la carga procesal refiere al poder o facultad que ostenta la parte para cumplir libremente con cierto acto o adoptar determinadas conductas que satisfacen el interés propio y

¹⁵³ Hernando Devis Echandía, *Compendio de la prueba judicial* (Tomo I), Argentina: Rubinzal-Culzoni (1969), 39.

¹⁵⁴ Merryman, Op. Cit., 1015.

evitar así la aparición de consecuencias adversas en el proceso¹⁵⁵. Una de tales consecuencias desventajosas para las partes puede derivarse de la aplicación del *onus probandi* o carga de la prueba.

El *onus probandi* motiva a un contendiente a conducirse en la dirección de probar sus afirmaciones para evitar las consecuencias que surgirían ante la falta de prueba. Precisamente, la regla señala sobre quién recae el interés jurídico en que el hecho resulte probado, porque de no ser así se verá perjudicado ante su falta de prueba¹⁵⁶; en otras palabras, tiene que ver con los riesgos que asumen las partes si no ejercitan una suficiente actividad probatoria. Así, se observa que cada quien tiene la misión específica de lograr acreditar sus afirmaciones de hecho previamente alegadas. De ahí que la aplicación de la carga de la prueba tendrá lugar únicamente cuando no concurre prueba o sea insuficiente.

Siguiendo la lógica que se encuentra ínsita en la regla del *onus probandi*, se aprecia con claridad cómo las partes cuando presentan los escritos iniciales donde exponen sus reclamaciones al juez, sólo están invitadas a acompañar con ellas los documentos y demás medios de prueba que apoyan sus pretensiones o defensas. Por esta razón incorporan al proceso los documentos más favorables a sus intereses jurídicos, al no estar invitadas inicialmente a exhibir aquel material probatorio perjudicial a sus posturas que existe bajo su poder.

El asunto gira en el sentido de saber qué pasa cuando no es posible traer el documento al proceso porque no está al alcance de quien lo requiere y además resulta perjudicial para el contendiente que lo posee y que no tiene sobre sus hombros la carga de la prueba.

Para resolver el anterior problema se han dado en los sistemas del *civil law* principalmente dos opciones que resume perfectamente el catedrático alemán Rolf Stürner. El autor alemán contrasta dos alternativas¹⁵⁷: (i) un modelo de autoayuda, donde cada parte debe remitirse a su propio material probatorio sin molestar al oponente, por aplicación de la regla *nemo tenetur contra*

¹⁵⁵ Devis, Op. Cit., 193.

¹⁵⁶ Ibid., 198.

¹⁵⁷ Rolf Stürner, “La obtención de información probatoria en el proceso civil. *Gathering and Access to Evidence in Civil Procedure*”, *Revista de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXX (2008), 244.

se accusare al proceso civil, y el otro (ii) un deber de cooperación de las partes y terceros con el esclarecimiento de los hechos controvertidos, pudiéndose oponer a cooperar cuando existan razones plausibles.

La primera aproximación entonces es establecer como regla general el no comprometer a las partes a servir prueba que favorece la posición procesal del adversario y perjudica la propia, por extensión del aforismo *nemo tenetur contra se accusare* al ámbito de la justicia civil; así cada quien deberá aportar sólo los documentos que sirven de apoyo a su defensa. Por ende, las partes no tienen ni el deber ni la carga de ayudar a la otra.

Excepcionalmente, bajo este modelo se justifica la posibilidad de solicitar la exhibición de un documento sobre la base de la relación jurídica sustantiva, en el entendido de que la parte guarda sobre él un derecho material (no procesal), base de la legitimación para ejercer las acciones pertinentes. Por ejemplo, se solicita al juez ordenar la exhibición del contrato que vincula a los litigantes, lo cual constituye una excepción a la regla general; y en consecuencia, la exhibición documental tiende a ser muy limitada en cuanto a su extensión. Por lo general se tratará de un documento individual que la parte deberá especificar con suficiente detalle para que su solicitud sea admitida¹⁵⁸.

La otra alternativa confeccionada en el *civil law* modernamente se ha dirigido a la instauración de un deber de colaboración (o cooperación) en el esclarecimiento de los hechos controvertidos, permitiendo a los contendientes el acceso a la información decisiva para resolver el conflicto. La presencia de dicho deber se justifica en la medida que la cláusula de la buena fe procesal encuentre vigencia en el proceso civil. El tema no es pacífico en la doctrina, al divisar algunos autores cierta colisión con las más elementales guías que rigen el proceso civil, en especial el principio dispositivo.

La problemática radica en buscar una fundamentación normativa cuando no existen deberes materiales de esclarecimiento. El punto está en constituir deberes puramente procesales, a

¹⁵⁸ El grado de especificación es descrito en las leyes procesales o códigos.

partir de los cuales apoyar la presencia de un deber de cooperación en el esclarecimiento de los hechos incluso sobre quien no está afectado por la carga de la prueba.

Sin embargo, la orientación que siguen los modernos ordenamientos procesales tiende a tomar en cuenta el deber de cooperación en todas las etapas del proceso, y en el caso específico de la práctica de pruebas, procura encontrar vías que aborden los apuros surgidos cuando una parte no tiene acceso a las pruebas que necesita para confirmar su caso. De modo que el deber de colaboración acarrea la imposición de conductas activas para las partes y terceros, a saber: obliga a acompañar las pruebas que están en su poder. Es la línea seguida, por ejemplo, en la reforma procesal civil inglesa¹⁵⁹, ni que decir del *discovery* norteamericano¹⁶⁰, pero también se hallan significativos avances en esta dirección en las legislaciones procesales del *civil law*, como en Francia¹⁶¹, Alemania¹⁶², Portugal¹⁶³ y recientemente en Costa Rica¹⁶⁴.

¹⁵⁹ CPR. *Rule 1.3*: “The parties are required to help the court to further the overriding objective.” (“Las partes deben ayudar al juez a conseguir el objetivo primordial del proceso”), el cual es resolver el conflicto de una manera justa y proporcionada en cuanto a los costos; *Rule 1.1* del mismo cuerpo legal: “These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost.”

¹⁶⁰ En el cual existe un genuino deber a cooperar en la etapa de producción de documentos a través del *discovery* de acuerdo con la *Rule 26 (Duty to disclose)*, y con sanciones previstas para su incumplimiento en la *Rule 37*.

¹⁶¹ Artículo 11, Código Procesal Civil de Francia: “(1) Las partes tienen la obligación de colaborar en la práctica de las pruebas; el tribunal operará las consecuencias oportunas en caso de se abstengan o rechacen hacerlos. (2) Si una parte tuviera en su poder un elemento de prueba, el tribunal, a petición de la parte contraria, podrá requerirle para que lo aporte, bajo el apercibimiento de multas coercitivas. El tribunal también podrá, a petición de una de las partes, solicitar u ordenar, bajo idéntico apercibimiento, la aportación de todos aquellos documentos que estuvieran en poder de un tercero, si no existe impedimento legítimo.”

¹⁶² En el caso alemán es claro el deber de cooperar que tiene los testigos, ordinal § 380 ZPO alemán: “Consecuencias en caso de incomparecencia del testigo 1) A un testigo que fue regularmente citado y no compareció, se le impondrán las costas causadas por su incomparecencia, aun sin de parte. Al mismo tiempo se le aplicará una multa y en caso de que no pueda ser realizada se le impondrá un arresto. 2) En caso de reiteración de la incomparecencia se le impondrá nuevamente multa; también puede ordenarse su traslado compulsivo. 3) Contra esta providencia es admisible la queja inmediata.”

¹⁶³ Artículo 266.1, Código Procesal Civil de Portugal: “En la conducción e intervención en el proceso, deben los magistrados, los mandatarios judiciales y las propias partes cooperar entre sí, concurriendo para así conseguir, con brevedad y eficacia, una justa composición del litigio.” Ver, *La prueba en el proceso civil*. Universidad de Chile. p.126

¹⁶⁴ Artículo 4.2, NCPC: Deberes. Las partes y los intervinientes deberán ajustar su conducta a la buena fe, a la lealtad, a la probidad, al uso racional del sistema procesal, al respeto debido de los sujetos procesales y al deber de cooperación con la administración de justicia, evitando todo comportamiento malicioso, temerario, negligente, dilatorio, irrespetuoso o fraudulento. Cualquier acto contrario a estos deberes, será considerado como abuso procesal y será sancionado con el rechazo de plano de la gestión, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias, penales y civiles que correspondan.

Otros deberes también vienen siendo contemplados en el proceso civil del *civil law*, tales como el de veracidad y completitud, recogidos por ejemplo en el ordinal § 138 del ZPO alemán¹⁶⁵ y ahora también en el nuevo CPC costarricense, específicamente en el artículo 41.4.2. Aunque también se debe reconocer que su introducción no es del todo asimilada por algún sector de la doctrina de estos sistemas procesales¹⁶⁶.

Como observación conclusiva en este apartado, se señala que existe un cambio sustancial en las recientes reformas operadas en el ámbito del *civil law* dirigido a reconocer mayores y mejores cauces para el esclarecimiento de los hechos en el proceso, por ejemplo, a través del deber de cooperación y el acceso a la información. Así, queda relegada la regla general *nemo tenetur contra se accusare* al proceso penal, cuando se ejerce una pretensión punitiva. De acuerdo con ello, se evidencia la evolución a sistemas procesales de corte cooperativo, donde el deber cooperación es extensivo a las partes, al juez y a terceros¹⁶⁷.

Capítulo II. Producción de documentos en las legislaciones procesales del *civil law*

Sección I. La producción de documentos en España

Para el proceso civil español la incorporación de documentos probatorios comienza con la interposición de los escritos iniciales. Con arreglo al artículo 265 de la LEC, todos los documentos relativos al fondo del asunto en el que las partes funden su pretensión habrán de acompañarse con la demanda o contestación.

¹⁶⁵ § 138, ZPO: “Deber de declaración sobre hechos; deber de decir la verdad 1) Las partes deben hacer sus declaraciones sobre cuestiones de hecho en forma completa y adecuadas a la verdad. (...)”.

¹⁶⁶ Iván Hunter Ampuero, “No hay buena fe sin interés: la buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración”, *Revista de Derecho Valdivia*, Vol. 21, No. 2 (2008), 151. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v21n2/art07.pdf>, consultado el día 7 de mayo de 2017.

¹⁶⁷ Daniel Mitidiero, *Colaboración en el proceso civil: presupuestos sociales, lógicos y éticos* (Trad. Juan José Monroy). Perú: Communitas (2009), 132.

Naturalmente, los documentos aportados por las partes en este momento inicial del proceso corresponderán a aquellos que serán favorables a sus posiciones y no aquellos que puedan apoyar la reclamación del oponente.

Ahora, la pregunta es: ¿qué sucede en los casos que sea necesaria la obtención de un documento que una parte intenta introducirlo al proceso pero que no tiene acceso a él? En estos casos la LEC prevé algunos mecanismos con los cuales se puede lograr el acceso a documentos con fines probatorios. Aquí se debe realizar la distinción entre los distintos mecanismos, ya sea se encuentren disponibles en fase preprocesal o no.

En fase preprocesal se tienen las diligencias preliminares, el aseguramiento de prueba y la anticipación de la prueba.

El primer mecanismo son las diligencias preliminares, se trata de actuaciones jurisdiccionales con el fin de preparar la demanda cuando falta algún dato indispensable para la incoación del futuro proceso. Por ello tiene una finalidad aclaratoria. La LEC, a partir del artículo 256, establece una lista con las actuaciones que se pueden ejercitar antes de la iniciación formal del proceso. Con referencia a la ubicación de documentos que puedan aportar datos esenciales para la eficacia de la demanda, se debe remitir a las actuaciones contenidas en los puntos 1. 4º, 5º, 7º y 8º, cuyo objetivo es la exhibición de (i) documentos y cuentas de una sociedad, (ii) la existencia de un contrato de seguro, (iii) o bien para la obtención sobre el origen y redes de distribución de mercancía o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o industrial y (iv) documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros. Se debe aclarar que se trata de documentos de otras personas diferentes al futuro actor, y no se puede negar que con este incidente se puede lograr la obtención de información que pueda derivar en prueba para acreditar los hechos discutidos.

Para la negativa injustificada a colaborar, el artículo 261 de la LEC, prevé la orden de entrada y registro del lugar donde presumiblemente se encuentran los documentos. Distinto tratamiento se prevé para la negativa de exhibir documentos contables, según el cual se puede tener por cierto, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y los datos que presente el solicitante.

En segundo lugar, se encuentra el aseguramiento de la prueba, mecanismo preprocesal¹⁶⁸ previsto en los artículos 297 y 298 de la LEC. Tiene por objetivo evitar la alteración o destrucción, por conductas humanas o acontecimientos naturales, de medios probatorios antes de que llegue el momento procesal oportuno para su práctica. De esta forma se garantiza que el material se encuentre íntegramente disponible en el momento de asunción de las pruebas; pero para ello se necesita que sean pertinentes por guardar relación con lo que se constituye el objeto del proceso.

Para los efectos del aseguramiento, el tribunal velará por el cumplimiento de los requisitos dispuestos en el artículo 298.1 de la LEC, para decretar una medida que permita (i) conservar el estado en que se encuentra la cosa, (ii) hacer constar fehacientemente su realidad y características o (iii) realizar mandatos de hacer o no hacer bajo apercibimiento por desobediencia al tribunal en caso de incumplimiento. En la actualidad este mecanismo resulta de gran interés para la preservación de documentos informáticos con el fin de que la parte interesada puede acceder a la información contenida en ellos con su redactado original.

Como tercer mecanismo, está la anticipación de la prueba, se encuentra regulado igualmente en el artículo 293 y siguientes de la LEC, que no se debe confundir con el aseguramiento de la prueba; aunque en ambos se pretende preservar la prueba, con la anticipación lo que se pretende es adelantar su práctica.

Anteriormente se ha hecho referencia a la obtención de documentos en fase preprocesal en el ámbito del proceso civil español. Ahora se procederá con la producción de documentos cuando ya se ha iniciado la causa.

Por último, se encuentra el deber de exhibición documental contemplado en los artículos 328 a 333 de la LEC. Estas disposiciones están dirigidas a regular el deber de exhibición entre partes y frente a terceros, así como el deber de exhibición de entidades oficiales. Mediante este dispositivo se pretende influir en la decisión de fondo del asunto con la confirmación de datos

¹⁶⁸ Por general se recurre a esta medida antes de la iniciación de cualquier proceso, pero nada impide que pueda incoarse este incidente durante el mismo.

relevantes, a través de la aportación de copias simples o indicando en términos exactos el contenido del documento, para que ulteriormente, si es que el documento existe, se acompañe el documento original.

Los presupuestos del deber de exhibición documental entre partes están señalados en el artículo 328 de la LEC, en los siguientes términos:

“Artículo 328. Deber de exhibición documental entre partes.

1. Cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a disposición de ella y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba.

2. A la solicitud de exhibición deberá acompañarse copia simple del documento y, si no existiere o no se dispusiere de ella, se indicará en los términos más exactos posibles el contenido de aquél.

3. En los procesos seguidos por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, cometida a escala comercial, la solicitud de exhibición podrá extenderse, en particular, a los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros producidos en un determinado período de tiempo y que se presuman en poder del demandado. La solicitud deberá acompañarse de un principio de prueba que podrá consistir en la presentación de una muestra de los ejemplares, mercancías o productos en los que se hubiere materializado la infracción. A instancia de cualquier interesado, el tribunal podrá atribuir carácter reservado a las actuaciones, para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial.”

De este modo, los presupuestos para la exhibición documental en el derecho procesal español son los siguientes: 1) documentos que no se hallen a disposición de la parte solicitante y con relación al objeto del proceso o la eficacia de los medios de prueba o a documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros en los supuestos de procesos seguidos por infracción de un derecho de propiedad intelectual; 2) presentación de copia simple o versión del documento o de

un principio de prueba en los procesos seguidos por infracción de un derecho de propiedad intelectual o industrial; y 3) documentos que se hallen en poder de un litisconsorte¹⁶⁹.

En España existe, además, la exhibición para del derecho de competencia, recogida en el artículo 283 bis de la LEC. Para acceder a esta exhibición se necesita previamente la exposición razonada de los hechos y pruebas suficientes que justifiquen la viabilidad de las acciones por daños derivados de infracciones al derecho de competencia. La solicitud puede dirigirse a conseguir los siguientes datos: a) la identidad y direcciones de los presuntos infractores, b) las conductas y prácticas que hubieran sido constitutivas de la presunta infracción, c) la identificación y el volumen de los productos y servicios afectados, d) la identidad y direcciones de los compradores directos e indirectos de los productos y servicios afectados, e) los precios aplicados sucesivamente a los productos y servicios afectados, desde la primera transmisión hasta la puesta a disposición de los consumidores o usuarios finales, y f) la identidad del grupo de afectados.

Además, resulta interesante que la norma permita la exhibición de *categorías pertinentes de pruebas*, pues es un supuesto poco común en los sistemas del *civil law*. Es claro que esta normativa tiene influencia de regulaciones más generosas como aquellas encontradas en el *common law*, en un intento por dar mayor uniformidad procesal a las disputas surgidas en temas de competencia que muchas veces implican un litigio multijurisdiccional. Sin embargo, la norma luego es matizada, porque exige para la procedencia de exhibición, que las peticiones sean lo más limitadas y acotadas como sea posible atendiendo a los hechos razonablemente expuestos. El tribunal limitará la exhibición de las pruebas a lo que sea proporcionado, dejando claro que no serán permisibles peticiones masivas ni conductas similares a *las fishing expeditions* del *common law*.

En cuanto a la estructura de la petición, la legislación española no exige agregar una justificación por parte del interesado en el sentido de indicar la razón por la cual los documentos se hallan en poder de la parte contraria. La inclusión de este requisito va dirigida a bloquear peticiones infundadas. Sin embargo, al tenor del artículo 328 de la LEC, no es posible realizar

¹⁶⁹ Silvia Pereira Puigvert, *La exhibición de documentos probatoria y soportes informáticos*. Tesis doctoral, Universitat de Girona (2012), 133.

solicitudes genéricas, debiéndose aportar copia simple del documento y si no existiere, se indicará términos exactos el contenido del mismo, esto con el objetivo de que el tribunal tenga una idea del documento. Para efectos de su pertinencia deberá versar sobre a) el objeto del proceso (hechos controvertidos) y b) eficacia de los medios de prueba.

Otro aspecto que no se regula concretamente es la oposición a la solicitud de exhibición documental, ni del plazo que debe darse para contestar la solicitud. Por supuesto, la oposición más normal sería que el documento no se encuentre en poder de la parte a la que va dirigida la petición, por ejemplo, porque se encuentra en poder de un tercero o que tal documento no existe. Estas objeciones pueden tener lugar en el ejercicio del derecho de defensa y principio de igualdad de partes¹⁷⁰. En el mismo sentido se carece de una disposición normativa en relación con la audiencia de las partes, puesto que el sujeto frente al que se formula la solicitud debe tener la oportunidad de argumentar que el documento no está en su poder, en el ejercicio de su derecho de defensa¹⁷¹.

Muy interesante es que la LEC estipula que para la exhibición documental entre partes la solicitud se dirige a la parte contraria para que traiga el documento (*“cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición”*), de esta manera se produce una relación directa entre las partes, sin intervención del tribunal. Pero la no intervención del tribunal se da sólo en un principio, porque del artículo 329 de la ley mencionada, se desprende que ante la negativa injustificada de la parte el tribunal mediante providencia podrá formular requerimiento coercitivo de aportación de los documentos. En cambio, en la exhibición documental dirigida a terceros el tribunal interviene desde el comienzo¹⁷².

Sobre las consecuencias jurídicas ante la negativa injustificada al deber de exhibición documental, la LEC tiene previstas dos posibilidades: (i) una carga procesal para las partes a través de la atribución de valor probatorio a la copia simple o versión presentada por el solicitante de la exhibición; o (ii) un deber procesal específico mediante el cual se puede formular requerimiento para traer el documento.

¹⁷⁰ Pereira, Op. Cit., 135.

¹⁷¹ Pereira, Op. Cit., 140

¹⁷² LEC. Artículo 329.

En el primer caso, la atribución de valor probatorio, significa que se tiene por auténtico el documento (con su contenido descrito en la copia o versión dada por el solicitante) pero no por probado el hecho. Según este esquema lo que se configura es una carga para las partes, cuyo levantamiento evitará a la parte solicitada las consecuencias de esta presunción del artículo 329.1, que es presunción *iuris tantum*. Pero, además, la presunción no va a operar automáticamente, sino con la consideración previa de los restantes elementos de prueba.

La segunda consecuencia consiste en formular un requerimiento con el fin de que sean aportados los documentos, lo que significa que se genera un deber específico para exhibir los documentos. El problema aquí es que el legislador español no contempló la consecuencia subsiguiente cuando la parte, aún después de haber sido requerida, se muestra reticente. Para solucionar dicho punto, las opciones consideradas en el proceso civil español serían decretar la entrada y registro para dar con el documento, o bien encausar el asunto hacia una posible responsabilidad penal por desobediencia a la autoridad¹⁷³.

Sección I. A. Alcance deber de colaboración en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española

Aquí, el punto reside en saber si, a partir de lo regulado en la LEC, es posible hablar de un deber general de los litigantes que les imponga proporcionarse o facilitarse mutuamente todos los elementos y medios probatorios a su disposición que puedan favorecer la pretensión de la parte contraria. Desde luego, se hace referencia a un deber que impone actuaciones positivas a las partes a fin de averiguar los hechos de la causa.

En el sistema procesal civil de España existe un conjunto de actos procesales que corresponde a la noción de carga, que las partes podrán realizar o no, pero en caso de no cumplimiento, sufrirán consecuencias desfavorables. Existe el artículo 328 de la LEC que establece el deber de exhibición documental entre partes específico e individual, pero más allá de

¹⁷³ Pereira, Op. Cit., 150.

este precepto, no existe un deber general de cooperación entre las partes durante el proceso. En consecuencia, los litigantes pueden perfectamente reservarse documentos que les sean desfavorables.

De este modo resulta claro que para la justicia civil española no existe una norma expresa que imponga un deber general de revelar las pruebas desfavorables, como sucede, por ejemplo, en el proceso civil estadounidense. La conclusión de la autora Sílvia Pereira Puigvert es que, en caso de que se introduzca un deber de tal índole en España, deberá realizarse expresamente en la legislación procesal; y tratándose de un deber, también habrá que fijarse la correspondiente sanción de manera expresa. El legislador español hasta el momento ha regulado un deber específico y limitado: el deber de exhibición documental entre partes¹⁷⁴.

Sección II. La producción de documentos en Alemania

En el ámbito del proceso civil alemán la incorporación de documentos inicia una vez que sean presentados los escritos iniciales. Además de la relación de hechos contenida en los escritos introductorios, la normativa procesal alemana prescribe que los documentos vinculados a dichos escritos se incorporarán al proceso, esto de conformidad con el ordinal 131 del *Zivilprozessordnung* (en adelante ZPO):

“§ 131. Incorporación de documentos.

- 1) Los documentos vinculados con los escritos judiciales presentados que se encuentren en poder de las partes, deben ser acompañados en original y en copia.*
- 2) En caso de ser innecesarias algunas partes de un documento, es suficiente una copia parcial que contenga el origen, la parte final, la fecha y la firma.*
- 3) En caso de que los documentos sean conocidos por la contraparte, es suficiente su descripción solicitándose que se permita su vista.”*

¹⁷⁴ Pereira, Op. Cit., 126.

Cabe mencionar que fue a partir de la reforma del año 2002 cuando en el proceso civil alemán se aumentaron y fortalecieron los mecanismos procesales para la obtención de información. Previa a esta reforma, la justicia civil estaba regida por un modelo de autoayuda, con reducidas acciones para obtener información con fundamento en el derecho material, a fin de no perturbar a la contraparte o a terceros¹⁷⁵. Sólo algunos pocos casos excepcionales fueron reconocidos por la jurisprudencia excluyendo la premisa antes señalada.

Ahora bien, el deber de presentar documentos u objetos para su inspección fue incorporado definitivamente por la reforma del 2002, el cual es reconocido como “un deber interno de colaboración procesal”¹⁷⁶.

Para lograr traer un documento que se ha ofrecido, pero que tendrá que ser aportado por la contraparte cuando lo tiene en su poder, habrá que ajustarse a los presupuestos señalados para tales efectos, entre ellos:

“§ 424. Petición para la presentación del documento por la contraparte:

La petición debe contener:

- 1. La descripción del documento;*
- 2. La descripción de los hechos que deben ser probados por el documento;*
- 3. La descripción del contenido del documento lo más completa posible;*
- 4. La mención de circunstancias en virtud de las cuales se fundamenta la opinión de que el documento se encuentra en poder de la contraparte;*
- 5. La descripción del motivo sobre la base del cual surge la obligación de presentación del documento. El motivo debe ser verosímilmente acreditado.”*

En el proceso civil alemán, contrario a lo que sucede en la LEC, sí se regula como aspecto integrante de la estructura de la petición la exposición de las razones o motivos por las cuales resulta creíble que los documentos permanecen en poder de la contraria. Con ello se pretende garantizar que las peticiones revistan de un fundamento plausible para ser procedentes, y no

¹⁷⁵ Stürner, Op. Cit., 244.

¹⁷⁶ Ibid., 253.

simplemente se dirijan a molestar a la contraparte. Pero si no fuera suficiente, la regulación tensa más los requisitos, ya que se debe mencionar los hechos que se pretenden probar y el motivo con arreglo al cual debe obligarse a presentar el documento.

El trasfondo de esta clase de regulaciones, al establecer elevados requisitos para declarar con lugar la petición, reside en evitar la materialización de abusos o excesos. En este sentido, se entiende que no es la existencia de medios de esclarecimiento los que por sí mismos generan los abusos, sino las escasas exigencias para proceder con la recopilación del material probatorio¹⁷⁷. El legislador alemán continúa cauteloso en permitir modelos muy generosos en cuanto al deber de esclarecimiento de los hechos de la parte que no ostenta la carga de la prueba.

Continuando ahora con lo prescrito por la actual regulación alemana, se tiene que, una vez comprobado que los hechos son relevantes y que la petición es fundada, el tribunal ordenará la presentación del documento en los términos del § 425 del ZPO alemán¹⁷⁸.

Por otro lado, contrario a lo que acontece con la LEC española que carece de regulación al respecto, el ZPO alemán contiene una previsión legal que se refiere a la audiencia de las partes para manifestar y hacer valer las oposiciones que a bien tenga¹⁷⁹. Una clara oportunidad que garantiza el derecho a ser oído.

La consecuencia que soporta la parte requerida ante la falta de presentación del documento es que se podrá considerar como verdadera la copia del documento aportada por quien ofreció la prueba, o bien, se podrán considerar como probadas las manifestaciones de la parte que ofreció la

¹⁷⁷ Stürner, Op. Cit., 252.

¹⁷⁸ § 425, ZPO: “Orden de presentación del documento por la contraparte. En caso de que el tribunal considere que los hechos que deben ser probados por el documento son relevantes y que la petición es fundada, ordena que la parte presente el documento, sea que esta haya admitido que el documento se encuentra en su poder o cuando no se haya manifestado sobre la petición.”

¹⁷⁹ § 426, ZPO: “En el caso de que la parte discuta que el documento se encuentra en su poder debe advertírsela sobre las consecuencias de continuar teniéndolo sin entregarlo. En la fijación para la audiencia de declaración se le debe aclarar que se investigará con cuidado sobre la retención del documento. En lo restante rigen en lo que corresponda los §§ 449 a 454. En caso de que el tribunal se convenza de que el documento se encuentra en poder de la contraparte, entonces ordenará su presentación.”

prueba sobre las características y contenido del documento¹⁸⁰. Nuevamente, al igual que LEC española, el ZPO alemán configura una carga procesal que, de no ser satisfecha, producirá consecuencias procesales adversas para las partes, es decir, una presunción de veracidad (*iuris tantum*) sobre la existencia y contenido del documento. Pero el sistema procesal alemán lo hace de modo invertido a lo que prescribe la LEC de España, puesto que en Alemania el juez, después de sopesar que los hechos que se pretenden probar son relevantes y que la petición es fundada, ordenará la presentación del documento, es decir, surgirá el deber de la parte requerida a proporcionar el material, aunque no se establezca una sanción concreta sobre su incumplimiento. Y más bien al final, ante la negativa a la orden de presentar el documento, la parte requerida lo que tendrá que soportar es una carga procesal, la presunción de veracidad del documento, repetimos, por su falta de colaboración. En España, como se mencionó, primero se establece la carga y después el deber¹⁸¹.

Sección II. A. Alcance del deber de colaboración en el *Zivilprozessordnung*

En el proceso civil alemán, hasta el presente, tampoco se ha instaurado un deber de esclarecimiento con alcance general que vincule de manera directa al litigante que no ostenta la carga de la prueba, a proporcionar los elementos de prueba que favorecen a la contraria. Por regla general, en el contexto de la justicia civil alemán dichos deberes de esclarecimiento únicamente tienen lugar con base en el derecho material y no por un deber puramente procesal.

La jurisprudencia fue la que se encargó de deslindar casos excepcionales, a partir de los cuales se ha reconocido que la parte que ostenta la carga de la prueba no estaría en posición de

¹⁸⁰ § 427, ZPO: “Consecuencia de la falta de presentación por la contraparte. En de falta de cumplimiento por la contraparte de la orden de presentación o si el tribunal se convence, en el supuesto del § 426, de que el documento no ha sido cuidadosamente retenido en poder de la contraparte, se puede considerar como verdadera la copia del documento aportada que ofreció la prueba. En caso de que no se acerque una copia del documento se pueden considerar como probadas las manifestaciones de la parte que ofreció la prueba sobre las características y contenido del documento.”

¹⁸¹ Pereira, Op. Cit., 148.

proporcionar determinada información o datos en relación con hechos que no están al alcance de su conocimiento y que resultan ser mucho mejor conocidos por la contraparte¹⁸².

No obstante, el sistema alemán mediante la reforma operada al ZPO en el 2002, varió un poco su funcionamiento con respecto al deber de cooperación en el esclarecimiento de los hechos. La modificación operada significa que ya no sólo el derecho material podría legitimar y fundar el deber de una parte a proporcionar al proceso una prueba documental cuando no ostenta la carga de la prueba. Pero la propuesta introducida todavía posee la característica de ser muy limitada en comparación con los sistemas encontrados en el *common law*, especialmente el estadounidense. No hay lugar para hablar de una convergencia de sistemas en este sentido.

El legislador alemán se opuso a la incorporación de un deber general de esclarecimiento procesal en la reforma del ZPO, temiendo los riesgos de elevar los costos de la litigación, su duración y de la pérdida de tiempo. Actualmente no se cuenta en Alemania con un fundamento legal para configurar un deber de naturaleza general referente al esclarecimiento.

En definitiva, el sistema alemán continúa siendo muy cauteloso e impone serios límites a las solicitudes de producción de documentos en poder el adversario. Podría válidamente decirse que contiene una serie de filtros a fin de controlar posibles abusos y actuaciones injustificadas que buscan hostigar a la contraparte.

¹⁸² Hanns Prütting, *Presentación de documentos y dirección del proceso*, en *Código Procesal Civil Alemán ZPO* (trad. Pérez Ragone, Álvaro y Ortiz Pradillo Juan Carlos), Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung (Montevideo, 2006), 66.

Sección III. La producción de documentos en Costa Rica

Sección III. A. La producción de documentos en el Código Procesal Civil de 1989

El sistema procesal civil de Costa Rica contempla la oportunidad para comenzar la incorporación de documentos con la presentación de los escritos iniciales. El escenario referente al tema de los deberes de cooperación en el esclarecimiento de las alegaciones fácticas, como a continuación se detalla, es muy similar a la de los sistemas procesales de España y Alemania ya descritos.

De entrada, es factible aclarar que el Código Procesal Civil de 1989 (en adelante CPC) no contiene regulación expresa sobre el deber de cooperación entre las partes en la escena probatoria y, por otro lado, contiene una escasa regulación sobre la exhibición documental como medida preparatoria y previa a la iniciación del proceso.

El CPC contempla un primer supuesto, en el cual, el demandante no disponga de los documentos en que apoya su caso; según lo expresado en el artículo 292 CPC¹⁸³, deberá indicar “el archivo, la oficina pública o el lugar en que se encuentren”. Es claro que en este supuesto se trata de documentos que la parte que los requiere conoce exactamente el lugar donde se ubican (oficinas públicas o archivos), pero son de imposible obtención y por dicha razón no podrán ser traídos por la propia gestión de la parte; pensemos, por ejemplo, en un historial médico. Así que, una vez ofrecidos, sólo se necesitará señalar el lugar donde se encuentran para obtener el auxilio judicial. Son documentos sobre los que, en principio, no hay contención en cuanto a su existencia. Por tal motivo se sostiene que bajo este supuesto no se configura una exhibición documental propiamente entre las partes, sino un auxilio judicial para traer documentos de imposible obtención. Además, el artículo en cuestión no se apoya en una filosofía de proceso cooperativo,

¹⁸³ CPC. Artículo 292.

pues seguidamente se establece que “*si transcurren quince días sin que esos documentos hayan sido recibidos, se prescindirá de ellos y se dará traslado de la demanda o reconvencción*”.

A lo anteriormente expuesto se debe agregar el hecho de que el CPC como tal no incluye de manera expresa, es decir, con un fundamento legal, un deber interno de exhibición documental entre partes que integre las disposiciones concernientes a los medios de prueba. En el Libro II, Título I, Capítulo II, Sección cuarta del CPC, que regula la prueba documental, únicamente existe una disposición referida a documentos en poder de terceros. Se trata del artículo 393 CPC¹⁸⁴, el cual señala que los terceros ajenos al proceso no estarán obligados a presentar documentos privados de su propiedad exclusiva, sólo si voluntariamente acceden a exhibirlos podrán formar parte del proceso.

Con mucha claridad se aprecia que bajo el sistema del CPC los terceros no tienen ningún compromiso de colaboración en el esclarecimiento fáctico. En fin, el CPC es completamente omiso en cuanto a la exhibición de documentos entre partes y solo cuenta con breve referencia a la exhibición voluntaria por terceros.

Pese a lo expresado hasta aquí, se debe reconocer la existencia de un único supuesto de exhibición documental intraproceso, por remisión expresa que realiza el CPC a lo dispuesto en el Código de Comercio de Costa Rica, para lo tocante a la exhibición de libros de comerciantes. Tal es el caso del artículo 26 de éste último cuerpo legal, donde se establece el derecho de los socios de examinar los libros y documentos que comprueben el estado de la sociedad. En alguna medida se puede decir que éste es el único supuesto de exhibición documental entre partes que se reconoce expresamente en el CPC por remisión expresa al Código de Comercio costarricense. Sin embargo, cabe aclarar de inmediato, que en este caso el deber surge en virtud del derecho material regulado en un código sustantivo, y no sobre un fundamento estrictamente procesal. Este tipo de exhibición sólo alcanza a los documentos sociales, no pudiendo extenderse a otros documentos de terceros en poder de la sociedad.

¹⁸⁴ CPC. Artículo 393.

La exhibición de documentos propiamente hablando está prevista en el CPC dentro del Título IV, denominado “Medidas Cautelares”, ocupando ahí una regulación en el capítulo de las “pruebas anticipadas”. En primer lugar, es importante aclarar que aquí se hace referencia a la exhibición documental como mecanismo de naturaleza preprocesal, y con miras a obtener datos necesarios para la correcta iniciación del proceso; por esta razón la exhibición documental prevista en el CPC no es propiamente una prueba anticipada, sino algo equiparable a las diligencias preliminares de la LEC española vigente.

En efecto, el artículo 246 del CPC expresa:

“Artículo 246.- Exhibición de documentos o de cosas muebles.

Todo proceso podrá prepararse también a:

- 1. La exhibición del testamento del causante, por parte del que se crea heredero, coheredero o legatario.*
- 2. En caso de evicción, los títulos u otros documentos que se refieran a la cosa vendida solicitados por el comprador al vendedor, o viceversa*
- 3. La presentación de los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, solicitados por un socio o comunero al consocio o comunero que los tenga en su poder, en los casos en que proceda con arreglo a derecho.*
- 4. La exhibición de las escrituras, actas, correspondencia, libros, registros, recibos y finiquitos comunes a ambas partes.*
- 5. La exhibición de la cosa mueble que haya de ser objeto de la pretensión real o mixta que se trate de entablar contra el que tenga la cosa en su poder.”*

No se puede desconocer que la exhibición documental en los anteriores casos permite la obtención de información relevante para la preparación y subsiguiente eficacia de la demanda. Pero, asimismo, un repaso general sobre los supuestos contenidos en la lista del anterior artículo, entre ellos los incisos 1), 2), 3) y 5), es suficiente para divisar que la exhibición de tales documentos se apoya en el derecho material, es decir, su fundamento es la relación jurídica sustantiva subyacente, a saber: el testamento para el heredero, títulos o documentos de una compraventa para

el comprador o vendedor, documentos y cuentas sociales para el socio, la cosa mueble objeto de pretensión real o mixta.

La única excepción que permitiría una lectura más amplia para la exhibición documental es el inciso 4), con el cual se configura un auténtico deber de exhibición no necesariamente asentado en el derecho material; perfectamente podría ocurrir el caso en que una parte solicitara la exhibición de correspondencia sobre una antigua relación contractual sostenida con su oponente, la cual podría aportar datos sobre las condiciones de una relación contractual subsiguiente objeto de disputa. Pero, para que ello sea procedente, la exhibición debe tratarse de documentos “comunes a ambas partes”, y además que sean pertinentes y necesarios para la resolución del conflicto. En general vemos que el inciso 4) abre un abanico de posibilidades para la obtención de información relevante, repetimos, no necesariamente ligados al derecho material: correspondencia, recibos, finiquitos.

Ahora bien, se sostiene que estamos en presencia de un auténtico deber porque ante la negativa injustificada la parte requerida estará sujeta a una sanción concreta. La sanción será la imposición de uno a tres días multa, además de los daños y perjuicios ocasionados por la falta de colaboración, de conformidad con el numeral 249 del CPC¹⁸⁵. La medida sancionatoria de la multa, en este caso, no parece ser tan efectiva. En casos en los que estén en juego sumas considerables, la cuantía de la multa resultaría insignificante en comparación al riesgo de perder el proceso, por lo que la parte perjudicada con la exhibición, se vería persuadida a reservarse el documento.

Un aspecto curioso de la regulación de la exhibición documental en el CPC es que no incluye la exigencia de que se realice una descripción del contenido de los documentos contemplados en el inciso 4), dando la impresión de que nuestro legislador dejó un portillo abierto que permite solicitudes con una estructura más sencilla, sin descripción detallada del contenido de un documento. Igualmente, se reconoce que la descripción del contenido del documento no es verdaderamente necesaria en los restantes incisos.

¹⁸⁵ CPC. Artículo 249.

Por último, y con base en la redacción del artículo 246 del CPC, la lista de los supuestos de exhibición documental ahí descritos se considera, en principio, de carácter taxativo. Tras repasar lo estipulado en el CPC para la producción de documentos en poder del adversario, podemos concluir que nuestro ordenamiento procesal no ha sido ajeno a los deberes de colaboración probatoria; aunque sean deberes respaldados en su mayoría en el derecho material, limitados y específicos.

Sección III. B. Alcance del deber de colaboración en el Código Procesal Civil de 1989

Como ya se ha reiterado, el tema reside en comprobar si existe un deber de cooperación general sobre quien no ostentan la carga de la prueba. Para el caso del CPC, el asunto parece un poco complejo, porque primero se debió dilucidar la presencia de un deber procesal interno de exhibición documental, y no solamente como mecanismo preprocesal para la preparación de la causa, para luego indicar de si se trata de un deber específico o general.

En el fondo lo que se pretende descifrar es si el CPC posee un deber procesal interno de *lege lata* para la exhibición de documentos; o por el contrario, al menos determinar si una vez iniciado el proceso es factible solicitar la exhibición de un documento de relevancia probatoria.

En términos generales, cabe decir que el CPC no prevé expresamente el deber de exhibición de documentos como deber procesal intraproceso. No existe un fundamento legal en el CPC que así lo establezca. Aunque sí se dispone de regulación acerca de algunos casos para traer documentos, por ejemplo, los de imposible obtención para la parte que los ofrece en la demanda (artículo 292 CPC), o para preparar el proceso (Art. 246 CPC), éste último dentro de las regulaciones de la prueba anticipada.

Asimismo, como se mencionó, el numeral 246 CPC, específicamente el inciso 4), contiene una serie de documentos que pueden ser requeridos, sin fundamento en el derecho material, sino más bien con el fin de reunir información útil y necesaria para resolver el litigio, siempre que sea documentación “común a ambas partes”. Por lo tanto, se mantiene la postura de que en ese caso

se tendría un deber procesal específico e interno para la exhibición de los documentos ahí mencionados. Pero debe destacarse que resulta ser un deber de exhibición delimitado a la lista de documentos que ahí se contiene.

Se trata de un deber interno porque nada impide que la solicitud de exhibición se presente junto con la demanda o contestación, pues si se entiende que la prueba anticipada puede ser solicitada cuando ya se ha iniciado el proceso, siempre y cuando sea antes de la fase de asunción de pruebas (debido a su finalidad conservativa ante una eminente imposibilidad sobrevenida); así también parece factible pretender la exhibición documental cuando ya se ha iniciado el proceso en los términos dichos. El efecto que se obtiene es el mismo que surgiría si se contara con una norma para el deber de exhibición documental intraproceso. Por ello, se reitera, se puede hablar también de un deber interno procesal y no únicamente preprocesal, con el respectivo efecto de obtener información para el esclarecimiento de los hechos alegados, al menos en los supuestos limitados del inciso 4) del ordinal 246 CPC.

Por lo anteriormente expuesto, se concluye que, aunque no se halla incluido expresamente un deber de exhibición documental intraproceso más allá de lo que existe para la “prueba anticipada”, el deber existe siempre y cuando la parte solicite la exhibición documental en los escritos iniciales y se trate de prueba pertinente, útil y necesaria para la justa determinación del conflicto. En cuanto a la posible sanción ante la negativa ilegítima de cumplir con el deber interno, no resulta descabellado que se aplique analógicamente la sanción multa prevista en el artículo 249 CPC.

Así, resta por dilucidar si el CPC cuenta con un deber general de colaboración para el esclarecimiento de los hechos.

Después de lo dicho en los párrafos precedentes la respuesta negativa parece evidente sin más. Efectivamente, el CPC no impone un deber general a la parte que no ostenta la carga de la prueba para que contribuya al esclarecimiento de los hechos alegados por su oponente. Más bien, contiene una regulación parca sobre la exhibición documental en general, encasillando a este mecanismo como integrante de la “prueba anticipada”, cuando en realidad

su naturaleza es más cercana a la de las diligencias preliminares de la LEC española, como se indicó. Por ejemplo, el CPC es completamente omiso sobre los requisitos que debiera contener la estructura de una petición de exhibición documental, especialmente, en los supuestos regulados en el inciso 4) del artículo 246 CPC. No se deduce de la anterior numeral que se deba hacer una descripción del contenido del documento que ha sido solicitado para su exhibición.

Sección IV. Nuevo Código Procesal Civil de Costa Rica (2018)

Sección IV. A. Buena fe y deber de cooperación en la práctica probatoria

La justicia civil costarricense aspira a encontrar un nuevo y prometedor rumbo que garantice procesos más expeditos, eficientes y justos. A través de la promulgación de la Ley 9342, que entró a regir a partir del segundo semestre del 2018, Costa Rica experimenta una reforma a su sistema procesal civil orientada hacia un modelo de justicia oral.

El nuevo Código Procesal Civil (en adelante NCPC) introduce numerosos y novedosos cambios en la estructura del sistema procesal civil, incluyendo la práctica de la prueba. Ello sucede, por ejemplo, con la expresa incorporación de los deberes de cooperación y veracidad en la práctica probatoria. Particularmente, la producción de documentos probatorios, eje central del presente trabajo, representa uno de los campos que se modifica sustancialmente.

Como punto de partida se pueden mencionar los deberes procesales que deberán cumplir las partes y demás intervinientes en el proceso. El nuevo numeral 4.2 del NCPC, incorpora una cláusula general que reúne distintos deberes que se tomarán en cuenta en el proceso, en los siguientes términos:

“4.2. Deberes. Las partes y los intervinientes deberán ajustar su conducta a la buena fe, a la lealtad, a la probidad, al uso racional del sistema procesal, al respeto debido de los sujetos procesales y al deber de cooperación con la administración de justicia, evitando todo

comportamiento malicioso, temerario, negligente, dilatorio, irrespetuoso o fraudulento. Cualquier acto contrario a estos deberes, será considerado como abuso procesal y será sancionado con el rechazo de plano de la gestión, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias, penales y civiles que correspondan.”

Con este numeral la justicia civil costarricense regula expresamente el instituto de la buena fe procesal, nuevo eje protagonista en la administración de justicia. Ello brinda la oportunidad de impedir el tráfico al proceso de conductas poco éticas. Por tal motivo, no podrían admitirse comportamientos mendaces, desleales, dilatorios y cualquier otro que sea manifiestamente malicioso o tenga por único objetivo la frustración de los fines del proceso.

Así, resulta claro que el legislador costarricense optó por introducir reglas de carácter ético en relación con la manera de conducirse los litigantes. De este modo, resulta importante resaltar como nuevo componente de la nueva regulación del proceso y en estrecha conexión con la buena fe procesal, el deber de cooperación procesal. Deber que alcanza a todas las etapas del proceso.

El deber de cooperación procesal cuenta ahora con un fundamento legal que lo respalda, el mismo se encuentra en el artículo 4.2 del NCPC transcrito arriba. Este deber tiene importantes manifestaciones en el proceso y muy en especial en lo referente a la práctica probatoria. Aunque inicialmente el artículo 4.2 sólo hace mención general del mismo, dicho deber procesal luego es definido por otra norma del NCPC.

Para efectos probatorios, el deber de cooperación se encuentra definido en el artículo 41.4.1., reza así:

“41.4. Práctica de la prueba. La práctica de la prueba se regirá por las siguientes disposiciones:

1.-Deber de cooperación. Es responsabilidad exclusiva de la parte proponente citar y presentar sus fuentes probatorias. Podrá solicitar la cooperación de los tribunales para obtener órdenes, citar testigos y peritos u ordenar su comparecencia por cualquier medio disponible.

Las partes y los testigos tienen el deber legal de declarar. Esta obligación se extiende a los funcionarios públicos respecto de los informes y certificaciones. Los tribunales requerirán su asistencia a las audiencias por cualquier medio, incluso con el auxilio de la fuerza pública si fuera necesario. Cuando la parte declarante no asistiere o rehusare responder, se hará constar y se consignará el interrogatorio.”

En esta importante etapa del proceso, como es la práctica de pruebas, el deber de cooperación tiene importantes efectos para las partes y terceros, entre ellos, el deber de declarar y el deber de exhibir documentos. La norma busca garantizar que los medios de prueba se pongan a disposición del juez por el evidente interés público que existe en cuanto al correcto funcionamiento de la justicia¹⁸⁶.

Contrario a lo que sucedía en el CPC, vemos que el primer avance del NCPC en materia probatoria es la inclusión expresa el deber de cooperación. Deber que resulta directamente aplicable al campo de la producción documental, lo que significa para los litigantes la necesaria colaboración en la aportación del material requerido que esté en su poder. Sin embargo, a continuación se procede a analizar si es posible vislumbrar en el entramado normativo del NCPC la existencia de un deber general de colaboración en el esclarecimiento de los hechos.

Sección IV. B. La producción de documentos en el nuevo Código Procesal Civil de Costa Rica (2018)

En el NCPC la introducción de documentos inicia con la presentación de los escritos iniciales. De manera tal que las partes, introductoriamente, intercambiarán los documentos que le son favorables para apoyar su posición procesal. Con ello es posible percibir que el deber de cooperación no representará mayor problema cuando se trata de presentar documentos favorables para la parte que los tiene en su poder. Naturalmente, las partes colaborarán en traer al proceso los documentos que les beneficien.

¹⁸⁶ Artavia y Picado, Op. Cit., 359.

Seguirá siendo la regla general, aun en el NCPC, que las partes aporten el material probatorio que da soporte a las alegaciones de hechos que formulen en sus escritos introductorios, manifestación del principio dispositivo. Para el caso de los documentos se dispone esto:

“35.2. Presentación de documentos con la demanda. Con la demanda deben adjuntarse los documentos que se ofrezcan. Las partes podrán solicitar el auxilio de los tribunales para traer documentos de imposible obtención. El diligenciamiento siempre será a cargo y responsabilidad del solicitante.

Si los documentos presentados justificativos de la capacidad procesal tuvieren algún defecto, el tribunal prevendrá su subsanación en el plazo de cinco días, bajo apercibimiento de declarar inadmisibile la demanda. Si los documentos constaren en un registro público, con acceso por medios informáticos, la parte interesada en acreditarla señalará al tribunal la forma de constatarla.”

Por tanto, cada parte defenderá su propio caso sin, en principio, revelar aquel material que pudiera comprometerle. De este modo, resulta importante analizar qué pasa en el NCPC cuando alguno de los litigantes requiere de su contrario documentos necesarios para acreditar los hechos esenciales de su pretensión o defensa.

El NCPC contiene dos vías para la producción de documentos en posesión de la parte contraria: la exhibición anticipada y la exhibición intraproceso.

Como medida preprocesal, una parte puede recurrir a una exhibición de documentos de acuerdo al numeral 49 del NCPC, que en lo que interesa, indica que *“es procedente como prueba anticipada la verificación de estados económicos, financieros y rendición de cuentas, la*

declaración de parte sobre hechos personales y la exhibición de documentos o bienes muebles.”¹⁸⁷ Como puede apreciarse la regulación del NCPC no contiene una lista como la del CPC. Se considera que la eliminación de la lista que contiene el CPC es un gran avance para el deber de colaboración, al no limitarse a supuestos establecidos *a priori*, sin conocer las particularidades propias de cada caso.

Otro aspecto interesante de la nueva normativa procesal es que su redacción parece dar la oportunidad de que la exhibición documental anticipada cumpla una función de preparación del futuro proceso, por ejemplo, a través de la obtención de información indispensable para formular demandas serias y sustentadas. En efecto, el ordinal 49 del NCPC señala que “*sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo anterior, es procedente como prueba anticipada (...) la exhibición de documentos.*” El párrafo anterior al extracto transcrito indica que “*la anticipación sólo será procedente cuando exista peligro de imposibilidad de practicarla posteriormente o que aun pudiendo practicarla pueda perder su eficacia.*” Por esta razón, ese párrafo no sería aplicable a la exhibición de documentos. Así las cosas, se considera que un futuro demandante podría optar por solicitar anticipadamente documentos a su futura contraparte para lograr datos necesarios para la eficacia de la demanda, cumpliendo de esta forma con un fin aclaratorio. Por tanto, se asemeja con las funciones propias de las diligencias preliminares de la LEC española.

¹⁸⁷ NCPC. Artículo 49: Artículo 49.- Prueba anticipada. Con anterioridad al establecimiento de la demanda, o en el curso del procedimiento pero antes del momento procesal oportuno, podrá solicitarse, admitirse y practicarse cualquier medio de prueba. La anticipación sólo será procedente cuando exista peligro de imposibilidad de practicarla posteriormente o que aun pudiendo practicarla pueda perder su eficacia. Cuando resulte que la anticipación de prueba no era justificada, se condenará al solicitante al pago de costas.

En todo caso, sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo anterior, es procedente como prueba anticipada la verificación de estados económicos, financieros y rendición de cuentas, la declaración de parte sobre hechos personales y la exhibición de documentos o bienes muebles.

En la solicitud deberá indicarse el nombre y calidades de las partes, el objeto y estimación del futuro proceso cuando éste no se haya establecido, la justificación, la prueba que se pide y el señalamiento para atender notificaciones.

Cuando la comunicación a la parte contraria pudiese frustrar la finalidad o eficacia de la actividad, y en casos de urgencia, ésta se practicará sin notificación previa. Si la parte contraria concurriera a pesar de no haber sido citada, podrá intervenir en la práctica de la prueba; en caso contrario, el resultado deberá notificársele dentro del plazo de cinco días posteriores a su celebración. En los demás casos se garantizará la participación de la parte contraria. El tribunal dispondrá lo necesario para el efectivo cumplimiento de lo que ordene, en cualquier día y hora, aún con auxilio de la fuerza pública.

La prueba anticipada practicada se incorporará al proceso, cuando éste se haya establecido.”

De lo mencionado, se sigue que la exhibición de documentos en esta ocasión fue indebida entremezclada con las pruebas anticipadas. En realidad, para el caso de la exhibición preprocesal de documentos, se trata de diligencias que se denominan medidas preparatorias, lo cual es una figura distinta a la prueba anticipada. La finalidad de una medida preparatoria es informar o tener certeza sobre la existencia de cosas o sobre su estado, para la efectividad del futuro proceso¹⁸⁸. Además, para la determinación previa de la legitimación, el artículo 21.2 NCPC regula como medida preparatoria la posibilidad de obtener información para determinar la capacidad y legitimación pasiva de una relación jurídica, a fin de entablar correctamente la demanda¹⁸⁹.

Siguiendo con la regulación de la prueba anticipada, cabe apuntar que en la legislación costarricense no se aceptó la inclusión de otros fines que podrían alcanzarse a través de la producción de prueba de forma previa al proceso. Este es el caso de Brasil, que rompe el paradigma conservativo de la prueba anticipada y faculta la producción anticipada de prueba para nuevos fines, conocida como prueba anticipada proactiva; por ejemplo, para facilitar una autocomposición entre las partes o incluso para informar a éstas acerca de la inviabilidad o justificación de iniciar el futuro proceso. Este nuevo desempeño reconocido a la prueba anticipada está en cercana consonancia con las reglas de ordenamientos procesales que permiten el intercambio de información previo y el deber de colaborar con dicho intercambio, como las del *discovery* estadounidense y el *disclosure* inglés.

En la forma que se encuentra redactado el artículo 49 del NCPC, en el caso de la exhibición de documentos, se permitiría un intercambio de información preliminar, aunque limitado, pero nada impide que en algunos casos, si se cumple con la petición y se traen los documentos, se puedan generar discusiones entre las partes que posteriormente faciliten acuerdos entre ellas.

Los problemas surgen en relación con la consecuencia de la negativa a colaborar con una solicitud de documentos preprocesal. El artículo no es claro en el caso de la exhibición documental, pues se limita a indicar que el “tribunal dispondrá lo necesario para el efectivo cumplimiento de lo que ordene, en cualquier día y hora, aun con auxilio de la Fuerza Pública.” Este extracto parece

¹⁸⁸ Artavia y Picado, Op. Cit., 451.

¹⁸⁹ NCPC. Artículo 21.2

más bien aplicar al caso de los testigos que tengan que comparecer a rendir su testimonio anticipadamente o al reconocimiento judicial. Para la exhibición de documentos, si se hace uso de la Fuerza Pública, sería por ejemplo para ordenar la entrada y registro del lugar donde presumiblemente se encuentra el documento, como lo hace la LEC española¹⁹⁰. Pero el artículo no indica de manera expresa la consecuencia de la negativa, y aplicar una medida coactiva, como la entrada y registro del lugar, que no está prescrita por la ley conllevaría a inconvenientes. Sin embargo, en algunos casos, lo más prudente sería aplicar la consecuencia negativa que se dispone para la exhibición de documentos intraproceso.

La siguiente oportunidad para acceder a los documentos necesarios para la correcta adjudicación de la causa, es el deber interno de exhibición documental que regula el NCPC. Nuevamente, a diferencia del CPC, la moderna normativa sí contempla expresamente un deber interno de exhibición documental. De esta manera no queda ninguna duda, por contar ahora con un fundamento legal, sobre la existencia de un auténtico deber de exhibición documental no sujeto al derecho material, sino que ahora es un deber puramente procesal para las partes e incluso terceros.

Los presupuestos para la exhibición documental según el artículo 45.4 del NCPC, son los que a continuación se exponen:

“45.4. Exhibición de documentos. Se ordenará a las partes la exhibición de documentos, informes, libros o cualquier otra fuente probatoria, si están bajo su dominio o disposición, se refieran al objeto del proceso, sea común o puedan derivarse conclusiones probatorias para quién lo solicita. El tribunal podrá ordenar esa exhibición ante el perito, cuando así lo pidan las partes o lo solicite el experto para los fines de la pericia.

Con la petición de exhibición, la parte solicitante podrá aportar una copia o reproducción del documento, pero si no lo tuviere en su poder indicará en términos concretos su contenido.

La exhibición será obligatoria y en la resolución que la ordena se advertirá al requerido, que su negativa permitirá atribuirle valor a la copia simple, a la reproducción o a la versión del

¹⁹⁰ LEC. Artículo 261.

contenido del documento y se podrá tener como confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria, respecto del contenido del documento o del hecho que se quiere probar.

Si el documento que se pide exhibir se encontrare en poder de un tercero, se le prevendrá que lo presente, siempre que resulte trascendente para los fines del proceso y no le deprejuicio al requerido.

La persona obligada a la exhibición podrá presentar copia certificada o testimonio del documento prevenido, bajo su responsabilidad, salvo si el tribunal dudare de su autenticidad o la contraria exija el original por razones fundadas.

Los funcionarios del Estado y de las instituciones públicas no podrán negarse a expedir certificaciones ni testimonios, ni oponerse a exhibir los documentos de sus dependencias y archivos.”

El anterior numeral incluye no únicamente la exhibición entre partes, sino también la de terceros y la de entidades públicas. Al centrarse únicamente en la exhibición entre partes es posible resumir los presupuestos de la siguiente forma: 1) se ordenará a las partes la exhibición de documentos, informes, libros o cualquier otra fuente probatoria, si están bajo su dominio o disposición, se refieran al objeto del proceso, sea común o puedan derivarse conclusiones probatorias para quién lo solicita; 2) se ordenará la exhibición de documentos frente al perito para los fines de la pericia.

Con anterioridad al NCPC, la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, ya contemplaba un supuesto autónomo para la exhibición de documentos.

La estructura de la petición exige incorporar una copia simple o reproducción del documento, y en defecto de ello, se podrá optar por aportar una descripción del contenido del mismo. En comparación con la normativa del CPC, la nueva legislación exige que, ante la imposibilidad de acompañar una copia simple u otro tipo de reproducción del documento en cuestión, se deba realizar la descripción del contenido del documento. Resulta un gran avance de la nueva normativa costarricense exigir, en la petición de exhibición, la descripción del contenido del documento. Con ello se consigue bloquear solicitudes genéricas, especulativas o

indeterminadas; las partes deberán referirse de manera específica a los documentos que ellas requirieren traer al proceso.

Pero, a diferencia del ZPO alemán, el NCPC no regula dentro de la estructura de la petición el requisito de agregar una justificación acerca de los motivos por los cuales se cree que el documento está en poder del adversario. Como se indicó, la legislación procesal alemana impone varios filtros para que la producción de documentos en poder de la contraria sea procedente¹⁹¹. Sin embargo, según opinión de renombrados procesalistas, y en este caso comentaristas del NCPC, será necesario que el solicitante pruebe que su oponente tiene la posesión del documento¹⁹².

Para la negativa injustificada a prestar colaboración con la exhibición de documentos, el NCPC prevé consecuencias procesales negativas para las partes. En efecto, el artículo 45.4 señala que la exhibición será obligatoria y que, si una parte persiste en la negativa, una vez ordenada la exhibición, permitirá atribuirle autenticidad a la copia simple, a la reproducción del documento o a la versión del contenido del documento, y añade inmediatamente, que “*se podrá tener como confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria, respecto del contenido del documento o del hecho que se quiere probar.*” El legislador recurrió a las inferencias procesales, las cuales posibilitan atribuirle una consecuencia probatoria a la conducta procesal de las partes. Cabe hacer la aclaración de que se aplicará una presunción *iuris tantum* sobre el contenido del documento, de esta forma se tiene por acreditado dicho contenido, pero no por probadas las alegaciones de hechos, pues en éste último caso, para tener por acreditado un hecho de la demanda, habrá que remitirse al restante material probatorio.

La nueva normativa procesal civil lo que impone a las partes es una carga procesal, cuya satisfacción evita soportar consecuencias procesales perniciosas. La reforma faculta al juez para inferir de la falta de colaboración la acreditación del contenido del documento, es decir, se le otorgará valor al documento detallado por la parte que lo solicita y, en consecuencia, para los efectos del proceso se le tendrá como si se tratara de un documento auténtico y podrá valorarse en conjunto con la demás prueba.

¹⁹¹ Stürner, Op. Cit., 252

¹⁹² Artavia y Picado, Op. Cit., 422.

Igual a lo que sucede en España con LEC, el NCPC no regula expresamente la audiencia que el juez deberá dar a los litigantes para que hagan valer sus oposiciones a las solicitudes de exhibición, ni el plazo que debe darse para contestar la solicitud. Naturalmente, la parte requerida podrá objetar la solicitud de exhibición en ejercicio de su derecho de defensa. Entre alguna de las oposiciones podrá alegar que el documento no existe o no está en su poder. En el ordenamiento jurídico costarricense deberá tomarse en cuenta la Ley de Información No Divulgada, la cual introduce importantes reservas para la exhibición de documentos, y con la cual se podrán fundar objeciones.

El NCPC tampoco prevé el aseguramiento de la prueba. Este es un tema particularmente importante en la actualidad, donde la mayor cantidad de información se encuentra en formato digital, por lo que se hace necesaria su protección ante los riesgos de una indebida manipulación; como sería su alteración o destrucción total. Sin embargo, bajo este escenario sería muy interesante saber qué resolverán los jueces en aplicación del NCPC para disuadir prácticas que tengan por objetivo la destrucción de pruebas. Para estas situaciones parece útil el recurso a la figura del abuso procesal tipificada en el artículo 4.2 del NCPC, que en lo que interesa, dice: *“(...) Cualquier acto contrario a estos deberes será considerado como abuso procesal y será sancionado con el rechazo de plano de la gestión, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias, penales y civiles que correspondan.”*

Sección IV. C. Alcance del deber de colaboración en el nuevo Código Procesal Civil de Costa Rica (2018)

Se debe admitir, sin lugar a dudas, que el NCPC representa una formidable modernización de la justicia civil costarricense. En la etapa probatoria ocurren importantes cambios que buscan garantizar una mejor administración de justicia. Aunque también corresponde esperar para conocer la manera en que operarán estos cambios en la práctica.

De todas formas, ya no hay discusión en relación a si existe o no un deber de cooperación entre las partes para acompañar los medios de prueba que sean solicitados. La NCPC implica la

instauración expresa de un deber de cooperación en la práctica de las pruebas que alcanza a todos los sujetos procesales, estos son, las partes, el juez y hasta terceros. En este nuevo contexto el deber de cooperación se puede manifestar en distintos escenarios, como del deber de declarar para los testigos o el deber de exhibición de documentos entre las partes.

El asunto en estas instancias es determinar si efectivamente el NCPC incorpora un deber de colaboración general en relación con el esclarecimiento de los hechos. Cabe señalar que el deber procesal de exhibición documental tiene ahora un fundamento legal bien reforzado. El artículo 45.4 del NCPC lo introduce expresamente y se establece que la exhibición será “*obligatoria*”. El anterior numeral deberá leerse en armonía con los numerales 4.2 y 41.4.1 del NCPC, que indican que en la administración de justicia y en la práctica de las pruebas se observará el deber de cooperación. Por lo tanto, existe un deber de colaboración reforzado.

Con la lectura sistemática de los artículos precedentes se concluye que existe para las partes un auténtico deber de colaboración en el esclarecimiento de los hechos, aun cuando no se ostente la carga de la prueba, por ejemplo, con la exhibición de documentos que pueden otorgar una ventaja a la posición que defiende el adversario. Pero, de todas maneras, se trata de un deber específico que existirá siempre y cuando las partes o el juez lo soliciten, y que está determinado a los documentos que logren ser identificados. Como se afirmó más arriba, en el caso de la exhibición documental también se hace frente a una carga procesal, por lo tanto, se deberá hablar del deber y carga exhibitoria.

Un repaso por las principales normas contenidas en el NCPC, en especial sobre la etapa probatoria, resulta suficiente para concluir que el nuevo código no incluye un deber general de colaboración en el esclarecimiento de los hechos. Las partes podrán reservarse aquella prueba que no sea solicitada por el adversario o el juez, y que les compromete en sus intereses procesales. Para la instauración de un deber de alcance general se necesitará de la declaración expresa del legislador, que le otorgue así un fundamento jurídico. Además, requerirá del establecimiento de una sanción ante el incumplimiento, por ejemplo, con la imposición de multas.

En conclusión, se resume el tema de la siguiente manera: en el CPC existía un tenue deber de colaboración que, en general, estaba fundado en el derecho material, mientras en el NCPC se cuenta con un deber de colaboración reforzado, que ya no tiene su sustento en el derecho material.

Título III. La producción de documentos en el arbitraje comercial internacional

Capítulo I. La convergencia de culturas jurídicas en el arbitraje comercial internacional

Sección I. La dimensión transnacional del Arbitraje Comercial Internacional

Actualmente, la manera de resolver los conflictos de carácter transfronterizo se ha transformado considerablemente gracias al surgimiento del arbitraje internacional. Este dispositivo ha sido protagonista en un contexto económico en el cual se requiere de más orden y seguridad jurídica¹⁹³.

En el campo de la resolución de conflictos privados internacionales ha surgido la necesidad de contar con un mecanismo global, en vez de parroquial, para la adjudicación de disputas transfronterizas¹⁹⁴.

¹⁹³ “Si nos ubicamos desde el plano pragmático de observación y reflexión, la globalización comprende ahora una mayor densidad y complejidad de intercambios y relaciones en diversos escenarios, con un dinamismo creciente y con mayor profusión de intereses. Destaca lo comercial, tanto en el campo transaccional privado como en el del comercio interestatal regulado por los Estados. Pero este mayor dinamismo, en diversas relaciones, genera incentivos para una mayor demanda de orden, a efectos de procurar la cohesión, seguridad jurídica y predictibilidad necesarias.” Franz Kundmüller, “Globalización y arbitraje de inversiones, ¿la cosa pública vuelve a la escena o nunca se fue de la escena?”, *Lima Arbitration Review*, Revista del Círculo Peruano de Arbitraje, No. 3 (2008), 16.

¹⁹⁴ David J. McLean, “*Toward a New International Dispute Resolution Paradigm: Assessing the Congruent Evolution of Globalization and International Arbitration*.” *International Litigation and Arbitration*, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 30, No. 4 (2009), 1088. Archivo PDF, disponible en: <http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol30/iss4/20/>, consultado el día 5 de mayo.

Aunque el arbitraje es caracterizado comúnmente como un medio alternativo de resolución de conflictos, en el campo de la resolución de disputas transfronterizas no tiene nada de “alternativo”. En cambio, hoy el arbitraje internacional se ha convertido en el dispositivo predilecto para solventar disputas transnacionales en el contexto de una economía globalizada.

Un reciente estudio sobre el arbitraje internacional confirma claramente la tendencia mundial que coloca al arbitraje internacional como el método preferido para la resolución de conflictos transfronterizos. El estudio titulado, *2015 International Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, ha tenido por resultado que para el 90% de los encuestados el arbitraje internacional es el mecanismo preferido para dirimir conflictos en el plano internacional, ya sea si se utiliza solo (56%), como acompañado de otros métodos alternativos (34%)¹⁹⁵.

Incluso, se ha propuesto la instauración de un órgano supranacional para dirimir los conflictos transnacionales. El autor John Templeman ha propuesto la constitución formal de una verdadera Corte Internacional de Arbitraje a través de un tratado multilateral¹⁹⁶. Según su posición, el sistema actual necesita ser sustituido por otro que sea verdaderamente transnacional, debido principalmente a que las necesidades de la comunidad de usuarios del arbitraje internacional se vuelven más sofisticadas hoy en día y se encuentra integrado por un grupo cultural y geográficamente más diverso. Su propuesta es la creación formal de un verdadero “*sistema universal de justicia comercial internacional*” combinando los mejores elementos del arbitraje y el litigio ordinario. Dicho sistema, según el autor, debería constituirse en dos niveles: la Corte Internacional de Arbitraje y el Tribunal de Apelaciones de la Corte Internacional de Arbitraje. Se trataría de una corte especializada, permanente y accesible, operando sin ninguna conexión a una jurisdicción nacional y sería la única corte encargada de revisar, reconocer y ejecutar los laudos arbitrales institucionales y *ad hoc*.

¹⁹⁵ Queen Mary University of London y White Case LLP, *2015 International Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration* (2015), 2. Archivo PDF, disponible en: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>, consultado el día 5 de mayo del 2016.

¹⁹⁶ John Templeman, “*Towards a Truly International Court of Arbitration*”, *Journal of International Arbitration: Kluwer Law International*, Vol. 30, No. 3 (2013), 197.

En el ámbito procesal civil tampoco se ha dejado escapar la oportunidad de proponer modelos procesales uniformes que puedan operar en controversias de índole transnacional¹⁹⁷. El intento más reciente a nivel global lo han llevado a cabo el *American Law Institute* y UNIDROIT mediante la elaboración de los Principios del Proceso Civil Transnacional (*ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure*). En un proyecto ya concluido que busca introducir reglas procesales uniformes y aplicables en cualquier jurisdicción para el manejo de controversias transnacionales¹⁹⁸.

En gran medida el arbitraje internacional, a través de numerosas instituciones administradoras de arbitrajes, está reemplazando la presencia de tribunales transnacionales de justicia civil y comercial. En otras palabras, el arbitraje internacional ha tomado el lugar que les correspondería ocupar a cortes supranacionales. En este sentido la siguiente reflexión es muy clara:

*“El arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversiones están sirviendo de puente hasta que sea el momento en el que cortes transnacionales del proceso civil investidas con la autoridad para juzgar disputas privadas derivadas de controversias transfronterizas, se encuentren disponibles para ejercer su jurisdicción sobre dichos conflictos.”*¹⁹⁹

Sección II. La dimensión cultural

La cultura jurídica resulta ser un término vago y ambiguo²⁰⁰. Sin embargo, se comparte la idea de que el término puede ser válidamente utilizado para enfatizar el hecho de que entre los sistemas legales existen diferencias que no se reducen a aspectos técnicos o de leyes positivas.

¹⁹⁷ Michele Taruffo, *Sobre las fronteras: escritos sobre la justicia civil*, Colombia: Temis (2006), 99.

¹⁹⁸ Las reglas transnacionales del proceso civil pueden consultarse en el sitio web de UNIDROIT, disponibles en: <http://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>, consultada el día 30 de mayo del 2016.

¹⁹⁹ Pedroo Martínez-Fraga, “*Juridical Convergence in International Dispute Resolution: Developing a Substantive Principle of Transparency and Transnational Evidence Gathering*”, *Loyola University, Chicago, International Law Review*, Vol. 10, No. 1 (2012), 40. Traducción libre para los efectos de esta cita cuyo texto original dice: “*ICA [international commercial arbitration] and ISA [investor-state arbitration] are serving as a bridge until a time comes when transnational courts of civil procedure vested with the authority to adjudicate private disputes arising from cross-border controversies are able to exercise jurisdiction over such conflicts.*”

²⁰⁰ “Es sabido que el concepto de ‘cultura jurídica’ puede ser vago y en alguna medida indeterminado, y que ha sido objeto de discusiones desde el momento en el cual Lawrence Friedman lo propuso. Pese a ello este concepto puede tener alguna utilidad heurística –por lo menos para los juristas– a fin de superar el nivel del puro y simple análisis técnico de normas específicas y precedentes, y de ocuparse también de valores, actitudes, orientaciones e ideologías

En este trabajo se utiliza el vocablo cultura jurídica con el fin de resaltar las diferencias de parecer, entre los sistemas legales del *common law* y *civil law*, en la práctica de pruebas. El contraste puede residir en las actitudes de los abogados; o la manera de reflexionar jurídicamente, de acuerdo a valores o conceptos históricamente adquiridos, y a la mentalidad que comparte una comunidad de abogados a partir de su experiencia y formación jurídica.

La existencia de distintas culturas jurídicas se puede ver reflejada en los arbitrajes internacionales, porque diferentes expectativas surgirán en cuanto al camino que se deberá tomar para la conducción del proceso arbitral. Lo anterior puede describirse con el siguiente ejemplo gráfico:

*“(...) una empresa de Kuwait, con experiencia procesal y expectativas arraigadas en la cultura y el derecho islámico, contratando con una empresa francesa, cuya experiencia procesal y expectativas estarán basadas en los procesos contemporáneos del derecho civil europeo...”*²⁰¹

El arbitraje internacional, efectivamente, reúne a participantes que poseen distintas nacionalidades, hablan distintos idiomas y tienen una diferente formación y cultura jurídica. Si este mecanismo seguirá siendo el protagonista indiscutible para resolver las controversias transfronterizas deberá reconocer la diversidad cultural de su comunidad de usuarios.

que circundan, fundan o pasan a través de las instituciones y conceptos jurídicos, en general, así también como en el ámbito del derecho procesal. Por lo demás, varias ideas de cultura jurídica se usan comúnmente en el derecho comparado toda vez que la comparación no se limita a los detalles técnicos de los institutos.” Taruffo, *Sobre las fronteras: escritos sobre la justicia civil*, Óp. Cit., 6

²⁰¹ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Netherlands, *Kluwer Law International* (2009), 1742. Traducción libre para los efectos de esta cita cuyo texto original dice: “(...) a Kuwaiti company, with procedural experience and expectations rooted in Islamic law and culture, contracting with a French company, whose procedural experience and expectations will be based upon contemporary European civil law procedures.”

Sección III. La importancia de la neutralidad cultural en el arbitraje internacional

Principalmente son dos las razones que actualmente hacen del arbitraje internacional el método predilecto para resolución de conflictos transnacionales. La primera de ellas consiste en poder obtener una decisión final, plasmada en el laudo arbitral, que pueda ser reconocida y ejecutada prácticamente con alcance global²⁰². La segunda razón tiene que ver con la posibilidad de recurrir a un foro más neutral²⁰³. En este último caso, no se hace alusión a la neutralidad del lugar del arbitraje (o neutralidad de la sede arbitral), sino a la posibilidad de contar con un tribunal verdaderamente neutral (o neutralidad de los árbitros).

Ambas razones han sido confirmadas en el *2015 International Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*²⁰⁴. Aquí se analiza la segunda de estas razones, es decir, la importancia de la neutralidad del foro arbitral desde la perspectiva de las culturas jurídicas.

Efectivamente, uno de los mayores atractivos del arbitraje comercial internacional es la neutralidad del ente juzgador, en el entendido de que el órgano arbitral no administra justicia en nombre de ningún Estado²⁰⁵. A menudo, los rasgos que hacen a los tribunales nacionales atractivos para sus ciudadanos los torna, a su vez, poco deseables para el contendiente extranjero.

A nivel local los tribunales suelen representar el ambiente de un sistema judicial que es totalmente desconocido y en ocasiones inconveniente para el litigante extranjero. Para el litigante extranjero, actuar en un sistema judicial extraño significa lidiar con una serie de factores que no

²⁰² Actualmente un laudo arbitral internacional se podría reconocer y ejecutar en un total de 156 países, según información contenida en el sitio web de UNCITRAL sobre la situación actual de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 dirección: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html, consultado el día 5 de mayo del 2016.

²⁰³ Nigel Blackaby et al, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press (2009), 31.

²⁰⁴ Se indica que, de acuerdo a los encuestados, la ejecución de laudos es vista como la característica más valiosa del arbitraje internacional, seguido por la posibilidad de eludir litigios en sistemas legales específicos (en Views on international arbitration). En Queen Mary University of London, Op. Cit., 2.

²⁰⁵ Adolfo Calvo y Luis Fernández de la Gándara, *El arbitraje comercial internacional*, España: Tecnos (1989), 39.

maneja a cabalidad (reglas y formalidades procesales desconocidas, distinto idioma, disímiles tradiciones jurídicas, prejuicios y costumbres locales, etc.). Pero todos estos factores perfectamente son conocidos por el litigante que “juega” de local, y cuenta así con esa ventaja a su favor.

La neutralidad no debe confundirse con imparcialidad. Efectivamente un juez nacional puede ser imparcial en el ejercicio de su función y, a la misma vez, no ser neutral. La imparcialidad como la parcialidad son conceptos subjetivos; mientras la imparcialidad significa la voluntad de no favorecer a ninguna de las partes, la parcialidad se refiere a la voluntad de favorecer o desfavorecer a una de ellas. Por el contrario, la neutralidad es un concepto objetivo, que nada tiene que ver con la existencia o inexistencia de prejuicios hacia las partes por parte del juzgador, sino a la distancia objetiva que existe entre el juzgador y cada una de las partes²⁰⁶. En consecuencia, si en un conflicto transnacional la nacionalidad de un juez coincide con la de una de las partes no puede ser neutral en el sentido que expuesto, por el siguiente motivo:

“(…) los muchos valores comunes que comparte con esta parte le permiten entender fácilmente sus argumentos y sus posiciones procesales. Hablan el mismo idioma y esta observación no es únicamente una observación de índole lingüística, aunque este aspecto sea muy importante. Más que todo, comparten el mismo idioma cultural.”²⁰⁷

Las divergencias entre culturas jurídicas abarcan cuestiones tanto de materia procesal como sustantiva. Por esta razón se requiere de cierta sensibilidad, especialmente en los árbitros y los abogados que asesoran a las partes, para que puedan manejar de manera óptima las situaciones transculturales en la resolución de conflictos.

Es importante que los abogados y árbitros desarrollen las habilidades necesarias para reconocer y comprender los valores que distinguen a las distintas culturas jurídicas. Una habilidad que en nuestra opinión se requiere actualmente en muchas áreas del derecho pero, especialmente, en la de la resolución de conflictos transfronterizos, pues cada vez más los abogados deben

²⁰⁶ Yves Derains, “La neutralidad cultural del árbitro internacional”, *Lima Arbitration*. No. 2 (2007), 14. Archivo PDF, disponible en: http://www.limaarbitration.net/LAR2/yves_derains.pdf, consultado el día 15 de mayo de 2017.

²⁰⁷ Derains, Op. Cit., 14

desenvolverse en un escenario de diversidad cultural y multijurisdiccional, y por tanto en un terreno que reclama nuevas competencias profesionales.

Finalmente, se debe enfatizar que la neutralidad cultural cumple un importante papel legitimador del sistema de justicia arbitral internacional. El arbitraje internacional busca consolidarse como un foro más neutral, eficiente y seguro, a través del cual se garantice a las partes un trato equitativo para hacer valer sus derechos y la posibilidad de obtener un laudo reconocible a nivel global²⁰⁸.

El éxito futuro del arbitraje internacional depende en mucha medida de la confianza que la comunidad de usuarios pone en este mecanismo. Todavía existen grandes desafíos para la justicia arbitral internacional, como lo pone de manifiesto la observación hecha por un practicante del arbitraje internacional:

*“Cualquier descripción imparcial del arbitraje internacional debe reconocer que ciertos retos intrínsecos al proceso subsisten, incluyendo la necesidad de hacer el proceso aceptable a todo aquel que busque utilizarlo. No hay duda de que en el intento de invitar a partes de todas las naciones a la mesa del arbitraje y de proveer un método uniforme para resolver disputas globales, el arbitraje internacional inherentemente corre el riesgo de ignorar algunas culturas o tradiciones legales y, por tanto, marginar –o peor ofender enteramente– al menos a algunos participantes. A menudo las sutiles, pero a veces graves, disparidades entre las culturas nacionales y distintas tradiciones jurídicas de los litigantes deben recibir especial atención y manejarse con particular cuidado para evitar la existencia, o incluso la percepción, de resultados injustos.”*²⁰⁹

²⁰⁸ McLean, Op. Cit., 1089.

²⁰⁹ McLean, Op. Cit., 1093. Traducción libre para los efectos de esta cita cuyo texto original dice: “Any even-handed description of international arbitration must acknowledge that certain challenges intrinsic to the process endure, including the need to make the process acceptable to all who seek to utilize it. To be sure, in its attempts to invite parties from all nations to the arbitral table and to provide a uniform method for resolving global disputes, international arbitration inherently risks ignoring certain cultural or legal traditions and thus marginalizing –or worse, outright offending– at least some participants. The often subtle, but sometimes gross, disparities among the national cultures and different legal traditions of the disputants must be given special attention and handled with particular care to avoid the actuality, or even the perception, of unjust outcomes.”

Naturalmente, los sistemas procesales del *common law* y *civil law* mantienen diferencias muy significativas en materia de producción de documentos. Se encuentran diversos enfoques y hasta claras oposiciones entre ambos sistemas. La presencia de un instrumento como el *discovery* en el proceso civil anglosajón ha trazado una importante línea de separación con los sistemas del *civil law* en materia de obtención de pruebas documentales.

En el arbitraje internacional el *discovery* norteamericano no ha pasado desapercibido y es uno de los temas que ha despertado la curiosidad de muchos participantes, especialmente de los abogados del *civil law*. Precisamente por la inexistencia de un instituto procesal de alcance tan amplio como el *discovery* norteamericano en la tradición jurídica del *civil law*.

¿Cómo es posible conciliar las distintas posturas de dos culturas jurídicas en un aspecto como la producción documental?

La respuesta a la anterior pregunta parece encontrarse en la necesidad de crear una tercera cultura: la cultura del arbitraje. Actualmente suele hablarse sin problemas de una cultura arbitral para referirse a la gradual convergencia en normas, procedimientos y expectativas de los participantes en los procesos de arbitraje²¹⁰.

Capítulo II. La producción de documentos

Sección I. Las reglas institucionales arbitrales y el poder discrecional del tribunal arbitral en materia de producción documental

Desde la óptica procesal, es un derecho reconocido a las partes el obtener material probatorio que sirva a sus intereses (derecho a la prueba), lo cual resulta fundamental también en el Arbitraje Comercial Internacional (en adelante ACI)²¹¹. Los procedimientos para la producción de documentos están gobernados en primera instancia por el principio de la autonomía procesal,

²¹⁰ Tom Ginsburg, "The culture of arbitration", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36 (2003), 1338.

²¹¹ Born, Op. Cit., 1876.

como sucede con otros tantos aspectos de la práctica probatoria. A falta de un acuerdo expreso de las partes sobre el particular, estará gobernado por la *lex arbitri* o ley que regula el arbitraje (casi siempre se tratará de la ley de la sede del arbitraje).

El ACI se encuentra regido por la premisa de la flexibilidad procesal, que concede a las partes un amplio margen de libertad para la regulación del proceso. La flexibilidad es amplia pero no irrestricta, pues se encuentra limitada por la regla de trato igual y plena oportunidad de hacer valer los derechos. Así las cosas, el arbitraje podrá conducirse de la forma que más convenga en cada caso, siempre y cuando se respeten los derechos de las partes²¹².

Sin embargo, las cláusulas arbitrales frecuentemente no contienen previsiones acerca de la producción documental. Ello sucede por cuanto es muy difícil para las partes predecir, conocer, o ponerse de acuerdo con anticipación, acerca de la medida de producción documental que será apropiada en el futuro conflicto. A falta de un acuerdo expreso sobre la manera en que deberá conducirse el arbitraje, normalmente se recurrirá a otra de las manifestaciones de la autonomía procesal de las partes, como sería la elección de reglas institucionales de arbitraje.

La posibilidad de elegir un arbitraje institucional y, por ende, la aplicación de las reglas institucionales se encuentra reconocida en el artículo 2, inciso d) de la LACI: “*Cuando una disposición de la presente ley, excepto el artículo 28, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión.*”

Cabe indicar que la Ley Modelo de la CNUDMI, y por consiguiente la LACI, no aborda de forma expresa el tema de la producción documental. El artículo 19 inciso 1) de la LACI simplemente otorga reconocimiento a la autonomía procesal de las partes, quienes podrán establecer las reglas que gobiernen la práctica de las pruebas, entre ellas, la exhibición de documentos. Cuando se han elegido reglas institucionales que contienen disposiciones relativas a

²¹² Cecilia Flores, “*El trato igual y plena oportunidad de hacer valer los derechos: regla fundamental en el arbitraje*”, *El arbitraje en Perú y el mundo* (Instituto Peruano de Arbitraje), Ediciones Magna, Perú (2008), 313.

la producción de pruebas, según el artículo 19 inciso 1) de la LACI, también se deberá dar efecto a las disposiciones institucionales.

Ante la completa ausencia de un acuerdo entre las partes, el artículo 19 inciso 2) de la LACI reconoce al tribunal arbitral amplia discreción para la conducción del arbitraje, pero sin hacer referencia específica al tema de la producción de documentos.

Por lo expuesto en el párrafo precedente, es oportuno repasar lo que establecen la mayoría de reglas institucionales con relación a la autoridad reconocida al tribunal arbitral para dirigir el proceso y ordenar la producción de prueba:

Sección I. A. Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)

El arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI²¹³, según artículo 22 (2), dispone que *“para asegurar la conducción efectiva del caso, el tribunal arbitral, previa consulta a las partes, podrá adoptar las medidas procesales que considere apropiadas, siempre que éstas no vulneren ningún acuerdo de las partes.”* Lo que viene a complementarse con el artículo 25 (5), que indica que *“en todo momento durante el proceso arbitral, el tribunal arbitral podrá requerir a cualquiera de las partes para que aporte pruebas adicionales.”* Como se desprende de la propia redacción de la normativa, las reglas de la CCI no abordan de manera expresa la producción de documentos, sin embargo, ello se encuentra implícito cuando se faculta al tribunal ordenar que se aporten *“pruebas adicionales”*.

²¹³ Cámara Comercio Internacional. Reglamento de Arbitraje de la CCI (versión 2017). Disponible en: <https://iccwbo.org/publication/arbitration-rules-mediation-rules-spanish-version/>, consultado el día 1 de mayo de 2017.

Sección I. B. Reglas de la *London Court of International Arbitration* (LCIA)

De acuerdo con las reglas de arbitraje de la LCIA²¹⁴, según artículo 22.1 (v) el tribunal tiene el poder para ordenar la producción de documentos que estén en posesión, custodia o poder de las partes: *“to order any party to produce to the Arbitral Tribunal and to other parties documents or copies of documents in their possession, custody or power which the Arbitral Tribunal decides to be relevant (...)”*. En esta ocasión la normativa expresamente reconoce la autoridad del tribunal para ordenar la producción de documentos o copias de los mismos.

Sección I. C. Reglas del Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIRD)

El cuanto al arbitraje con respecto al Reglamento del CIRD²¹⁵, según artículo 20.1, se señala que *“el tribunal arbitral podrá conducir el arbitraje de la manera que considere más apropiada, siempre que las partes sean tratadas con igualdad y que a cada una se le otorgue el derecho de ser oída y una justa oportunidad para presentar su caso.”* Además, indica de forma expresa la potestad del tribunal para *“ordenar a una parte que ponga a disposición, previa petición a tal efecto, documentos que estén en su poder, siempre que la parte solicitante no tuviera acceso a esos documentos y haya razones para que creer que esos documentos existen y son relevantes y sustanciales para la resolución del caso. Las solicitudes de documentos deberán contener una descripción específica de los documentos o los tipos de documentos que se piden, junto con una*

²¹⁴ London Court of International Arbitration. Arbitration Rules (versión 2014). Disponible en: http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx, consultado el día 1 de mayo de 2017.

²¹⁵ Centro Internacional para la Solución de Disputas. Reglamento de Arbitraje Internacional. (versión 2014). Disponible en: https://www.icdr.org/icdr/faces/languageoptions/spanish;jsessionid=54QBh6CnIaT14Mur2_xSvV_OYq-GBNsP_YcnDbkZVEnfeiTzv3gg!-1299644252?_afLoop=83864645366191&_afWindowMode=0&_afWindowId=null#%40%3F_afWindowId%3Dnull%26_afLoop%3D83864645366191%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Dlrfp988j6_4, consultado el día 1 de mayo de 2017.

explicación de su relevancia y sustancialidad para el desenlace del caso”. Efectivamente, este es el Reglamento que otorga mayor atención al tema de la producción documental.

Sección I. D. Reglas del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica (CCA):

Para efectos de arbitrajes conducidos según el Reglamento del CCA²¹⁶, se dice que *“en cualquier momento de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá exigir, dentro del plazo que determine, que las partes presenten documentos u otras pruebas.”* En esta ocasión las reglas sí expresan que el tribunal tendrá autoridad para ordenar la producción de piezas documentales.

Sección I. E. Reglas del Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje de la Costa Rican- American Chamber of Commerce (CICA):

Para un arbitraje llevado a cabo con las reglas del CICA²¹⁷, según el artículo 28, se dispone que el tribunal arbitral *“tiene la facultad de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, pudiendo requerir a las partes cualquier información adicional que considere necesarias, así como ordenar pruebas adicionales a las ofrecidas por las partes o prescindir de aquéllas que considere impertinentes.”* No aborda expresamente la producción de documentos, pero se encuentra implícito al otorgar al tribunal arbitral la potestad de requerir pruebas adicionales.

²¹⁶ Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Reglamento de Arbitraje Internacional. Disponible en: <http://camara-comercio.com/reglamentos/>, consultado el día 1 de mayo de 2017.

²¹⁷ Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje de *Costa Rican- American Chamber of Commerce*. Reglamento de Arbitraje. Reglamento de Arbitraje. Disponible en: <http://www.cica.co.cr/pages/normativas>, consultado el día 1 de mayo de 2017.

Sección II. Inexistencia de reglas detalladas para la producción de documentos y la autoridad del tribunal arbitral ordenar la producción de documentos

Como queda en evidencia, sólo existen disposiciones generales en la *lex arbitri*; por esta razón, será necesario para las partes adoptar provisiones más detalladas que regulen el proceso arbitral. Excepto en el caso de las reglas del CIRD, que sí contienen una regulación detallada para la producción de documentos.

En el caso de Costa Rica las reglas institucionales de CCA o CICA proveen sólo un marco general con el cual operar, en muchos de los casos este marco institucional elegido en el acuerdo arbitral tendrá que ser suplementado por reglas más precisas, ya sea acordada por las partes en una conferencia preparatoria al inicio del proceso arbitral o por dirección del tribunal arbitral después de escuchar a las partes.

La Convención de Nueva York también respalda la autoridad de los tribunales arbitrales internacionales para ordenar la producción de documentos. Si las partes en el acuerdo de arbitraje autorizan a los árbitros a ordenar la exhibición de documentos provenientes de otros intervinientes (o ya sea al escoger reglas institucionales que lo permiten), con arreglo a los artículos II (1), II (3) y V(1)(d) de la Convención de Nueva York, se requiere a los estados contratantes reconocer validez y efecto a dicho acuerdo que otorga poderes para ordenar la producción de pruebas, lo contrario equivaldría a no reconocer un término fundamental del acuerdo, violando los artículos II (1) y II (3) de la Convención de Nueva York.

En conclusión, el tribunal arbitral tiene un importante margen de discreción para ordenar la producción de documentos de interés para resolver el conflicto. Precisamente, sobre tal discreción de los árbitros es donde entran en juego importantes factores como las necesidades o circunstancias que rodean el caso, la procedencia y experiencia de árbitros y partes, los términos del acuerdo arbitral y la ley y práctica de la sede del arbitraje.

El tema que queda por considerar, entonces, es el alcance que debe tener la discreción del árbitro para efectos de la producción de documentos, y cómo esto puede resultar aceptable para

ambas partes del conflicto. Aquí muchas veces radica el problema, pues no existe una única fórmula para lidiar con esta temática.

Capítulo III. La aparición de un estándar transnacional para la producción de documentos en la práctica del arbitraje comercial internacional

Sección I. Factores culturales y estandarización en la práctica de producción de documentos

El tema de la producción de documentos ha generado una serie de intentos para reconciliar, o más bien, aminorar los desacuerdos que provoca este controversial tema a nivel del arbitraje internacional. Precisamente lo que se busca es dar forma a la amplia discreción procesal que tiene en sus manos el tribunal arbitral.

Claramente, los enfoques que tomen los árbitros y las partes en el desarrollo del arbitraje estarán influenciados por sus antecedentes (*background*) y experiencia. En cuanto a la materia de producción de documentos, es reconocido que dichas influencias vendrán de la formación y experiencia de los practicantes²¹⁸, que determinarán, en última instancia, el tratamiento que se le dará al problema. Aquí, de seguro, tanto árbitros y partes tenderán a aplicar aquello que les resulta más conocido según lo ha aprendido en su formación jurídica, su trayectoria y práctica legal.

Como norma al respecto, los practicantes del *civil law* se disgustarán ante las solicitudes de exhibir grandes cantidades de documentos, mientras que sus contrapartes del *common law* se sorprenderían si sólo tuvieran que conformarse con la sola posibilidad de obtener la exhibición de documentos individuales y específicos.

Actualmente se reconoce la posibilidad de que en el ACI se desarrollen prácticas verdaderamente internacionales o transnacionales, donde se evitan soluciones procesales parroquiales, sacadas de los tribunales nacionales a los que las partes o árbitros pertenecen. Esto

²¹⁸ Born, Op. Cit., 1893.

es particularmente factible en casos donde medie un tribunal multinacional, con árbitros de distintas nacionalidades y experiencia, y partes y abogados de diferentes jurisdicciones²¹⁹. Aunque el grado en que ello prevalece es difícil de estimar estadísticamente en relación con arbitrajes internacionales de naturaleza privada²²⁰.

Siguiendo esa tesis, una de las pocas vías con las que se cuenta para conocer sobre el desarrollo de estándares transnacionales es a través de la literatura producida por árbitros y demás practicantes del arbitraje internacional, quienes comparten por este medio sus vivencias y conocimientos sobre determinadas prácticas que van tomando lugar en el ACI. Por ello, a continuación se repasan las opiniones de expertos que abordan el tema de la producción documental en el ACI.

La distinguida practicante Gabrielle Kaufmann-Kohler, quien se ha dedicado principalmente a integrar tribunales arbitrales, expone la aparición de una práctica en materia de producción de documentos que extrae elementos de los dos polos (*common law-civil law*). Manifiesta que un tribunal podrá otorgar solicitudes para la producción de documentos cuando: 1) sean identificados con razonable especificación, 2) estén relacionados con hechos relevantes y sustanciales, 3) estén bajo control o posesión de la contraparte y 4) no estén bajo la protección de algún privilegio. Los anteriores elementos fueron reafirmados en las Reglas de la IBA sobre la Prueba (1999). Pero lo más importante quizá sea el hecho de reconocer que, a la hora de revisar los requisitos, los árbitros tomarán en cuenta el origen y la expectativa de cada parte. Entonces los árbitros formularán un test de equilibrio entre ambas posturas²²¹.

Los practicantes de gran trayectoria, John M. Townsend y Siegfried H. Elsing, afirman el surgimiento de una nueva práctica en la producción de documentos hacia lo que consideran ellos como un punto medio entre dos alternativas. De manera que la solicitud para obtener la producción

²¹⁹ Born, Op. Cit., 1789.

²²⁰ Como señala el autor Martínez-Fraga, el ACI ha estado marcado por una cultura de *black-box deliberations*, lo cual es una especie de “caja negra” que no permite conocer el proceso de toma de decisiones de los árbitros. Se requiere, por ende, de la implementación de normas de transparencia que generen mayor confiabilidad en este sentido. Ver, Martínez-Fraga, Op. Cit. *Juridical Convergence...*, 44.

²²¹ Gabrielle Kaufmann-Kohler, “*Globalization of Arbitral Procedure*”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36 (2003), 1325. Archivo PDF, disponible en: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:38011>, consultado el día 15 de mayo de 2017.

de documentos tendrá que describir los documentos o categoría de documentos con suficiente detalle, deberá ser reducida y específica y referirse a documentos que razonablemente se crea que existen en posesión de la contraparte, junto con los motivos de por qué ellos son relevantes y sustanciales para la resolución del caso. Según lo que sostienen estos autores, el estándar originado en el ACI puede sonar restringido para oídos estadounidense, razonable para un abogado inglés, pero mucho más amplio que cualquier sistema procesal del *civil law*. Por tanto, se alcanza un importante compromiso entre ambas alternativas²²².

Entre muchos otros autores, también hay quienes resaltan las oportunidades tácticas que pueden aprovechar las partes ante los distintos enfoques procesales provenientes del *common law* o *civil law*²²³; o quienes prefieren hablar de la aparición de un “*enfoque híbrido transnacional*”, que garantiza mayor predictibilidad y aceptación para la comunidad de usuarios del ACI²²⁴.

A pesar de todo ello, se debe reconocer que el debate legal sobre este tema está todavía sobre el tapete. Las diferencias culturales siguen jugando un papel preponderante a la hora de dar tratamiento al tema de la producción de documentos. En atención a ello es que se han dirigido esfuerzos para lograr la concreción de mecanismos más precisos para la práctica de la prueba, entre ellos, la implementación de guías que permitan encontrar soluciones procesales ante la falta de acuerdo de las partes.

Sección II. Estandarización del proceso arbitral

Cuando los árbitros organizan el procedimiento arbitral se preocupan por demostrar su neutralidad cultural. Esto ha permitido el desarrollo de un procedimiento estándar, el cual contiene

²²² Siegfried Elsing y John Townsend, “*Bridging the Common Law Civil Law divide in Arbitration*”, *Arbitration International*, Vol 18, No 1 (2002), 2.

²²³ George Von Mehren y Claudia Salomon, “*Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common Lawyer’s Guide*”, *Journal of International Arbitration* 20 (3) (2003), 285.

²²⁴ Rolf Trittman y Boris Kasalowsky, “*Taking Evidence in Arbitration Proceedings between Common Law and Civil Law Traditions - the Development of a European Hybrid Standard of Arbitration Proceedings*”, *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 31, No.1 (2008), 330.

rasgos que, antes de haber sido adaptados al arbitraje, provienen tanto del *common law* y *civil law*²²⁵.

Un procedimiento estándar empieza por un intercambio de escritos con alegaciones fácticas detalladas y documentos que respaldan la pretensión, consiste en una demanda, una respuesta, una réplica y una dúplica, según un esquema equiparable al *civil law*. Usualmente, puede ser acompañado por solicitudes para el intercambio de información documental. Después, se organiza una audiencia para la declaración de testigos, cuya preparación es larga y costosa (cercana la tradición del *common law*), a menudo incluye interrogatorio y contrainterrogatorio. A través de las declaraciones de testigos, los abogados procuran llamar la atención de los árbitros sobre el contenido de los documentos presentados y las contradicciones de la contraparte²²⁶.

Esta manera de organizar el procedimiento está pensada para evitar maniobras sorpresivas que puedan afectar a las partes en la audiencia de declaración de testigos; en general no se permite la presentación de pruebas documentales después de los escritos iniciales. En este sentido, el propósito para la producción de documentos al estilo estadounidense no es indispensable, porque hay poca oportunidad para el elemento sorpresa en la práctica de pruebas²²⁷.

En adición a lo anterior, no son admisibles las peticiones espontáneas en cualquier momento del proceso arbitral, que por lo general se hacen alegando la flexibilidad del arbitraje. El arbitraje es flexible, pero no desordenado.

Como se mencionó, actualmente en el arbitraje internacional no hay discusión sobre la autoridad del tribunal arbitral para ordenar la producción de documentos durante la conducción del proceso; ello con un reconocimiento prácticamente universal. En consecuencia, es muy probable que las partes decidan efectuar peticiones para la exhibición de pruebas documentales en manos del oponente, debido a que el tribunal arbitral así podrá ordenarlo.

²²⁵ Yves Derains, “*El arbitraje internacional: costo y duración*”, *El arbitraje en Perú y el mundo* (Instituto Peruano de Arbitraje). Perú: Ediciones Magna (2008), 307.

²²⁶ Derains, *El arbitraje internacional: costo...*, Op. Cit., 308.

²²⁷ Reto Marghitola Document Production in International Arbitration. *International Arbitration Law Library*, Vol. 33, Kluwer Law International (2015), 16.

En el arbitraje internacional el problema aparece cuando las partes después de intercambiar y presentar los documentos que acompañan en sus escritos, solicitan adicionalmente la producción de documentos en poder de los contrincantes. Frente a esta situación no existe una única fórmula para resolver la cuestión.

El anterior problema parecer ser único para el arbitraje internacional²²⁸. En el litigio nacional los jueces aplicarán el conjunto de reglas del proceso civil vigentes que, en principio, ofrecerán las soluciones legales para cuando una parte se muestre reluctante a cooperar con la presentación de los documentos solicitados. Pero en el arbitraje internacional es ampliamente reconocido que las reglas nacionales del proceso civil no tienen aplicación a menos que las partes así lo acuerden²²⁹. De modo que el problema radica en cómo dar forma a la autoridad del tribunal para ordenar la producción de un documento.

Cabe reiterar que las soluciones encontradas en las legislaciones nacionales podrán tener efecto cuando las partes lo decidan expresamente. Eventualmente, por ejemplo, las soluciones encontradas en el *discovery* estadounidense, tendrán aplicación en un arbitraje internacional (generalmente con sede en los Estados Unidos) cuando las partes lo incluyen, dentro del acuerdo arbitral. Un ejemplo de este tipo de cláusula es el siguiente:

*“The parties shall allow and participate in discovery in accordance with the United States Federal Rules of Civil Procedure. Unresolved discovery disputes shall be submitted to the arbitrator(s).”*²³⁰

Pero la regla, incluso en los Estado Unidos, es que, cuando no existe un pronunciamiento expreso de las partes que establezca lo contrario, los mecanismos de *discovery* serán más restringidos que los disponibles en litigios ante cortes nacionales o federales. Ello resulta así porque las partes, al elegir el arbitraje, buscan un medio más informal, rápido y simple²³¹.

²²⁸ Blackaby et al, Op. Cit. 392.

²²⁹ Born, Op. Cit., 1782.

²³⁰ Gardiner, Haber y Bédard, Op. Cit., 272.

²³¹ Ibid., 273.

Por consiguiente, el tema controversial continúa siendo la manera en que deberá usar el tribunal arbitral su poder para ordenar a las partes la presentación de material probatorio que tienen en sus manos. Particularmente, sobre los requisitos que deberán reunirse para declarar procedente una solicitud de exhibición de documentos y las consecuencias negativas ante su incumplimiento, ya que se carece de reglas concretas sobre la producción documental, tanto en las leyes nacionales de arbitraje internacional como en la mayoría de las reglas institucionales.

Sección III. Las Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional y la armonización en la producción de documentos

El ACI reúne a participantes de distintas latitudes jurídicas. Por ello, muchas veces será necesario encontrar mayor predictibilidad y uniformidad en relación con la práctica de pruebas. Pues esto contribuye a generar la confianza necesaria para recurrir al ACI como medio de resolución de disputas. Surge así la aparición de nuevas prácticas que van tomando mayor forma y pasan conformar guías que han alcanzado reconocimiento internacional.

Con miras a alcanzar mayor cohesión en la práctica de la prueba del arbitraje internacional, y ante la falta de reglas claras en las leyes nacionales de arbitraje internacional, así como en la mayoría de las reglas institucionales, estándares han emergido de la práctica. Estos estándares han sido recogidos y codificados por la IBA. Esta institución ha publicado dos versiones de las reglas de la IBA sobre práctica de prueba en el arbitraje internacional (Reglas de la IBA sobre Prueba), en junio de 1999 y más reciente en mayo de 2010. Se les reconoce como un verdadero esfuerzo por sintetizar las preocupaciones fundamentales que se originan a partir de la dicotomía entre *common law* y *civil law* en materia de práctica probatoria²³².

²³² Pedro Martínez-Fraga, “*Good Faith, Bad Faith, but not Losing Faith: A Commentary on the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*”, *Georgetown Journal of International Law*. Vol. 43, No. 2 (2012), 390.

En relación con la producción de documentos, las Reglas de la IBA sobre Prueba constituyen una herramienta de armonización para buscar el equilibrio entre los generosos enfoques encontrados en las jurisdicciones del *common law* y las orientaciones más limitadas del *civil law*²³³; o como bien lo describe el reconocido experto en arbitrajes internacionales Jan Paulsson, dichos estándares reúnen lo mejor de los dos mundos²³⁴.

Las Reglas de la IBA sobre Prueba no son directamente aplicables al ACI, a menos que las partes expresamente lo definan en su acuerdo arbitral. En cambio, constituyen el llamado *soft law*, su principal función puede ser la de servir de guía para árbitros y partes ante eventuales desacuerdos que aparezcan en la tramitación del procedimiento. En su preámbulo, expresamente indican que tanto las partes como los árbitros podrán aplicar, en todo o en parte, las Reglas de la IBA sobre Prueba, podrán modificarse o usarse simplemente como guías. No limitarán la flexibilidad inherente al arbitraje y, por tanto, las partes serán libres de adaptarlas a las circunstancias particulares de cada caso²³⁵. El objetivo de los preceptos es “*regular de forma eficiente y económica la práctica de pruebas en arbitrajes comerciales internacionales, particularmente a aquellos entre Partes de distintas tradiciones jurídicas*”²³⁶.

Sección III. A. Novedades en Reglas de la IBA sobre Prueba (2010)

La última versión de las Reglas de la IBA sobre Prueba (2010) incorpora expresamente en su Preámbulo la cláusula de la buena fe que debe gobernar la práctica de la prueba en el arbitraje internacional²³⁷. Esto ya constituye un fundamental avance en materia probatoria, ya que las conductas que deberán tomar las partes no podrán ser obstruccionistas a los fines del arbitraje internacional.

²³³ Gabrielle Kaufmann-Kohler y Philippe Bärtsch, “*Discovery in international arbitration: how much is too much?*”, en *SchiedsVZ: Zeitschrift für Schiedsverfahren = German Arbitration Journal*, vol. 1 (2004), 13. Archivo PDF, disponible en: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44128>, consultado el día 20 de febrero del 2017.

²³⁴ Entrevista inédita al señor Jan Paulsson durante su visita a la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Sede Rodrigo Facio. El día miércoles 17 de febrero del año 2016.

²³⁵ Reglas de la IBA sobre Prueba. (2010). Preámbulo (2).

²³⁶ Reglas de la IBA sobre Prueba. (2010). Preámbulo (1).

²³⁷ Reglas de la IBA sobre Prueba. (2010). Preámbulo (3): “La práctica de la prueba se realizará bajo los principios de cada Parte debe actuar de buena fe y tiene derecho a conocer, con antelación suficiente a cualquier Audiencia Probatoria o la determinación de los hechos, aquellas pruebas en las que las demás Partes sustenten sus pretensiones.”

El principio de la buena fe viene siendo reconocido expresamente en la mayoría de los sistemas procesales modernos, tanto del *civil law* como del *common law*. Sin embargo, dichas reglas no definen expresamente el contenido de la cláusula de la buena fe, lo que podría llevar a problemas interpretativos²³⁸. El significado de la buena fe procesal, en el caso costarricense, sí está contemplado en el NCPC, que define la buena fe procesal en el artículo 4.2, aunque lo hace desde un punto vista negativo, es decir, señalando las conductas que no se corresponden con la buena fe, a saber: “todo comportamiento malicioso, temerario, negligente, dilatorio, irrespetuoso o fraudulento”.

De todas maneras, el primer paso a tomar en cuenta a la hora de incursionar en la producción de documentos probatorios en un ACI, según las Reglas de la IBA sobre Prueba (2010), será la buena fe de las partes y su disposición para concertar acuerdos sobre esta materia.

La producción de documentos probatorios en el ACI ha sido identificada, no pocas veces, como una etapa que contribuye mucho a la duración y costo del procedimiento. En este sentido, una gestión pronta y eficaz de los árbitros para delimitar el intercambio de documentos a lo verdaderamente necesario, significará también una reducción en la duración y costo del arbitraje²³⁹.

El artículo 2 de las Reglas de la IBA sobre Prueba (2010) es verdaderamente nuevo en su totalidad, y tiene por objetivo la realización de una práctica probatoria eficiente: “*El Tribunal Arbitral deberá consultar a las Partes tan pronto como sea procedimentalmente posible e invitarlas a consultarse mutuamente a fin de acordar un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de la prueba.*” Muy interesante resulta el hecho de que las reglas en mención mandan a consultar en vez de exigir una reunión, pues las distancias geográficas elevarían los costos del arbitraje si las partes tiene que reunirse cara a cara. El artículo 2 en mención entonces

²³⁸ Martínez-Fraga, Op. Cit., *Good Faith, Bad Faith, but not Losing Faith...*, 410.

²³⁹ Derains, *El arbitraje internacional: costo ...*, Op. Cit., 309.

sugiere la comunicación entre partes en formatos flexibles, lo cual es conforme con la configuración transnacional de la mayoría de arbitrajes internacionales²⁴⁰.

Otra de las novedades de las Reglas de la IBA sobre Prueba (2010) que vale mencionar, es que ahora se incluyen disposiciones específicas para la producción de documentos en formato electrónico, de acuerdo al artículo 3 (3) (a) (ii), se podrá solicitar la s la exhibición de documentos en formato electrónico, para lo cual se deberá identificar archivos específicos, términos de búsqueda, individuos o cualquier otro medio de búsqueda.

Por último, la versión del 2010 ha introducido también el artículo 3.14, el cual dispone que si el arbitraje está organizado en diferentes temas específicos o fases (tales como jurisdicción, cuestiones preliminares, responsabilidad o daños y perjuicios), el tribunal arbitral puede, después de consultar a las partes, programar la presentación de documentos y solicitudes de exhibición separadamente para cada tema o fase.

Sección III. B. Alcance de la producción de documentos

En cuanto a la extensión de la exhibición bajo las Reglas de la IBA sobre Prueba (2010), es preciso señalar que puede tratarse de documentos individuales o categoría de documentos, esto según el artículo 3 (3) (a) (i) (ii). De esta forma, se prevé una producción de documentos más amplia que la encontrada en los sistemas del *civil law*. Particularmente, las reglas mencionadas incluyen la posibilidad de solicitar la exhibición de categoría de documentos, algo que no es usual encontrar en jurisdicciones del *civil law*. Por lo general, las solicitudes para la producción de categorías de documentos implican la posibilidad de encontrar elementos fácticos desconocidos²⁴¹. Algo que no sucede cuando la parte puede claramente, desde un inicio, identificar los documentos, en este caso no sería necesario recurrir a una petición para conseguir la presentación de categorías de documentos.

²⁴⁰ Martínez-Fraga, *Good Faith, Bad Faith, but not Losing Faith...*, Op. Cit., 395.

²⁴¹ Marghitola, Op. Cit., 17.

Asimismo, tampoco se excluye la posibilidad de que se exhiba documentación interna de una de las partes, entre ellas, actas de asambleas corporativas sobre alguna transacción objeto de disputa, comunicaciones internas (exceptuando las privilegiadas) acerca de una decisión corporativa concreta, correspondencia con un tercero debidamente identificado, correos de departamentos corporativos sobre un tema específico, reportes de reuniones o reclamos sobre un tema definido recibidos de terceros.

Ante todo, se debe diferenciar entre, por una parte el deber procesal, que le alcanza a las partes cuando existe una solicitud de exhibición documental procedente, y por la otra el deber sustantivo, que más bien existe en virtud de una ley, contrato o jurisprudencia sobre el derecho de fondo aplicable.

Sección III. C. Presupuestos para la petición de exhibición: i- documentos específicos, ii-relevantes para el caso y sustanciales para su resolución, iii estén en poder, custodia o control de la contraparte

i- Documentos específicos

El primer requisito que se debe tomar en cuenta es la especificidad. La solicitud debe ser lo suficientemente específica para identificar el documento. Este requisito no tiene ninguna conexión con la relevancia o pertinencia del documento (cuestión de fondo), sino con la formalidad y estructura de la petición (cuestión de forma) . En principio, el requisito se cumple si la descripción del documento que hace la parte requirente no es confusa y puede por ende llegarse al documento. Pero lo cierto es que existen muchas variables para identificar un documento, por ejemplo, a través de su autor, destinatario, fecha, título, tipo (minuta, notas, correo electrónico, etc.) y otros más. Cuando se trata de solicitudes para la exhibición de categorías de documentos se debe, además, describir el “*asunto de que se trate*”. No hay detalle sobre cuál es el grado de especificidad que se requiere, si es un alto grado o solamente una descripción razonable²⁴². Lo cierto es que la petición debe recaer sobre documentos existentes. En principio, una orden para

²⁴² Marghitola, Op. Cit., 36.

exhibir un documento nunca puede ir dirigida a obligar a la parte requerida a crear dicho documento. Por tanto, la producción de documental tiene un significado restringido y no puede usarse sin ninguna clase de límites; sino bajo la guía de parámetros conocidos y definidos.

ii- Relevantes para el caso y sustanciales para su resolución

Además, se debe acompañar una declaración que indique por qué los documentos requeridos son “*relevantes para el caso*” y “*sustanciales para su resolución*”. Primero, se debe aclarar que son dos requisitos independientes y por ello se deben cumplir ambos. El uso del término “*relevantes para el caso*” es propio de la práctica probatoria del *common law*, y tiene en cuenta principalmente a las perspectivas de las partes, entonces se trata de un material relevante para que logren preparar su defensa. En principio, la finalidad de agregar la frase “*para el caso*” es para excluir una cantidad considerable de documentos que no tienen vinculación con el caso. La significancia de “relevancia” no implica necesariamente un análisis en el sentido de que se trata de documentos que utilizará un tribunal para resolver el conflicto. Son documentos que se utilizan para lograr una presentación del caso satisfactoria -pero desde la perspectiva de las partes-.

En el *common law* la oportuna investigación preliminar de los hechos se basa sobre el concepto de que “las cartas en juego deben estar sobre la mesa”. La posibilidad de exhibir documentos desfavorables es vista como una condición esencial de la justicia, y bajo el entendido de que ninguna parte debería beneficiarse por la ocultación de un documento. La igualdad de condiciones para el acceso a la información responde a una particular conceptualización del principio de igualdad de armas, y como consecuencia inmediata de ello, al respeto del debido proceso. La oportuna investigación preliminar, también, parece permitir a los litigantes determinar si existe una “razón plausible para litigar” o “*good cause of action*”, evitar el juicio por sorpresa o “*trial by ambush*” y eliminar la conducción de un proceso “*in the dark*”²⁴³.

La frase “*sustanciales para su resolución*” tiene mayor ligamen con la práctica encontrada en el *civil law*. Los documentos serán admitidos si contribuyen a probar un hecho controvertido y

²⁴³ Marghitola, Op. Cit., 11.

que ha sido previamente alegado en los escritos iniciales²⁴⁴. Así visto, el documento es “sustancial para la resolución” cuando es útil para decidir sobre un hecho controvertido. En esta línea, el documento solicitado, se entiende, es necesario traerlo al proceso arbitral cuando permite una completa consideración de las cuestiones fácticas para la correspondiente aplicación de efectos legales. En el escenario del *civil law* el requisito para solicitar la exhibición de un documento está determinado también por las particulares reglas de la carga de la prueba. Sin embargo, en la actual versión de 2010, todavía no se menciona nada sobre la carga de la prueba.

Lo cierto del caso es que no existe una definición de estos dos rubros (“*relevantes para el caso*” y “*sustanciales para su resolución*”) en el articulado de las reglas que nos ocupan. Esto responde a la deliberada intención de fomentar la flexibilidad para la adaptación del arbitraje, particularmente en aquellos casos donde se enfrentan partes de distintas latitudes jurídicas y se busca diseñar reglas a la medida.

iii- En manos del oponente

Por otra parte, la petición debe señalar las razones en las cuales se apoya el solicitante para afirmar que los documentos se encuentran en “*posesión, custodia o control*” del oponente. Aunque este es un requisito encontrado en prácticas probatorias pertenecientes al *civil law*, los conceptos de posesión, custodia o control pueden variar de jurisdicción en jurisdicción, dando paso a problemas interpretativos. Por tanto, el requisito resta puntos a la uniformidad en la aplicación de estos estándares. Además, se debe considerar que los árbitros carecen de autoridad para ordenar la producción de documentos a terceros no intervinientes en el arbitraje. Sin embargo, resulta interesante recordar que la LACI prevé la posibilidad de recurrir a la asistencia judicial para la práctica de pruebas²⁴⁵, y en esa línea, podrá actuar de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba. En este caso, el NCPC prevé dentro de la normativa relativa a medios de prueba, el deber de cooperación de terceros para la exhibición de documentos que estén

²⁴⁴ Ibid., 47.

²⁴⁵ LACI. Artículo 27: “Asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas
El tribunal arbitral, o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral, podrá pedir la asistencia de un tribunal competente de Costa Rica para la práctica de pruebas. El tribunal podrá atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba.”

en su poder. Por tanto, en Costa Rica podría ser posible, la obtención de documentos en manos de terceros para los fines de un ACI. Sin embargo, no se debe confundir “*poderes del tribunal arbitral*” con “*el auxilio judicial*”, pues el auxilio judicial es operativo conforme a la ley procesal nacional correspondiente.

En fin, para efectos de la exhibición también se deberá tomar en consideración con la existencia de algún privilegio que sea aplicable en el proceso arbitral²⁴⁶, las expectativas de las partes, la neutralidad procesal (para no aplicar soluciones que pertenecen a la jurisdicción de una de las partes)²⁴⁷ y la proporcionalidad de las solicitudes (no sea onerosa tanto en costo como en tiempo).

Ha resultado una práctica generalizada en el arbitraje internacional la utilización del formulario *Redfern Schedule*, el cual sirve para sintetizar respecto de cada documento o categoría de documentos, la petición y sus fundamentos, la posición de las partes al respecto y la decisión del tribunal.

Sección III. D. Oposiciones

Otra característica particular de las Reglas de la IBA sobre Prueba (2010), es que contemplan una lista de objeciones que pueden hacerse valer ante el tribunal arbitral cuando sean pertinentes. Las objeciones son las siguientes: (a) falta de relevancia suficiente o utilidad para la resolución del caso; (b) existencia de impedimento legal o privilegio bajo las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el tribunal arbitral; (c) onerosidad o carga excesiva para la práctica de las pruebas solicitadas; (d) pérdida o destrucción del documento, siempre que se demuestre una razonable probabilidad de que ello haya ocurrido; (e) confidencialidad por razones comerciales o técnicas que el tribunal arbitral estime suficientemente relevantes; (f) razones de especial sensibilidad política o institucional que el tribunal arbitral estime suficientemente relevantes (incluyendo pruebas que hayan sido clasificadas como secretas por parte de un gobierno o de una institución pública internacional); o (g) consideraciones de economía procesal,

²⁴⁶ Kaufmann-Kohler y Bärtsch, Op. Cit., 19.

²⁴⁷ Marghitola, Op. Cit., 147.

proporcionalidad, justicia o igualdad entre las partes que el tribunal arbitral estime suficientemente relevantes.

La plena oportunidad para hacer valer los derechos de las partes que se reconoce en el ACI no significa que sea una garantía de alcance ilimitado que permita cualquier tipo de medida que resulte nociva para el correcto funcionamiento del procedimiento. Por consiguiente, no toda solicitud para la producción de documentos debe ser concedida. Por esta razón, se considera atinente el elenco de objeciones que contienen las Reglas de la IBA sobre Prueba (2010).

Sección III. E. Inferencias adversas

En el caso de que una parte incumpla con una orden para la exhibición de documentos, el tribunal podrá inferir conclusiones adversas para esa parte y tomar ese incumplimiento en cuenta cuando decida sobre las costas del arbitraje. Una inferencia negativa implica que los documentos solicitados habrían sido adversos a los intereses de la parte que incumple. No obstante, las inferencias negativas pueden exceptuar la carga de la prueba, pero no pueden redistribuir la carga probatoria a discreción del árbitro²⁴⁸.

Asimismo, nada impide que se implementen sanciones monetarias como multas o sanciones a los representantes legales de las partes.

Sección E. Otras alternativas

Recientemente han aparecido reglas institucionales mucho más específicas para la producción de documentos probatorios. Este es el caso del artículo 21 titulado “*Intercambio de Información*” de las Reglas de Arbitraje del CIRD. Esta institución administradora de arbitrajes se ha decidido por introducir una verdadera regulación detallada sobre la producción de documentos. Las Reglas de Arbitraje del CIRD, en su artículo 21, establece una regulación similar a las Reglas de la IBA sobre Prueba (2010). La principal diferencia es que en el caso del CIRD, la exhibición

²⁴⁸ Marghitola, Op. Cit., 178.

se limita a una categoría de documentos. Por ende, el margen para la exhibición de documentos es más amplio en el CIRD que en las Reglas de la IBA sobre Prueba (2010)²⁴⁹.

El caso del CIRD es un claro ejemplo de esfuerzos internacionales que buscan regulaciones que garanticen la predictibilidad y uniformidad que en última instancia beneficia a las partes al saber a qué atenerse y, aunque lo que contempla es una producción documental amplia, al menos describen el camino que se deberá seguir para dar curso la exhibición de documentos. Pero en las restantes reglas institucionales, las partes y el tribunal, tendrán que seguir dialogando para encontrar construir las soluciones a los problemas prácticos originados en la confluencia de culturas jurídicas en los arbitrajes de alcance internacional.

Conclusiones

- En materia de producción de documentos los sistemas del *civil law* son mucho más cautelosos en comparación a sistemas procesales más generosos, como el caso de Inglaterra y los Estados Unidos. En los ordenamientos procesales del *civil law* los deberes de esclarecimiento no pueden ser exigidos ni realizados a menos que exista una petición probatoria. No existen las exhibiciones automáticas. Para que sea procedente la exhibición deberá tratarse de documentos probatorios que tengan vinculación con el cuadro fáctico previamente alegado. Cada parte debe respetar, por ende, la carga de alegación de los hechos. El incumplimiento de la exhibición conlleva a consecuencias procesales perniciosas.
- El *disclosure* en Inglaterra es un mecanismo que permite la revelación de información, tanto lo favorable como lo desfavorable. Dentro de este mecanismo las partes pueden incluir la producción de documentos siempre y cuando el tribunal considere que servirán para resolver el conflicto. Existe un deber de revelación y un deber de búsqueda de la información con fuertes sanciones en casos de incumplimiento.

²⁴⁹ Ibid., 28.

- El *discovery* contemplado en las FRCP es un procedimiento muy sofisticado, impone un deber general a las partes para alcanzar intercambios de información muy amplios, se rige por un test de relevancia muy flexible y comporta importantes sanciones ante el incumplimiento. Bajo el sistema de *discovery* la producción de documentos resulta ser amplia y procura proveer toda la información que las partes requieran para la evaluación y presentación de su caso.
- La existencia de diferentes enfoques procesales en materia probatoria representa un desafío para los procesos arbitrales en el ámbito internacional. De manera especial, los esfuerzos han estado dirigidos a reconciliar las divergencias procesales existentes entre las tradiciones jurídicas del *common law* y *civil law*, particularmente en el campo de la producción documental.
- No existe una fórmula única para dar tratamiento a la producción de documentos en el arbitraje comercial internacional, las partes tienen la libertad de acordar los procedimientos que más se ajusten a sus necesidades. Recientemente, han surgido reglas institucionales con una regulación detallada para la exhibición de documentos, como el caso del Reglamento de Arbitraje del CIRD, de modo que, si las partes deciden acudir a un arbitraje ante esta institución, se regirán por las reglas preestablecidas, dotando de mayor predictibilidad a la conducción del arbitraje en materia de producción de documentos.
- La armonía procesal en la producción de documentos en el arbitraje internacional podrá lograrse solamente a través de un diálogo, fruto del buen entendimiento y la buena disposición para tomar decisiones que reflejen las expectativas de las partes. El buen entendimiento existirá siempre y cuando las partes reconozcan la diversidad cultural que acompaña el arbitraje internacional; y a partir de tal reconocimiento, se cultiven esfuerzos conjuntos para lograr que en un proceso arbitral avance con soluciones más legítimas y justas para todos los involucrados, sin actitudes parroquiales.

- La utilización de un set fijo de reglas procesales vinculantes no es lo recomendable tomando como base los principios que rigen el arbitraje internacional, entre ellos, la flexibilidad. Aunque se debe reconocer que la fijación de un estándar internacional en la práctica probatoria permite también dotar de mayor atractivo a ésta institución.
- La aparición de un estándar en la producción de documentos es más aceptable cuando se hace tomando las mejores prácticas de los sistemas procesales (*common law-civil law*) y, por ende, más legítima como fuente normativa aplicable en un escenario transnacional de resolución de disputas.
- Por una parte, en el ACI la producción documental es más abierta a la que podemos encontrar en el *civil law*, pues se autoriza la exhibición de categorías de documentos, algo que permite el conocimiento de datos fácticos desconocidos; tampoco resulta necesario recurrir a la carga de la prueba para acceder a la producción de un documento. No hay reglas sobre la carga de la prueba. Sin embargo es importante precisar que, por la otra parte, la producción documental en el ACI no se asemeja en alcance a las socilitudes encontradas en dispositivos procesales como el *discovery*, a menos que las partes acuerden su aplicación expresamente. Por ejemplo, la sola expectativa que tenga una parte, de que el documento requerido puede llevar a otros documentos materiales para la resolución del caso, no es válida y no existe dentro del ACI. La oportunidad para solicitar la producción de un documento no es ilimitada. Por ejemplo las Reglas de la IBA sobre Prueba (2010), que sirven como guías en numerosos arbitrajes internacionales, contienen una serie de requisitos que limitan la exhibición de documentos. De esta manera se evita el recurso a solicitudes amplias y exageradas que entorpecen una conducción eficiente del proceso arbitral. El requisito de que se presenten únicamente solicitudes específicas, hasta el momento, resulta ser el parámetro que logra el balance entre los dos extremos (conceptos) que se conocen actualmente entrel los sistemas del *civil law* y *common law*.

Bibliografía

Artículos de Revistas:

Beisner, J. *Discovering a Better Way: The Need for Effective Civil Litigation Reform*. Duke Law Journal, Vol. 60, North Carolina, 2010. Archivo PDF. Disponible en:

<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1482&context=dlj>

Chase, O. *American "Exceptionalism" and Comparative Law*. The American Journal of Comparative Law, Vol. 50, No. 2, Estados Unidos, 2002.

Clark, Ch. *History, Systems and Functions of Pleading*. Virginia Law Review, Vol. 11, Estados Unidos, 1925. Archivo PDF. Disponible en:

http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3254/

Clark, Ch. *The Complaint in Code Pleading*. Yale Law Journal, Vol. 35, No. 3, Nueva York, 1926. Archivo PDF. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3211/

Cook, W. *Statements of Fact in Pleading under the Codes*. Columbia Law Review, Vol. 21, Nueva York, 1921. Archivo PDF. Disponible en:

http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4023/

Derains, Y. *El arbitraje internacional: costo y duración. El arbitraje en Perú y el mundo* (Instituto Peruano de Arbitraje). Ediciones Magna, Perú, 2008.

Derains, Y. *La neutralidad cultural del árbitro internacional*. Arbitration. No. 2, Lima, 2007.

Developments in the Law. *Discovery*. Harvard Law Review, Vol. 74, No. 5, Massachusetts, 1961. Archivo PDF. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/1338748>

Dodson, S. *Comparative Convergences in Pleading Standards*. University of Pennsylvania Law Review, Vol.158, No. 2, Pennsylvania, 2010. Archivo PDF. Disponible en:

http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1511/

Flores, Cecilia. *El trato igual y plena oportunidad de hacer valer los derechos: regla fundamental en el arbitraje*. El arbitraje en Perú y el mundo (Instituto Peruano de Arbitraje). Ediciones Magna, Perú, 2008.

Ginsburg, T. *The culture of arbitration*. Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 36, Nashville, 2003. Archivo en PDF. Disponible en:

http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2437&context=journal_articles

Gual, C. *Breves apuntes sobre el discovery*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, España, 2011. Archivo PDF. disponible en:

<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3080/documento/articuloUM.pdf?id=2994>

Gun, J. *Tactics on Disclosure & Requests for Information*. Gough Square Chambers, Londres, Reino Unido, 2009.

Hazard, G. *Discovery Vices and Trans-Substantive Virtues in the Federal Rules of Civil Procedure*. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 137, Pennsylvania, 1989.

Archivo PDF. Disponible en: http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1511/,

Hazard, Geoffrey C. Jr. *Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions*. Notre Dame Law Review, No. 73, Indiana, 1998. Archivo PDF, disponible en:

http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2362

Hazard, G. *From Whom No Secrets are Hid*. Texas Law Review, No. 76, Texas, 1998. Archivo PDF. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2360/

- Hunter, Iván (2008). *No hay Buena fe sin interés: la Buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración*. Revista de Derecho Valdivia, Vol. 21, No. 2, Chile, 2008. Archivo PDF. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v21n2/art07.pdf>
- Kaufmann-Kohler, G. y Bärtsch, P. *Discovery in international arbitration: how much is too much?* SchiedsVZ: Zeitschrift für Schiedsverfahren [German Arbitration Journal], vol. 1, Alemania, 2004. Archivo PDF. Disponible en: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44128>
- Koppel, J. Tailoring Discovery: Using Nontranssubstantive Rules to Reduce Waste and Abuse. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 61, No. 1, Pennsylvania, 2012. Archivo PDF. Disponible en: <https://www.pennlawreview.com/print/?id=377>
- Kundmüller, F. Globalización y arbitraje de inversiones, ¿la cosa pública vuelve a la escena o nunca se fue de la escena? *Lima Arbitration Review*, N°3, (2008 / 2009), Perú, 2008. Archivo PDF. Disponible en: <http://limaarbitration.net/LAR3-4/Franz-Kundmuller.pdf>
- Marghitola, R. *Document Production in International Arbitration*. International Arbitration Law Library, Vol. 33, Kluwer Law International, 2015.
- Martínez-Fraga, P. Good Faith, Bad Faith, but not Losing Faith: A Commentary on the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. *Georgetown Journal of International Law*. Vol. 43, No. 2 Washington D.C., 2012.
- Martínez-Fraga, P. Juridical Convergence in International Dispute Resolution: Developing a Substantive Principle of Transparency and Transnational Evidence Gathering. Loyola University, *International Law Review*, Vol. 10, No. 1, Chicago, 2012.

McLean, D. Toward a New International Dispute Resolution Paradigm: Assessing the Congruent Evolution of Globalization and International Arbitration. *International Litigation and Arbitration. University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 30, No. 4, Pennsylvania, 2009. Archivo PDF. Disponible en:

<http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol30/iss4/20/>

Moskowitz, S. Rediscovering Discovery: State Procedural Rules and the Level Playing Field. *Rutgers Law Review*, Vol. 54, No.3, Newark, 2002. Archivo PDF. Disponible en:

http://scholar.valpo.edu/law_fac_pubs/104/

Hanns Prütting, *Presentación de documentos y dirección del proceso*, en *Código Procesal Civil Alemán ZPO* (trad. Pérez Ragone, Álvaro y Ortiz Pradillo Juan Carlos) Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006.

Queen Mary University of London y White Case LLP. *2015 International Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*. Tomado del sitio web de la School of International Arbitration, Queen Mary University of London, 2015. Archivo PDF.

Disponible en: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>

Redgrave, J. y Hiser T. *The Information Age, Part I: Fishing in the Ocean, A Critical Examination of Discovery in the Electronic Age*. The Sedona Conference Journal, No. 2, Conferences, 2001. Archivo PDF. Disponible en: <http://www.jonesday.com/sedona-conference-journal-article-regarding-discovery-in-the-electronic-age-published-09-01-2001/>

Sherwin, E. (2008). *The Jurisprudence of Pleading: Rights, Rules, and Conley v. Gibson*. Howard Law Journal, Vol. 51, Washington D.C. 2008. Archivo PDF. Disponible en: http://scholarship.law.cornell.edu/lrsp_papers/105

- Sofaer, A. *Sanctioning Attorneys for Discovery Abuse Under the New Federal Rules: On the Limited Utility of Punishment*. St. John's Law Review, Vol. 57, No. 4, Nueva York, 2012. Archivo PDF. Disponible en: <http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol57/iss4/2/>
- Stürner, R. *La obtención de información probatoria en el proceso civil [Gathering and Access to Evidence in Civil Procedure]*. Revista de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXX, Chile, 2008.
- Subrin, S. *David Dudley Field and the Field Code: A Historical Analysis of an Earlier Procedural Vision*. Law and History Review, Vol. 6, No. 2, Estados Unidos, 1988. Archivo PDF. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/743686> doi:1
- Subrin, S. *Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*. Boston College Law Review, Vol. 39, No. 3, Boston, 1988. Archivo PDF. Disponible en: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol39/iss3/6>
- Sucunza, M. y Verbic, F. (s.f.). *Prueba anticipada proactiva en el nuevo Código Procesal Civil Brasileño*. No indica año. Archivo PDF. Disponible en: <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/06/Civil-Doctrina-2015-06-08.pdf>
- Sunderland, E. *Scope and Method of Discovery before Trial: Inadequacy of the Pleadings as a Basis for Trial*. *The Yale Law Journal*, Vol. 42, No. 6, Nueva York, 1933. Archivo PDF. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/790981> <http://doi.org/10.2307/790981>
- Templeman, J. *Towards a Truly International Court of Arbitration*. Journal of International Arbitration: Kluwer Law International, Vol. 30, No. 3, 2013.
- The Sedona Conference. *Commentary on Proportionality in Electronic Discovery*. 14 Sedona Conf. J. 155, 2013. Disponible en: <https://thesedonaconference.org/publication/The%20Sedona%20Conference%20Commentary%20on%20Proportionality>,

Trittmann, R, y Kasalowsky, B. (2008). *Taking Evidence in Arbitration Proceedings between Common Law and Civil Law Traditions - the Development of a European Hybrid Standard of Arbitration Proceedings*. University of New South Wales Law Journal, Vol. 31, No.1, Sydney, 2008.

Woolf, H. *Access to Justice: Final Report*. HMSO, Londres, Reino Unido, 1996.

Woolf, H. *Access to Justice: Interim Report*. HMSO, Londres, Reino Unido, 1995. Disponible en:
<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/interim/chap21.htm>

Zimmerman, G. y Song, G. *Eliminating Asymmetrical Discovery to Resolve Disputes on the Merits*. New York Law Journal. ALM Publication, Nueva York, 2014.

Libros:

Artavia, S. y Picado, C. *Código Procesal Civil: comentarios, explicado y con referencias bibliográficas*. Investigaciones Jurídicas, San José, 2016.

Born, G. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, Netherlands, 2009

Clermornt, K. *Principles of Civil Procedure*. West Group, Minnesota, 2005.

Devis, H. *Compendio de la prueba judicial (Tomo I)*. Rubinzal-Culzoni, Argentina, 1969.

Garapon, A. y Papadopoulos, I. *Juzgar en Estados Unidos y en Francia: cultura jurídica francesa y common law*. Legis, Colombia, 2006.

Guasp, J. y Aragoneses, P. *Derecho Procesal Civil (7ª ed.)*. Aranzadi, Navarra, 2006.

Jacob, J. *The Fabric of English Civil Justice*. Stevens & Sons, Londres, 1987.

Kagan, R. *Adversarial Legalism: The American Way of Law*. Harvard University Press, EE.UU., 2003.

Merryman, J. *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America, and East Asia*. The Michie Company, EE.UU., 1994.

Pereira, S. *La exhibición de documentos probatoria y soportes informáticos*. Tesis doctoral. Universitat de Girona, España, 2012.

Picó, I. y Junoy, J. *El juez y la prueba*. JM Bosch Editor, Barcelona, 2007.

Prieto-Castro, L. *Trabajos y orientaciones de derecho procesal*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.

Ragland, G. *Discovery before Trial*. Callaghan and Company, Chicago, 1932.

Taruffo, M. *Sobre las fronteras: escritos sobre la justicia civil*. Temis, Colombia, 2006.

Taruffo, M. *El proceso civil adversarial en la experiencia americana: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Temis, Colombia, 2008.

Taruffo, M. *Páginas sobre justicia civil*. Marcial Pons, Madrid, 2009.

Zweigert, K. y Kötz, H. *Introducción al derecho comparado*. Oxford University Press, Distrito Federal, México, 2002.

Leyes:

Civil Procedure Rules (Inglaterra).

Código Procesal Civil de Costa Rica (1989).

Código Procesal Civil de Costa Rica (2018).

Federal Rules of Civil Procedure de los Estados Unidos.

Ley de Enjuiciamiento Civil de España (2000).

Zivilprozessordnung de Alemania.

Reglas Insitucionales de Arbitraje Internacional:

Arbitration Rules- London Court of International Arbitration.

Reglas de Arbitraje de la Cámara Comercio Internacional

Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro Internacional para la Solución de Disputas.

Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje de Costa Rican-
American Chamber of Commerce

Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de
Comercio de Costa Rica.

Otra normativa:

Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje
Internacional.