

EFICIENCIA EN EL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y FUENTES DE PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL: TIBIAS LÍNEAS CONVERGENTES EEUU/EUROPA

EFFICIENCY IN ACCESS TO INFORMATION AND SOURCES OF EVIDENCE
IN CIVIL PROCEEDINGS: LUKEWARM CONVERGENCE LINES
BETWEEN THE US AND EUROPE

Yolanda De Lucchi López-Tapia*

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Málaga

RESUMEN: La investigación preparatoria como actividad realizada por las partes a fin de recabar información relativa a los hechos que fundamenten su pretensión, además de localizar y asegurar las fuentes de prueba, se configura como un elemento estructural esencial del proceso civil. Los diferentes sistemas procesales existentes configuran la regulación de esta fase de forma totalmente diferente, de manera que, durante décadas, los sistemas del llamado *common law* y *civil law* se han dado la espalda en este concreto aspecto procesal. Sin embargo, en los últimos tiempos, se han abierto líneas convergentes de ambos sistemas que benefician la eficiencia procesal de esta fase preprocesal. El presente trabajo tiene como objetivo primordial analizar cuáles son esas convergencias en ambos sistemas, destacando las ventajas e inconvenientes de las mismas, en orden a mejorar la tutela judicial efectiva de los litigantes, sobre todo, en aquellos supuestos en los que existe una desigualdad intrínseca de los mismos y la asimetría informativa de los hechos y las fuentes de prueba para sostener sus respectivas pretensiones resulta absolutamente palmaria.

PALABRAS CLAVE: investigación probatoria, *discovery*, eficiencia procesal, acceso a la información y fuentes de prueba, Unión Europea, *common law*.

* Código ORCID: 0000-0003-2550-7863

ABSTRACT: The preparatory investigation as an activity carried out by the parties in order to gather information regarding the facts on which their claim is based, in addition to locating and securing sources of evidence, is an essential structural element of the civil process. The different existing procedural systems configure the regulation of this phase in a totally different way, so that, for decades, the so-called common law and civil law systems have turned their backs on each other in this particular procedural aspect. However, in recent times, convergent lines of both systems have been opened that benefit the procedural efficiency of this pre-procedural phase. The main objective of this paper is to analyze what are these convergences in both systems, highlighting the advantages and disadvantages of the same, in order to improve the effective judicial protection of the litigants, especially in those cases in which there is an intrinsic inequality of the same, and the asymmetry of information between both of the facts and sources of evidence to support their respective claims is absolutely obvious.

KEYWORDS: evidentiary investigation, discovery, procedural efficiency, access to information and sources of evidence, European Union, common law.

SUMARIO: 1. ENFOQUE CONTEXTUAL DEL ESTUDIO.—2. EL MODELO ESTADOUNIDENSE DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y FUENTES DE PRUEBA: 2.1. El discovery como institución ajena al sistema procesal europeo continental: ¿estrechando lazos?—3. LA CONVERGENCIA DEL MODELO HACIA POSTULADOS MÁS “EUROPEIZADOS”: 3.1. Las FRCP de 1938: Adversariness en todo su esplendor. 3.2. Aparición de los problemas: discovery abuse. 3.3. Un discovery controlado. 3.4. El *e-discovery*. 3.5. La inteligencia artificial en el acceso a la información y fuentes de prueba.—4. EFICIENCIA DEL MODELO PROCESAL CIVIL EUROPEO CON RELACIÓN AL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y FUENTES DE PRUEBA: 4.1. Ampliación de mecanismos de acceso a fuentes de prueba en contextos específicos. 4.2. La propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes en el proceso civil. 4.3. Las Reglas de ELI/UNIDROIT sobre un proceso civil europeo (European Rules of Civil Procedure).—4. EL *E-DISCOVERY* EN LA UNIÓN EUROPEA.—5. CONCLUSIONES.—6. BIBLIOGRAFÍA.

1. ENFOQUE CONTEXTUAL DEL ESTUDIO¹

Como ya estableció en el año 1944 el insigne procesalista Jaime Guasp Delgado en una Conferencia impartida en un Curso de Verano de la Universidad de Oviedo², “si de otras instituciones podría decirse metafóricamente que son la médula, el cerebro o el corazón del derecho procesal, de la prueba habría que decir entonces, siguiendo la metáfora, que encierra su sistema respiratorio; un buen régimen de prueba es lo único que, en efecto, puede garantizar el contacto del proceso con el mundo exterior que lo circunda, con el conjunto de verdades que de un modo u otro han de ser recogidas por el proceso para que éste desempeñe eficazmente su misión”.

¹ La realización de este trabajo se ha procurado en el marco de una estancia de investigación en la Università degli Studi di Génova (Italia) financiada por la Universidad de Málaga (Plan Propio) y el Proyecto I+D+i de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico, titulado “Ejes de la Justicia en tiempos de cambio”, del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2020-113083GB-I00. La estancia se realizó durante los meses de noviembre a febrero de 2022/2023 bajo la supervisión del Professore Angelo Dondi a quién estoy profundamente agradecida por sus magistrales enseñanzas, su acompañamiento en la investigación y sus cafés.

² Publicada en la Revista de la Universidad de Oviedo. https://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/handle/10651/5135/2073100_039.pdf?sequence=1 (última visita, 21/09/2022).

Siguiendo el símil iniciado por Guasp, es muy probable que, desde hace ya tiempo, y mucho más con la revolución digital que el siglo XXI está suponiendo para nuestra sociedad, la prueba civil esté sufriendo una incipiente EPOC (enfermedad pulmonar obstructiva crónica) que dificulta al proceso desempeñar eficientemente su función, como veremos en las siguientes líneas.

Y una de sus dificultades está, precisamente, en ese contacto de la prueba con el mundo exterior. Como todos sabemos, la prueba de los hechos que se pretenden alegar en el proceso pertenece a la esfera extraprocesal, se sitúa en el mundo real, en el mundo de los hechos, mientras que la forma de introducirlos en el proceso es a través de las fórmulas pergeñadas por el ordenamiento procesal. La manera de incorporar los hechos y la prueba de los mismos en el proceso civil está asentada en uno de los pilares básicos de éste como es el principio dispositivo y su consecuencia más inmediata, el principio de aportación de parte. Son los litigantes los encargados de introducir en el proceso los hechos en los que funden sus pretensiones y defensas, así como de aportar la prueba que acredite su veracidad (art. 216 LEC, bajo la rúbrica de “principio de justicia rogada”).

Esta configuración del proceso civil redundará en la máxima importancia que, por tanto, tiene una búsqueda eficiente de las fuentes de prueba. Si éstas se sitúan en el ámbito extraprocesal, y para poder formar la convicción del juez que dé origen a la sentencia concreta, deben ser incorporadas al ámbito procesal, es preciso que, como preparación del juicio, las partes realicen una investigación cuya finalidad sea la determinación de las fuentes de las que disponen para acreditar los hechos que fundamentan el derecho que se esgrime en el proceso; es más, en ocasiones será necesaria dicha fase para incluso poder concretar los hechos que van a conformar el objeto del proceso (ORMÁZABAL, 2020, p. 264).

Teniendo en cuentas estas afirmaciones, lo que denominamos investigación preparatoria del proceso civil es la actividad realizada por las partes a fin de recabar información relativa a los hechos que fundamentan la pretensión, además de localizar y asegurar las fuentes de prueba que luego se incorporarán al proceso como medios de prueba y sobre los que el juez tendrá que fundamentar su convicción para posteriormente subsumirlas en la norma aplicable. En este sentido, VOGT (2022, pp. 165 y 166) distingue entre esclarecimiento probatorio y esclarecimiento preparatorio. El primero constituye la comprobación de los hechos por parte del juzgador, que abarca tanto la producción de fuentes de información necesarias para que el juzgador pueda determinar lo que efectivamente ocurrió, como también información sobre la confiabilidad de estas fuentes. El esclarecimiento preparatorio tiene una función distinta. No va dirigido al tribunal, sino a las partes. Su finalidad es que éstas puedan tomar decisiones informadas sobre la disputa, con anterioridad a la fase probatoria del proceso. El acceso a información puede cobrar relevancia antes de la iniciación del proceso (esclarecimiento prejudicial) o después de iniciado el proceso, durante la etapa de intercambio de los escritos de discusión, pero antes de la fase probatoria.

Por tanto, la preparación del proceso —o del juicio en sí mismo considerado— realizada por los defensores de las partes, o por éstas mismas, se configura como un elemento estructural esencial del proceso civil. La importancia de este momento no se puede definir en torno a su estricta función de inicio del proceso o de delimitación del objeto del proceso, que no es poco, sino que esta fase debe ser caracterizada sobre el proceso civil en su conjunto, con proyección sobre su desarrollo y, por supuesto, sobre su terminación de forma exitosa (DONDI, 1991, pp. 83 y ss., 2008, p.p. 529 y ss., 2014, pp. 434 y ss.) Así, si en el proceso penal es absolutamente imprescindible esa fase de investigación que tiene carácter netamente jurisdiccional, en el proceso civil, también creemos que es imprescindible esta fase, aunque con connotaciones diferentes de las del proceso penal.

Y es que las fuentes de prueba se sitúan al margen del proceso, y seguirán estando ahí con independencia de que se inicie éste. Pero si se decide iniciarlo, las garantías de éxito del mismo están en función de la fortaleza de las fuentes de prueba de las que se dispongan. Si éstas no son lo suficientemente fuertes, el contenido de la sentencia perjudicará a aquel que se colocaba en la posición exigida legalmente para aportar la fuente de prueba a través del medio correspondiente. No hay que olvidar que, en muchas ocasiones, las fuentes de prueba se encontrarán en poder de la contraparte, sin que resulte fácil el acceso a ellas, produciéndose así una asimetría informativa entre ambas. No hay posibilidad, como todos sabemos, de que el proceso finalice sin sentencia por falta de prueba, dada la prohibición del *non liquet* en nuestro ordenamiento procesal civil, a diferencia de lo que pudiera ocurrir en las fases iniciales o intermedias del proceso penal, en las que se puede dictar un auto de sobreseimiento provisional. Lo dicho pone de manifiesto una relación muy directa entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso eficaz a las fuentes de prueba, por un lado; y, por otro, como no podía ser de otra forma, el atrayente asunto de la verdad procesal, aspiración máxima, a nuestro juicio, también en el proceso civil (TARUFFO, 2009, 2011 y 2020).

Pero, además, en los últimos tiempos en los que “eficiencia procesal” constituye un término de culto, la falta de acceso a las fuentes de prueba empaña la consecución de un objetivo de tales características. Por un lado, porque, puesto que el conocimiento anterior de las fuentes de prueba de las que dispone el adversario y la eliminación del efecto sorpresa en los pleitos puede conducir a una negociación/acuerdo/transacción que evite la celebración del juicio y obviamente, el *no-pleito* es la mayor eficiencia procesal que puede garantizarnos el sistema. Como establece VIAL, “un buen procedimiento no es aquel que lleva todo asunto a juicio, sino aquel que permite discriminar lo que merece ser llevado a juicio” (2006, p. 720). Entre los detractores de esta opinión se encuentran BURBANK y SUBRIN, (2011, p. 406). Por otro lado, con una investigación probatoria exitosa se alcanza mayor probabilidad de conseguir una sentencia justa para ambas partes, lo que también resulta ser un indicativo máximo de eficiencia, por razones obvias.

Los ordenamientos procesales de la Europa continental no ponen un especial esmero en proporcionar al litigante que los precise medios para investigar sobre los hechos y la prueba que necesita aportar para sostener su pretensión (ORMAZÁBAL, 2020, p. 264), aunque es de justicia reconocer un cierto avance en la consecución de este objetivo. Estos procesos europeos continentales son considerados adversariales solamente en el sentido de que recae en las partes la responsabilidad de presentar al juez los elementos de la controversia, pero en ellos falta la base para considerar como una necesidad el acceso a los hechos y las pruebas de aquélla a través de información recíproca entre las partes (FICARELLI, 2004, p. 139). Es cierto que desde el derecho romano ha llegado a nuestra tradición jurídica la *actio ad exhibendum* (diligencia preliminar de exhibición de cosa mueble), procedimiento que se empleaba accesoriamente a una *actio reivindicatio* para que el poseedor o detentador de una cosa la presentase ante el magistrado para poder después intentar la acción principal. Sin embargo, la regulación del acceso a la información y fuentes de prueba se ha detenido en esa posibilidad de exhibición durante muchos siglos, lo que supone un verdadero obstáculo a la consecución de la verdad material en un proceso civil, ya que solamente puede a llegar a exhibirse un documento del que ya se conoce su existencia. Pero es que, además, la ausencia de una regulación adecuada que permita la conexión extra/intra-probatoria procesal puede dañar, como hemos adelantado, nuestro sistema de tutela judicial efectiva y condenar a las partes de un proceso a prescindir de una defensa adecuada, precisamente por no contar con mecanismos adecuados que permitan acceder a unas fuentes de prueba que no pueden ser obtenidas.

Por el contrario, en los ordenamientos del *common law*, la institución del *discovery* cumple con los objetivos de facilitar esa investigación probatoria que garantice una buena defensa de las pretensiones en el juicio, en un sentido realmente amplio y con mecanismos mucho más efectivos que los previstos en los ordenamientos europeos continentales (ORMAZÁBAL, 2020, p. 301). Para nuestro estudio, el modelo estadounidense de dicha institución representa el punto de partida para un análisis comparado de las estrategias de defensa en la determinación de las características de una controversia civil en la fase preparatoria (DONDI, 1991, p. 118).

No obstante, no todos son luces en la apología del *discovery*: el uso indiscriminado de dicho mecanismo puede conducir a un abuso procesal que dificulte las estrategias defensivas de las partes, lo que DONDI denomina la utilización del mecanismo con una finalidad esencial de *harassment* (1991, p. 119) que, además de ralentizar e incrementar el coste del litigio, desencadena, paradójicamente, en una falta de eficiencia procesal. Este abuso constituye la otra cara de la moneda que es necesario equilibrar para que el sistema probatorio y, principalmente, la investigación probatoria cumpla la función esencial en el proceso a la que se refería el Prof. Guasp.

Un profundo estudio, por tanto, de la institución del *discovery* revela conclusiones interesantes que extrapolar al propio estudio de nuestros sistemas

procesales. No hay que olvidar que el mensaje central de la ciencia del derecho comparado es la necesidad de fijar parámetros de comparabilidad respecto a las normas jurídicas de distintos ordenamientos. Para el derecho procesal comparado esto es de capital importancia, ya que las normas procesales solo pueden revelar su sentido si se considera el contexto procedimental en el que operan (VOGT, 2022, p. 161). En efecto, como ha señalado DONDI (2018, p. 53), dichas referencias resultan hoy día absolutamente indispensables en cualquier trabajo científico. De manera distinta a lo que acontecía en el pasado, cuando ser comparatista en el campo procesal representaba una culpa prácticamente inexcusable, desde, por lo menos, la mitad o el final de los años noventa parece imposible evitar los llamados “*indispensabili richiami comparatistici*”, y esto claramente a pesar de su calidad o falta de ella.

El trabajo que presentamos en las siguientes líneas pretende sumergirse en el análisis de aquella institución, con el objetivo de desgranar el recorrido evolutivo de la misma y así extraer conclusiones sobre el estado actual de la regulación del esclarecimiento probatorio en los ordenamientos estadounidense, por un lado y las directrices marcadas por el derecho de la Unión Europea, por otro, en esa incipiente expansión de mecanismos reguladores del acceso a la información y las fuentes de prueba. Trataremos de demostrar que las influencias entre ambos sistemas acercan tímidamente los perfiles de la institución, con la coartada de la eficiencia en el punto de mira del observador jurídico-procesal. Dicho acercamiento no es solo unidireccional, sino que se produce también bidireccionalmente, de manera que la evolución de la institución ha demostrado la inspiración del sistema procesal estadounidense en sistemas continentales, sobre todo con una de las últimas reformas de la institución en el año 2015, que se traduce en el otorgamiento de una función más activa al juez en esta fase del proceso, lo que se ha venido a denominar “*hibridización*” de los sistemas (PEÑA, citando a Damaska, 2017, p. 86).

A diferencia de la doctrina española en la que son puntuales las incursiones en el análisis comparado de esta institución, la italiana ha sido más “*revolucionaria*” en este aspecto, dadas las tomas de posición de marca reformadora que asumen predominantemente forma de críticas en clave metodológica de las reformas frustradas en dicho país. Se trata de uno de los temas descubiertos por los representantes del enfoque reformador minoritario de la escuela italiana alrededor de la última década del siglo veinte (DONDI, 2018, p. 54), por lo que, a nuestro juicio, resulta altamente conveniente realizar un recorrido sobre la evolución de dicha doctrina, de gran interés científico para nosotros.

2. EL MODELO ESTADOUNIDENSE DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y FUENTES DE PRUEBA

2.1. El *discovery* como institución ajena al sistema procesal europeo continental: ¿estrechando lazos?

Aunque la institución del *discovery* aparece ligada a los ordenamientos del *common law*, sus orígenes se encuentran estrechamente vinculados al proceso romano canónico (BESSO, 2014, pp. 126-140), lo cual resulta sorprendente, dado el tradicional rechazo de los sistemas jurídicos europeos continentales a la figura. Como establece ORMAZÁBAL (2020, p. 301), “hasta tal punto se trata de una institución en cierto modo repugnante a la mentalidad procesal de la Europa continental, que es precisamente la peculiaridad del proceso norteamericano que mayores motivos de fricción ha provocado desde tiempos remotos entre Europa y los EEUU”.

En efecto, ha sido en aquellos ordenamientos donde la institución ha tomado forma y se ha convertido en uno de los estandartes icónicos del sistema procesal de los Estados Unidos, sistema que se caracteriza por un conjunto único de atributos que los comentaristas han llamado “el excepcionalismo estadounidense” (CHASE, 2002, pp. 277-301, MULLENIX, 2014, p. 49).

La institución nace en el derecho inglés, evolucionando a partir de una característica única de los primeros procedimientos de equidad ante el Tribunal de Equidad inglés (Court of Chancery). En algún momento entre el reinado de Isabel I (1558-1603) y finales del siglo XVII, las posiciones fueron sustituidas gradualmente por los interrogatorios y a disponibilidad de la institución en *equity* atrajo a los litigantes en *actions at law* (procedimientos judiciales en los tribunales de *common law*). (GOLDSTEIN, 1981, pp. 257-270).

Actualmente, regulado en las reglas 26 a 37 de las *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP), el *pretrial discovery* es el procedimiento procesal a través del cual cada una de las partes puede obtener información de las otras, de cara a concretar el objeto de la controversia, determinar sus posiciones y recopilar prueba para el posterior proceso judicial. Esta fase del procedimiento, que se desarrolla antes del juicio y después de los llamados *pleadings*, permite a las partes, no sólo acceder a las fuentes de prueba concretas cuya existencia les consta, sino también desarrollar una verdadera investigación en la esfera privada de aquéllas con el fin de comprobar si existen pruebas o hechos desconocidos que puedan contribuir al éxito de su pretensión (ORMAZÁBAL, 2020, p. 301). A diferencia de determinadas instituciones europeo-continenciales en las que la posibilidad de investigación preparatoria se limita únicamente a las fuentes de prueba documentales, los diferentes medios de los que pueden servirse los abogados de las partes están recogidos en las Rules 27 a 35 FRCP, que podemos resumir en las siguientes líneas:

— Prueba anticipada (Depositions to perpetuate testimony). La Rule 27 prevé el mecanismo para que se tome declaración a un testigo antes de que se presente la demanda con el fin de perpetuar o preservar su testimonio para el juicio.

— Interrogatorios de las partes (Interrogatories to parties)

— Presentación de documentos, información almacenada electrónicamente y objetos materiales, o entrada en terrenos para inspección y otros fines (Producing Documents, Electronically Stored Information, and Tangible Things, or Entering onto Land, for Inspection and Other Purposes). Una parte puede solicitar inspeccionar, copiar, probar o tomar muestras de los siguientes elementos en posesión, custodia o control de la parte demandada: cualquier documento designado o información almacenada electrónicamente —incluidos escritos—, dibujos, gráficos, tablas, fotografías, grabaciones de sonido, imágenes y otros datos o compilaciones de datos almacenados en cualquier medio del que pueda obtenerse información directamente; cualquier cosa tangible designada; o permitir la entrada en un terreno designado u otra propiedad poseída o controlada por la parte demandada, de modo que la parte solicitante pueda inspeccionar, medir, estudiar, fotografiar, probar o tomar muestras de la propiedad o de cualquier objeto que se encuentre en ella.

— Exámenes físicos y mentales (Physical and Mental Examinations) . El tribunal que conozca del litigio podrá ordenar a una parte cuyo estado mental o físico —incluido el grupo sanguíneo— sea objeto de controversia que se someta a un examen físico o mental realizado por un examinador debidamente autorizado o certificado. El tribunal tiene la misma autoridad para ordenar a una parte que presente para su examen a una persona que esté bajo su custodia o bajo su control legal.

Como estableció el TS de EEUU, su finalidad es “*make a trial less a game of blind man’s bluff and more a fair contest with the basic issues and facts disclosed to the fullest practicable extent*” (United States v. Proctle and Gamble Co., 365 U.S. 677, 682 (1958)). Por lo tanto, excede de un simple mecanismo de acceso a fuentes de prueba puesto que cumple funciones añadidas que revitalizan la eficiencia del proceso civil (TROCKER, 2010, p. 120), a saber:

— por un lado, se le atribuye el propósito de que una vez tramitada la misma, la resolución de los procedimientos responda en la mayor medida posible a la realidad de los hechos y dependa, en cambio, lo menos posible de tácticas más o menos ingeniosas o sorpresivas de los abogados durante el juicio;

— por otro, puede cumplir una función equivalente al aseguramiento de prueba, en la medida en que permite preservar un determinado testimonio que, por las razones que sean, la parte instante cree que no podrá practicarse en la vista del juicio;

— además, el intercambio de información que tiene lugar entre las partes permite que, si finalmente debe celebrarse un juicio, las cuestiones a debatir hayan quedado convenientemente delimitadas (GUAL, 2011, p.116);

— se aspira a lograr una litis exenta de asimetrías de información que quebrante, en definitiva, tanto la igualdad de armas como la colaboración exigible a los litigantes que se ve comprometida gravemente con la así llamada “sorpresa injusta” (*unfair surprise*) (PEÑA, 2017, p. 82);

— sirve para perfilar tanto la propia posición como la del contrario, facilitando que las partes testen sus posibilidades de éxito en el juicio, allanando el camino hacia una posible transacción judicial o extrajudicial o hacia una petición de *summary judgment* si la disputa termina quedando circunscrita exclusivamente a cuestiones de naturaleza jurídica (PEÑA, 2017, p. 82);

— es más, tiene como efecto favorable el importar un incentivo para que las partes, en paralelo, consideren seria y fundadamente la adopción, en etapas tempranas del conflicto, de diversas fórmulas de medios adecuados de solución de conflictos diferentes de la justicia estatal, en el modelo ya establecido de *multidoor court room* (PEÑA, 2017, p. 85).

En todas estas funciones se debe tener muy presente el principio de lealtad implícito en el sistema procesal norteamericano, junto al principio adversarial. La lealtad procesal obliga a las partes a una información recíproca y cooperación entre ellas y el medio para realizar esta filosofía de “cartas descubiertas” es el mecanismo del *discovery*. Esta concepción ha aparecido siempre extraña al procesalista europeo, que ha tendido a catalogar como excepcional las obligaciones de colaboración entre las partes, como casi un tributo a su libertad en el litigio y a la exigencia de aplicar la carga de la prueba en su literalidad (FICARELLI, 2004, p. 139). En contra de la regulación de la carga de la prueba, que la considera desfasada, confróntese NIEVA (2023, pp. 1-23).

Son muchas las bondades que se pueden haber atribuido al sistema de *discovery* y el seguimiento de cerca de su evolución y el constante debate científico han contribuido decisivamente a realzar las ventajas que presenta. Pero, a la par que se han exaltado en algunas ocasiones las excelencias de dicho instrumento, también los problemas que ha presentado a lo largo de este siglo han ido detonando en la Europa continental un rechazo al mismo. Precisamente, la evolución de la institución desde que se implantara en el año 1938 ha sido oscilante y reveladora de la necesidad de depurar el mecanismo con vistas a evitar muchas disfunciones en el sistema que han contribuido a que el *discovery* sea visto en Europa con una visión asimétrica y quizás acontemporánea.

En este sentido, si la clásica yuxtaposición de las culturas del *common law* y *civil law* en el ámbito del derecho procesal aparecen superadas desde hace veinte años por la doctrina, que ha demostrado la relatividad de aquella percepción, de manera que hoy se habla de una relación más dinámica y estimulante entre ambos modelos procesales (ANSANELLI, 2018, p. 152), en

el ámbito de la investigación probatoria a través del *discovery*, la separación de modelos ha sido una constante desde hace varias décadas. No obstante, en los últimos tiempos, el acercamiento de los sistemas en torno a este *totem* procesal implica que no podemos rechazar como imposible el hecho de incardinar una perspectiva concreta de las citadas instituciones procesales en ambos sistemas, de forma unidireccional, o incluso bidireccional, tal y como hemos definido el objetivo de nuestro trabajo.

Prueba evidente del rechazo inicial de la institución son las reservas que muchos de los países miembros de la Unión Europea han realizado al art. 23 del Convenio de la Haya, de 18 de marzo de 1970, sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial, según el cual “todo Estado contratante podrá declarar en el momento de la firma, la ratificación o la adhesión, que no ejecutará las cartas rogatorias que tengan por objeto el procedimiento conocido en los países de *common law* con el nombre de *pre-trial discovery of documents*”. Si bien la institución del *discovery* no se limita a la investigación probatoria de documentos, sino que se extiende a todo tipo de fuentes de prueba, como veremos en el siguiente epígrafe, el referido Convenio limita las comisiones rogatorias al *disclosure* (revelación) documental, algo que critica GUAL (2011, p. 114). Siguiendo la posibilidad establecida en el citado art. 23, algunas Partes Contratantes han efectuado declaraciones generales en contra de todas las cartas rogatorias relacionadas con el *pre-trial discovery*, otras han hecho declaraciones particularizadas que imponen ciertos requisitos para garantizar que una solicitud esté suficientemente fundamentada y las pruebas solicitadas estén claramente especificadas. En el primer caso se encuentran Italia y España, mientras que en el segundo caso se encuentra Francia, quien condiciona la aceptación de la solicitud del *pre-trial discovery* a que el número de documentos se encuentre limitado y que éstos tengan una relación directa con el objeto del pleito. Esto quiere decir que si Estados Unidos, por ejemplo, solicita de España un acceso ilimitado a fuentes de prueba, España puede negar dicha solicitud con base en la reserva realizada al Convenio.

El caso de Alemania es significativo por su último cambio de rumbo en este aspecto. Una reciente modificación de la Ley alemana de aplicación del Convenio de La Haya antes referido puede cambiar la práctica habitual de este país de rechazar las solicitudes de presentación de pruebas antes del juicio, si se cumplen ciertos requisitos previos. El 1 de julio de 2022³ entró en vigor una revisión del art. 14 de la Ley de implementación del Convenio, que convierte la anterior reserva absoluta, en virtud del art. 23 del Convenio de La Haya sobre Pruebas, en una reserva cualificada y particularizada. Este nuevo art. 14 dispone que los tribunales ejecutarán las solicitudes de asistencia mu-

³ Vid. Gesetzesbeschluss [Law Decree], Bundesrat Drucksachen [BR] 225/22, Article 23, disponible en https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2022/0201-0300/22522.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

tua en materia de presentación de documentos antes del juicio si se cumplen los cinco requisitos siguientes:

- Los documentos que deben presentarse se especifican detalladamente.
- Los documentos que deben presentarse tienen una importancia directa y claramente identificable para el procedimiento en cuestión y su resultado.
- Los documentos que deben presentarse están en posesión de una parte implicada en el procedimiento.
- La solicitud no vulnera principios esenciales del Derecho alemán.
- En caso de que los documentos que deban presentarse contengan datos personales, se cumplan los requisitos para la transferencia a un tercer país de conformidad con el capítulo V del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Aun a pesar de estas limitaciones, el cambio de postura de Alemania a este respecto determina que el mecanismo del *discovery* no resulta ya tan ajeno a los sistemas procesales europeos. Si a eso se le añade las recientes reformas en algunos ordenamientos que van incrementando los mecanismos específicos de acceso a fuentes de prueba, acaba resultando en una tibia acogida a un sistema más efectivo de investigación probatoria.

3. LA CONVERGENCIA DEL MODELO HACIA POSTULADOS MÁS “EUROPEIZADOS”

Desde hace ya tiempo, la doctrina ha venido señalando la constatación de que la fase preparatoria de un juicio constituye un elemento clave de valoración de la eficiencia de los ordenamientos procesales del *common law*; no en vano, esta fase del proceso civil estadounidense ha sido la que más reformas ha sufrido (DONDI, 2003, p. 162), lo que ha dado lugar a que ORMAZÁBAL le atribuya una “mala salud de hierro” (2016, p. 91).

En efecto, gran parte de los debates doctrinales respecto del buen o mal funcionamiento del proceso civil están basados en el análisis de las ventajas e inconvenientes del modelo que se fije para esta fase procesal. Señala DONDI que existen pocos estudios de derecho comparado que hayan subrayado la evolución del *discovery* desde su configuración inicial en el año 1938 (2003, p. 162). Como consecuencia de esto, se han venido construyendo percepciones erróneas de la institución, creando falsos estereotipos que no se corresponden con la realidad. Es a través del estudio de la vasta obra del autor en este tema como se puede entender la visión de la doctrina italiana acerca de esta fase procesal y sus implicaciones, como los propios conceptos de buena defensa, ética de la defensa, abuso procesal, etc.

Un somero acercamiento a las fases decisivas en su evolución nos permitirá vislumbrar, no solo la versatilidad de la figura, adaptándose y moldeándose a la consecución de la quimérica eficiencia procesal sino, además, los cimientos que puedan haberse depositado en la visión de la misma desde la atalaya de los sistemas procesales europeos.

3.1. Las FRCP de 1938: *Adversariness* en todo su esplendor

El momento de la consagración del *discovery* a nivel legislativo fue el año 1938, con la promulgación de las FRCP, teniendo la institución una acogida importante a nivel doctrinal y jurisprudencial. El caso *Hickman v. Taylor* de la Corte Suprema, considerado por la doctrina como el caso clave en materia de *discovery*, la encumbró como una de las mejores innovaciones de la FCPR y estableciendo que aquél constituye la vía para que las partes obtengan toda la información posible acerca del litigio. En sus propios términos: “Thus, civil trials in the federal courts no longer need be carried on in the dark. The way is now clear, consistent with recognized privileges, for the parties to obtain the fullest possible knowledge of the issues and facts before trial” (329 U.S. 495, 1947p. 329).

En su configuración originaria, el *discovery* encuentra su plena justificación en el modelo adversarial, en el que la actividad procesal es controlada únicamente por las partes, las cuales gestionan cada aspecto del litigio mientras el juez se coloca en una posición neutral y pasiva, de manera que se encuentra ante la delimitación de las cuestiones de juicio ya realizadas por las partes (TARUFFO, 1979 y 2001, HAZARD, 1993, DONDI, 1985). De hecho, MULLENIX califica al mecanismo como la doncella de la justicia adversarial (2014, p. 50).

De esta manera, los instrumentos que proporciona el *discovery* están dirigidos a hacer que las partes (y no el juez) puedan tomar conocimiento de las pruebas de las que disponen las contrapartes; una vez eliminado el factor sorpresa en el debate, éste se transforma en un terreno de batalla de las partes de las cuales debe extraerse la verdad material del caso. Sin embargo, como acertadamente estableció TARUFFO, el instrumento está dirigido a maximizar las oportunidades defensivas de las partes, pero no a maximizar la posibilidad de que la decisión final se funde en la determinación de la verdad de los hechos (2010, p. 129, nota 206), a pesar de que se le atribuya esa función. Y ello porque no necesariamente todas las pruebas descubiertas son efectivamente practicadas en el juicio, ya que también pueden ser objeto de *discovery* pruebas finalmente inadmisibles. La eficacia de las reglas implementadas, en un principio, a fin de obtener un ilimitado conocimiento, significa que éstas habrían impregnado el proceso federal de un carácter de juego limpio (*fairness*) que luego se revelaría como imposible.

3.2. Aparición de los problemas: *discovery abuse*

A finales de los años 70 y en los años 80 empezó a surgir un amplio consenso sobre la disfuncionalidad de esta fase que los litigantes utilizaban de forma excesiva para cargar a la parte contraria con voluminosas y costosas exigencias para proporcionar la información, sin importar la relación que tuviera con el litigio en sí, alegando que se trataba de información necesaria para la concreción de la demanda (*broad discovery*). Se hizo evidente rápidamente que las partes recurrían frecuentemente a los instrumentos de *discovery* para poder, a través de las famosas *fishing expeditions*, obtener información útil para fundamentar sus alegaciones y tener un acceso fácil a datos personales y profesionales sensibles. Se trataba de plantear investigaciones prospectivas e indiscriminadas abiertas con la esperanza de forzar un acuerdo.

Derivadas de estos excesos, se alzaban dos consecuencias perniciosas para el sistema; por un lado, el costo desmesurado del procedimiento —según algunas estimaciones, los costes de la proposición de prueba supusieron entonces entre el 50 y el 90 por ciento de los costes totales de un litigio (WILLGING, SHAPARD, STIENSTRA y MILFICH (1997, table 4)— ya que, con arreglo al principio que rige las costas en el proceso estadounidense, cada parte soporta las costas causadas a su instancia, lo que fomentaba el uso indiscriminado del *discovery* y alentaba a las partes a cargar a sus oponentes con solicitudes de información costosas, además de que las remuneraciones de los abogados eran altísimas, por la necesaria inversión de tiempo y esfuerzo; por otro, la duración excesiva de esta fase, que enlentecía el procedimiento. Esto desembocó en una práctica habitual que se ha venido denominado *discovery abuse*. Como resultado, éste se convirtió en el centro del litigio, en lugar de ser un mero paso en el proceso de resolución.

3.3. Un *discovery* controlado

Así, identificados los problemas que planteaba la institución, se fueron sucediendo las reformas concatenadas de las FRCP hasta la última en el año 2020, lo que significa que esos problemas se han seguido arrastrando, en mayor o en menor medida, hasta el momento actual. Las dos líneas sobre las que han pivotado fundamentalmente las reformas han sido: la ampliación de los poderes del juez, incrementando su poder coactivo y coercitivo y, de otra parte, la reducción en el flujo de información que puede “descubrirse” en esta fase. Precisamente estas dos características reflejan la tendencia del legislador norteamericano a depurar un modelo que, en su esencia, comparte algunos de los rasgos característicos de los mecanismos de los sistemas europeos en el acceso a la información y prueba.

Como señala DONDI, constituye uno de los estereotipos en la materia del observador europeo la consideración de esta fase como aquella que se

caracteriza por la escasísima intervención del juez, siendo atribuidos todos los poderes de gestión a los abogados de las partes (2021, 162). La habitual concepción del sistema procesal estadounidense como *adversarial system* con atribución de un papel pasivo al juez y percepción de su función como *umpireal*, no tiene correspondencia con la realidad actual del sistema (GUAL, 2011, pp. 116 y ss), fundamentalmente con respecto a la fase previa al juicio, en la que se han ido asumiendo por parte del juez de un papel crucial y prevalente del papel asumido por los abogados. Poder creciente del juez que DE LA OLIVA deslinda de posturas ideológicas, en sus palabras, “aunque algunos puedan fundar y, de hecho, funden sus posturas acerca del papel del juez y de sus poderes en el proceso civil en imperativos o presupuestos ideológicos, es igualmente posible y absolutamente legítimo (y preferible, lo adelanto ya) que la propia opinión sobre el tema que nos ocupa obedezca a razones y motivos ajenos a las ideologías” (2012, p. 243).

Aunque se trata de un instrumento muy complejo, el recorrido de la evolución de la institución, tanto desde el punto de vista conceptual como de la propia disciplina del tratamiento de la fase del *discovery*, puede sintetizarse fundamentalmente como un fenómeno de transferencia progresiva de los poderes de control de esta fase de los abogados al juez en los últimos cuarenta años, lo que DONDI llama *discovery revolution* (2003, p. 164). En efecto, el elemento decisivo ha sido la elemental transformación de un carácter inherente a la esencia del mecanismo tal y como fue concebido en el año 1938 cuando se formularon las FRCP, como es la ausencia de participación del juez en esta actividad de requerimiento e intercambio de información entre las partes. Nótese el eufemismo de hablar de partes y no de abogados en momentos determinados donde la actividad desleal y contraria a la buena fe no es obra de las partes del proceso, sino de sus abogados.

En los años 80, la institución experimenta un cambio de dirección que se singulariza en dos modalidades de intervención del juez, activándose su papel activo en esta fase. Esas dos modalidades son la celebración de una *discovery conference* en el caso de ausencia de acuerdo en la programación de las actividades de investigación (*discovery plan*); y de otro, el reforzamiento de la potencialidad coercitiva y sancionatoria incluidas en la Rule 37, que se ha denominado como la norma de cierre del sistema (DONDI, 1985, p. 190). Posteriormente, se reveló en la práctica que el recurso a la *discovery conference* se vino utilizando con muchísima frecuencia, siendo demostrativo de su utilidad para la reducción de los tiempos de duración de esta fase. Esta circunstancia fue posteriormente confirmada en las reformas del 1993, que señalan un punto de inflexión en la centralización de la función del juez; así lo establece la Rule 16 (*Pretrial-Scheduling-Management*), que hace hincapié en la programación del intercambio de información controlado por el juez.

Una de las primeras demandas de reforma del *discovery* se abordó en la Conferencia Roscoe Pound de 1976, convocada a petición del Presidente del Tribunal Supremo, Warren E. Burger, para evaluar los crecientes problemas de los litigios. El informe final de la Conferencia observó que las *fishing expe-*

ditions parecían ser la norma, y lamentó las necesarias intrusiones en la privacidad del individuo, los altos costes para los litigantes y el correspondiente uso injusto del proceso del *discovery* como palanca para llegar a un acuerdo que habían llegado a caracterizar el sistema legal estadounidense (ERIKSON, 1978, pp.277 y 278). Dos años más tarde, en 1978, el Comité Consultivo de las Reglas Federales de Procedimiento Civil debatió sobre “refinar” el alcance de la institución en los litigios civiles (*Rule 26 Advisory Committee’s note*).

Así, y enlazando con la evolución de la supervisión judicial, la característica conceptual central de ésta fue el principio de proporcionalidad, añadido en 1983 (MARCUS, 2001). En aquel momento, se promocionó como un giro de 180 grados en la orientación de las reglas de descubrimiento (MILLER, 1984, pp. 32 y 33). Se dijo que el objetivo era superponer el concepto de proporcionalidad a todo comportamiento en el ámbito de la revelación de pruebas. Pero el cambio radical no se produjo, ya que la íntegra aplicación de este principio de proporcionalidad se ha ido incorporando progresivamente a la práctica habitual del instrumento.

Y es que, descrito el *discovery* efectivamente como el instrumento procesal a través del cual las partes de un pleito se suministran información acerca de los hechos, el contenido de esta fase puede desbordarse, como efectivamente sucedió, lo que dio lugar la racionalización del mecanismo a través del citado principio de proporcionalidad. En efecto, la actual Rule 26(b) (1) establece el requisito de la proporcionalidad en la petición de aquél, por cuanto las partes podrán obtener información sobre cualquier asunto no privilegiado que sea relevante para la demanda o la defensa de cualquiera de ellas y que sea *proporcional* a las necesidades del caso, teniendo en cuenta la importancia de las cuestiones en juego en la acción, la cuantía de la controversia, el acceso relativo de las partes a la información relevante, los recursos de las partes, la importancia de la información para resolver las cuestiones y si la carga o el gasto de la información propuesta supera su posible beneficio. No es necesario que la información incluida en este ámbito de descubrimiento sea admisible como prueba para ser descubierta.

Las reformas sucesivas en cuanto a la regulación federal del *pretrial* y el *discovery* (principalmente las del año 2000) no han venido a contradecir la línea de evolución de la institución. La constricción de las peticiones de *discovery* a la información relevante para sostener las alegaciones o aquellas que aparezcan como razonablemente pensadas para constituir prueba admisible constituyen una pieza fundamental para frenar las denominadas *ishing expeditions*. De esta manera, se produce la metamorfosis de un sistema de *broad discovery* y de *automatic discovery* hacia una actividad que es específica y correlativa a la rápida y efectiva individualización del núcleo del conflicto entre las partes a través de la clarificación solo de las cuestiones realmente controvertidas (DONDI, 2003, p. 166). Además, las reformas que se inician para controlar el flujo de información que debe suministrarse en la fase de *discovery* se relacionan directamente con el aumento de los poderes del juez

en esta fase, en un intento de reducir los riesgos del mismo, pero con la potencialidad de información/clarificación que tiene el instrumento.

El 1 de diciembre de 2020 entraron en vigor las nuevas enmiendas a las Reglas Federales de Procedimiento Civil. La relevancia de la reforma está directamente relacionada con un compromiso continuo con los principios de la Rule 1 respecto a la solución justa, rápida y económica de toda acción. Tal y como pone de manifiesto el Comité Asesor en la implementación de las Rules (*Advisory Committee*), el objetivo de la reforma es directo: conducir a las partes a gestionar las disputas y aportar eficiencia al proceso judicial. De hecho, con este comentario, el Comité anima expresamente a las partes a revelar más sobre sus respectivas posiciones para cumplir con sus deberes en curso para agilizar el *discovery*. Vuelven a ponerse sobre la mesa el principio de lealtad procesal y el deber de colaboración de las partes en el proceso, como características propias del sistema procesal norteamericano tras las FRCP (*candor to the court*) y que han permeado en la aproximación legal que la Unión Europea hace a los sistemas de acceso a la información y fuentes de prueba, como veremos en la segunda parte de este trabajo.

3.4. El *e-discovery*

El acceso a información y fuentes de prueba electrónicas (*E-Discovery*) constituye otra de las etapas en la evolución del *discovery*. Aunque pudiera considerarse como la última etapa en la evolución, por aquello de que la revolución digital parece siempre como lo más novedoso, lo cierto es que ya en la década de 1960, los legisladores de las FRCP empezaron a considerar la necesidad de revelar material electrónico, y la *Rule 34* se modificó en 1970 para incluir compilaciones de datos de las que pueda obtenerse información. Y fue en la década siguiente cuando el acceso a este material empezó a revelarse como esencial.

Definimos el *e-discovery* como la solicitud realizada durante la fase preparatoria de un proceso judicial por una de las partes a la contraparte de documentación y de información almacenada electrónicamente (*Electronically Stored Information*, en su acrónimo, *ESI*).

Si bien las normas para el acceso a información electrónica son similares al acceso a la información tradicional, el *e-discovery* presenta algunos problemas que no son aplicables a las peticiones de investigación tradicionales. Una de las fuentes de documentación más importante en materia de *e-discovery* son los trabajos realizados por la *Sedona Conference*. La Conferencia de Sedona sobre Retención y Producción de Documentos Electrónicos está conformada por un grupo de abogados y otras personas con experiencia en el manejo de información electrónica en litigios. El grupo se reunió en octubre de 2002 para tratar por primera vez el tema de la producción de información electrónica en el marco del acceso a la información y fuentes de pruebas. Al grupo le preocupaba si las normas y conceptos desarrollados en gran medida

para el acceso a fuentes de prueba en papel serían adecuados para abordar las cuestiones del acceso a fuentes de prueba electrónicas. Tras un intenso diálogo, surgió un conjunto de principios básicos y recomendaciones de buenas prácticas para abordar la producción de información electrónica en los litigios. Estos principios se conocen como los Principios de Sedona (2018). Aunque no podemos realizar un estudio exhaustivo toda la problemática que ha ido suscitando el mismo a lo largo de los años en los EEUU, sí nos resulta interesante resaltar algunos de los problemas a los que las FRCP han ido dado solución, problemas que son perfectamente exportables a los mecanismos de acceso a información y prueba en los sistemas europeos continentales.

— El primero de ellos es la mutabilidad de los contenidos electrónicos; la naturaleza dinámica y cambiante de los datos electrónicos puede hacer que sea difícil que una parte obtenga la información pertinente si los datos se han modificado o destruido. Este problema ha determinado la necesidad de que surja un nuevo deber procesal que aparece antes incluso que el proceso exista; el deber de diligencia en la preservación de este tipo de información. La reforma procesal de las FRCP en diciembre de 2006 y que continúa en enero del año 2009, se centró en destacar que dicho deber se verá conculcado no solo cuando las partes se enfrentan a un concreto proceso sino también cuando resulte previsible que éste tenga lugar. De este modo, el citado deber, que surge en el ámbito estrictamente procesal, se hace extensivo a todos los ámbitos del Derecho desde la protección de los datos de carácter personal, a los aspectos contables, administrativos, etc, atendida la eventualidad de la judicialización de las cuestiones que a aquellos se refiere (GUDÍN-MAGARIÑOS, 2010, p. 205).

En este sentido, la *Rule 26 (a)* que abarca la información inicial que las partes deben proporcionar (*disclosure*) establece que cada parte debe proceder, sin esperar la solicitud de *discovery*, a proporcionar a las demás, entre otros datos, una copia o localización de todos los documentos electrónicamente almacenados, además de los soportes tangibles que la parte tenga en su posesión, custodia o control y debe usar para mantener su demanda o defensa. Es interesante, en este sentido, la jurisprudencia norteamericana de tonante de las reformas, analizada por GUDÍN-MAGARIÑOS (2010, pp. 212 y ss).

— El segundo de los problemas deriva también del enorme volumen de información que se almacena electrónicamente y que eleva los costos de la búsqueda de información. Las inmensas capacidades de generación, registro y almacenamiento de datos que poseen los sistemas informáticos, así como la evolución de las tecnologías de recuperación de la información permite que, en la actualidad, se disponga de la posibilidad de acceder a un volumen de información electrónica prácticamente ilimitado. Esta realidad ha generado dificultades muy serias para el correcto desenvolvimiento del proceso de *discovery*, en la medida en que, por un lado, supone un incremento muy notable de sus costes (en términos del dinero, del tiempo y del esfuerzo humano necesarios para efectuar la revisión manual de la información) y, por otro,

contribuye a que en esta etapa procesal se multipliquen las oportunidades de disputa entre las partes sobre cuestiones tales como la extensión de la información a revisar o el método adecuado para realizar la búsqueda, en ocasiones, con el único ánimo de dilatar el proceso o, sencillamente, de dificultar la labor del oponente, (SOLAR, 2020, parr. 21). No obstante, como veremos más adelante, la inteligencia artificial puede ayudar a paliar este problema.

Aunque el principio de proporcionalidad es aplicable en toda su extensión también a toda la información almacenada electrónicamente, el aumento de información encarece el coste del acceso y dificulta sobremanera la selección de la información relevante para los abogados, de manera que, una vez más, la eficiencia del sistema se ve comprometida. No obstante, la *Rule 26(b)(2) (B)*, introducida en la reforma de 2006, establece las limitaciones específicas sobre la información almacenada electrónicamente.

— El tercero de los problemas en materia de acceso a información almacenada electrónicamente es el límite de la confidencialidad y de la protección de datos que se recrudece en este ámbito. En el derecho norteamericano, los derechos asociados a la confidencialidad o a la intimidad pueden ser objeto de renuncia, la cual puede tener lugar con conocimiento de la parte o inadvertidamente como consecuencia del acceso fortuito a dicha información. El problema que se presenta cuando tratamos de información electrónicamente almacenada es que, atendido el gran volumen de información que se contiene en los soportes electrónicos, la aportación indiscriminada al proceso de los soportes que contienen este tipo de información, pueden dar lugar a situaciones en que la parte que haga aportación de aquéllos quede expuesta a verse sorprendida por revelaciones inesperadas o por información comprometida, situación que la dejaría en manifiesta indefensión, no solo por el hecho de la vulneración de los derechos que pueda implicar el acceso a ciertos contenidos, sino también por el carácter parcial de dicha información al extraerse de un contexto en el que la información no se encuentre perfectamente sistematizada. Todo esto puede dar lugar a una renuncia tácita de la parte a la situación privilegiada de la parte, cuyas consecuencias pueden ser decisivas en el curso del pleito (GUDÍN-MAGARIÑOS, 2010, p. 233).

3.5. La inteligencia artificial en el acceso a la información y fuentes de prueba

Como hemos puesto de manifiesto en el epígrafe anterior, muchos de los problemas derivados de la llamada *e-discovery* se concentran en torno al volumen de información que los soportes digitales contienen, además del deber de preservación de la información que puede elevar este volumen. Se han utilizado muchas herramientas destinadas a la selección de la información relevante, fundamentalmente la llamada *keyword* (palabra clave), pero se han demostrado claramente insuficientes.

Para paliar estos problemas que redundan, obviamente, en la eficiencia del mecanismo, la inteligencia artificial puede dotarnos de instrumentos de codificación predictiva que pueden ser extremadamente útiles en el *e-discovery*. La codificación predictiva resulta ser una tecnología diseñada específicamente desde su origen para el desempeño de una tarea legal. Se trata de una herramienta que se ha mostrado capaz de analizar enormes volúmenes de información electrónica procedentes de cualquier tipo de fuente y en cualquier tipo de formato digital e identificar aquella que es relevante en el contexto de un determinado proceso judicial de una manera mucho más rápida, económica y precisa que cualquier equipo de abogados. De esta manera, la utilización de inteligencia artificial viene a paliar las desventajas de una *ESI* ingente y desproporcionada, en ocasiones, incluso molesta.

Ahora bien, la utilización de la inteligencia artificial en el seno de los sistemas procesales debe ser analizada de forma cautelosa y cuidadosa. Como señala COMOGLIO (2022, p. 60), es diferente utilizarla para que ésta “sugiera” una posible selección de las pruebas a las partes o al juez, preservando la libertad judicial, o directamente “seleccione” las pruebas dejando a las partes y al juez exclusivamente el control de si se opera o no esta selección. Creemos que la segunda de las funciones pone en juego muchas cuestiones éticas que de momento están siendo cuestionados en el ámbito del derecho. Pero respecto de la primera opción, es interesante ver la progresiva utilización de estos mecanismos en EEUU, utilización amparada por la propia jurisprudencia norteamericana en numerosas ocasiones. La primera resolución data de hace 10 años ya, *Da Silva Moore v. Publicis Groupe & MSL Group*, [No. 1:2011cv01279 – Document 96 (S.D.N.Y. 2012)]. Es lo que se ha denominado *Technologic Assisted Review* (TAR). No obstante, hay que señalar que los casos en los que se ha permitido, ha sido una cuestión decidida de común acuerdo por las partes para la fase del *discovery*, habiéndose rechazado por parte de los tribunales, de momento, la coerción para utilizarla. En este sentido, la sentencia del Juez Peck en el caso *Hyles contra la ciudad de Nueva York* [*Hyles v. N.Y. City* 2016 WL 4077114 (S.D.N.Y. August 1, 2016)], recoge la negativa a ordenar al demandado que la utilizara, citando el Principio 6 de *Sedona Conference*, que establece claramente que las partes son las mejor situadas para evaluar los procedimientos, metodologías y tecnologías apropiados para preservar y producir su propia información almacenada electrónicamente.

4. EFICIENCIA DEL MODELO PROCESAL CIVIL EUROPEO CON RELACIÓN AL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y FUENTES DE PRUEBA

Como ya hemos puesto de manifiesto, la investigación preparatoria civil en los procesos de corte europeo-continental ha distado mucho de aproximarse a una institución como el *discovery*. Como bien pone de manifiesto GASCÓN INCHAUSTI (2020, p.785), “ocurre, además, que en muchos ordenamientos

de corte continental el acceso a esas fuentes de prueba es limitado: en ocasiones, por las propias reglas procesales en sí mismas, que no contemplan un derecho a reclamar y un correlativo deber de exhibir fuentes de prueba, o lo hacen de manera muy tímida; en otros casos, se añade a lo anterior la prevalencia que se otorga a normas aparentemente colaterales a las procesales, como las relativas a la protección de datos, de información confidencial o de secretos comerciales”.

Tradicionalmente, la mayoría de los ordenamientos procesales civiles han regulado desde hace tiempo la exhibición de documentos en sede probatoria para aquellos documentos que no están en poder de la contraparte, regulación que adolece de grandes diferencias con la exhibición de documentos en la fase del *discovery*. Si tomamos distancia de esa similitud inmediata y miramos su función dentro del contexto procesal, aparece una diferencia determinante. La mayoría de las regulaciones de la exhibición —al margen de las diligencias preliminares de exhibición de cosa mueble— se incardinan en la fase procesal de prueba y no antes, de manera que se entiende como operación probatoria, en el sentido que permite suministrar una base para la decisión del tribunal sobre la ocurrencia de los hechos. En el *discovery* estadounidense, la exhibición de documentos en cambio, opera antes de cualquier etapa probatoria, lo que demuestra que tiene una función completamente distinta a la función probatoria. Su función no es aportar a una cognición por parte del tribunal, sino a una prognosis de las partes sobre el futuro desarrollo del proceso (VOGT, 2022, p. 162).

Por otro lado, las diligencias preliminares que muchos ordenamientos regulan aparecen también ciertamente limitadas en la eficacia de la investigación preparatoria puesto que se trata de un mecanismo de esa naturaleza ofrecido únicamente a la parte demandante, y no a la demandada, por lo que, en puridad, no podemos concluir en otorgarle la naturaleza de mecanismo de acceso a fuentes de prueba, puesto que vulnerarían radicalmente el principio de igualdad procesal.

Pero en los últimos años, se ha producido una cierta apertura en la Unión Europea hacia una regulación más amplia de los mecanismos de acceso a fuentes de prueba, amplitud que se refiere tanto a fuentes de prueba distintas de la documental como a la regulación de instrumentos coercitivos que redunden en una eficiencia de aquellos. En las siguientes líneas destacaremos cuáles son las líneas de actuación en este sentido, resaltando los instrumentos legislativos o paralegislativos que aquella ha empezado a implementar, de manera que podemos afirmar que se está produciendo una cierta apertura hacia un sistema eficiente en la gestión judicial de la información y fuentes de prueba, amén de una avocación hacia una tutela judicial más efectiva de las partes litigantes en un proceso.

4.1. Ampliación de mecanismos de acceso a fuentes de prueba en contextos específicos

Sin el ánimo de realizar un exhaustivo análisis de las regulaciones impulsadas por la Unión Europea en este sentido, puesto que dicho análisis excedería del objeto del presente trabajo, sí queremos destacar cuáles han sido los impulsos europeos en forma de Directivas en los últimos años, de las que se han hecho eco algunos autores como ALBA CLADERA (2022, p.246), VALLINES GARCÍA (2020, pp. 157 a 159) y GASCÓN INCHAUSTI (2018, pp. 133 y 134).

El primero de esos impulsos fue la Directiva 2004/48, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, cuyo art. 6 está referido al acceso a las fuentes de prueba, su art. 7 al aseguramiento de la prueba y el art. 8 al derecho a la información. Esta Directiva fue transpuesta por España en la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, que llevo a cabo una profunda reforma de las diligencias preliminares de la LEC española.

El segundo de ellos fue la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, que establece determinadas normas por las que se rigen, en virtud del Derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. A través de la nueva regulación se permite que los justiciables en el campo del Derecho de la competencia tengan conocimiento de los elementos que les puedan servir para tratar de formar la convicción judicial en los procesos en los que se reclamen daños. España transpuso dicha Directiva en su Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo. El citado RD introdujo una modificación en la LEC para facilitar la prueba en los procedimientos por daños resultantes de la violación de las normas sobre competencia, con el objetivo principal de la consecución de una mejor tutela de los derechos de los justiciables en dicho campo. A tal fin, se estableció una regulación sobre el acceso a las fuentes de prueba en la Ley 1/2000, de 7 de enero, mediante una nueva Sección 1.^a bis («Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción de las normas de competencia»), en la que se determinan los requisitos para solicitar del tribunal una medida de acceso a fuentes de prueba, un elenco ejemplificativo de posibles medidas, así como la ejecución de éstas y las consecuencias de la obstrucción a su práctica, siempre moduladas por el principio de proporcionalidad.

El último de los impulsos europeos a la eficiencia de la investigación probatoria en el ámbito del proceso civil ha sido la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga

la Directiva 2009/22/CE, 2020. En sus arts. 18 y 19 se prevé la exhibición de pruebas para las acciones en defensa de intereses colectivos de consumidores y usuarios. Ya en EEUU quedó suficientemente demostrada la eficacia del *discovery* en las llamadas *class actions* y la Unión Europea ha querido dar un toque de eficiencia en la futura regulación de los ordenamientos de los Estados Parte en este ámbito tan vulnerable para los consumidores. En efecto, en todos estos casos parece que existe una mayor trascendencia social o colectiva de los intereses a proteger y, por tanto, mayor relevancia en la importancia del debido acceso a las fuentes de prueba, amén de que, en muchas ocasiones, la desigualdad intrínseca de las partes puede derivar en un aumento de la dificultad probatoria. España ha empezado a tramitar la transposición a través de un Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, en el que, en lo relativo al acceso a fuentes de prueba, se remite a la regulación en materia de infracción del derecho de la competencia.

4.2. La propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes en el proceso civil

En el ámbito de los instrumentos jurídicos del llamado *soft law* se encuentran las llamadas normas mínimas comunes en el proceso civil en la Unión Europea. De conformidad con el art. 81, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que hace referencia a la cooperación judicial civil, ésta puede adoptar medidas destinadas a garantizar, entre otras cosas la cooperación en la obtención de pruebas, el acceso efectivo a la justicia y la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando, si es necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros. De esta manera, el Parlamento Europeo adoptó la Resolución de 4 de julio de 2017 con recomendaciones a la Comisión sobre normas mínimas comunes de procedimiento civil en la UE (Res. 2015/ 2084 (INL), entre las que se incluyen una Propuesta de Directiva sobre Normas Mínimas Comunes que se aplicaría en los litigios con repercusión transfronteriza en materia civil y mercantil.

Esta Propuesta de Directiva se hace eco de la eficiencia procesal en su art. 7.1 y con relación indirecta a la información y fuentes de prueba, establece que: “Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros respetarán el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial que garantice el acceso efectivo a la justicia y el principio contradictorio del proceso, especialmente cuando se pronuncie sobre la necesidad de una vista oral, sobre los medios de práctica de la prueba y sobre el alcance de la práctica de la prueba”. Por otra parte, el art. 9.2 al establecer los principios generales de la tramitación del procedimiento, hace referencia a conceptos tan típicamente anglosajones como la cooperación de las partes durante el proceso, la determinación de los problemas en una fase temprana, y el establecimiento de calendarios para controlar el desarrollo de la acción, entre otros. Pero, sobre

todo, el art. 10 de la Propuesta, relativo a la práctica de la prueba, establece que los Estados miembros deben velar por la disponibilidad de medios eficaces para presentar, obtener y conservar las pruebas teniendo en cuenta los derechos de defensa y la necesidad de proteger la información confidencial. Esto significa una asunción de la necesidad mecanismos de obtención de información y fuentes de prueba

4.3. Las Reglas de ELI/UNIDROIT sobre un proceso civil europeo (*European Rules of Civil Procedure*)

En 2004, UNIDROIT, junto con el *American Law Institute* (ALI) publicaron los Principios ALI-UNIDROIT sobre el proceso civil transnacional, otro instrumento de *soft law* para facilitar la litigación transnacional (HAZARD, TARUFFO, STÜRNER y GIDI, 2001), en el que se realiza una primera aproximación a unos principios generales en materia del acceso a la información y la prueba.

Partiendo del principio de buena fe de las partes y sus abogados al tratar con el tribunal y con las otras partes (Principio 11.1), el principio 16 hace referencia al acceso a la información y la prueba. Con carácter general, el tribunal y cada parte deberán tener acceso a las pruebas relevantes y no confidenciales, incluyendo las declaraciones de las partes y de los testigos, dictámenes de peritos, documentos y pruebas provenientes de la inspección de bienes, del ingreso a inmuebles o, bajo circunstancias adecuadas, del examen físico o mental de una persona. Las partes deberán tener derecho a presentar declaraciones a las que se les atribuya valor probatorio (16.1). Ante la solicitud oportuna de una parte, el tribunal deberá ordenar la revelación de pruebas relevantes, no confidenciales y razonablemente identificadas que estén en posesión o bajo el control de otra parte, o si fuera necesario y en justos términos, de un tercero. Tal exhibición no puede objetarse porque la prueba pueda ser adversa para la parte o para la persona que hace la revelación (16.2).

Los *Transnational Principles* reflejaron perfectamente la convergencia entre los dos sistemas que la evolución del sistema norteamericano había experimentado y la convicción de los sistemas europeo-continental hacia una mayor permisividad en el acceso a las fuentes de prueba en poder de la contraparte o terceros. Así, aquéllos tendían a evitar en cierta manera los excesos de ambos sistemas; por un lado, la tendencia norteamericana hacia un *broad discovery*; y de otro, el peligro de una terminación excesivamente temprana de la búsqueda de fuentes de prueba (STÜRNER, 2005, p. 237).

Estos principios constituyeron un modelo de equilibrio entre las distintas familias y tradiciones jurídicas, pero no se adaptaron bien a las especificidades de los sistemas jurídicos europeos. Por ello, el *European Law Institute* (ELI) y UNIDROIT unieron sus fuerzas para desarrollar unas Reglas Modelo Europeas de Proceso Civil (ERCP, en su acrónimo en inglés) que se publicaron en 2020. Las Reglas están formuladas en inglés y francés, idiomas ofi-

ciales de ambas instituciones y pueden consultarse aquí: unidroit.org/instruments/civil-procedure/eli-unidroit-rules. La traducción al español no oficial ha sido realizada por GASCÓN y DE BENITO en el marco de las actividades de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Procesal Civil Europeo de IE University, financiada por la Comisión Europea.

Se califican estas reglas como europeas en un sentido amplio, ya que éstas no emanan de ninguna institución de la Unión Europea ni, por supuesto, implican ningún tipo de vinculación ni por la propia Unión ni por sus Estados miembros (ALBA CLADERA, 2022, p. 247). La idea era ir más allá de la formulación de los principios transnacionales y desarrollar normas más detalladas, teniendo en cuenta los instrumentos jurídicos existentes a nivel de la UE, las tradiciones jurídicas europeas y la evolución jurídica actual en Europa, de manera que se perfeccionara un modelo de *soft law* con relación a la posible armonización de un proceso civil europeo, en su contenido mínimo. La conclusión de este proyecto no es más que el final del primer paso. Tal y como establece el Preámbulo de las Reglas, éstas deben iniciar ahora un nuevo viaje, una fascinante incursión en la modernización de un Derecho procesal europeo más armonizado y que permita una mejor comprensión y un mejor uso de las normas procesales, objetivo especialmente relevante en una época en la que circunstancias extremas pueden poner a prueba los sistemas procesales.

En lo que respecta a la materia de acceso a la información y prueba, uno de los aspectos más difíciles de todo el texto propuesto (GASCÓN, 2021, p. 292), el modelo de ELI/UNIDROIT sigue la línea iniciada con las Directivas europeas señaladas en el epígrafe anterior. El conjunto de normas sobre acceso a la información y a las pruebas contenidas se basa en un enfoque pragmático y realista del derecho constitucional a la prueba (GASCÓN y STÜRNER, 2019, p. 19). Se produce así esa tibia convergencia con el modelo previsto en los ordenamientos del *common law*, tal y como lo define GASCÓN, en una suerte de “*European way to discovery*”, que permita superar las dificultades a la hora de acceder a las pruebas en poder de la contraparte o de terceros, pero sin incurrir en los peligros y excesos asociados a esta herramienta en el modelo procesal civil estadounidense (2019, p. 19). Conviene recordar aquí la evolución de la que nos hemos hecho eco en los epígrafes anteriores del mecanismo del *discovery* y también su tibia convergencia hacia un modelo más controlado por el juez y con requisitos de proporcionalidad que constriñen el flujo de información que se pretende obtener.

Sin ánimo de realizar una descripción detallada de la regulación propuesta en las ERCP, que ya ha realizado la doctrina más autorizada, y partiendo de que el Capítulo 2º del Título VII establece, con carácter general, la posibilidad de que se decrete judicialmente a instancia de parte el acceso a la información y a las fuentes de prueba en poder de otras partes o terceros, las principales características de la misma y que constituyen elementos convergentes en ambos sistemas son las siguientes:

— El modelo parte de un principio básico de deber de colaboración de las partes y sus abogados, lo que podría encuadrarse bajo un genérico principio de lealtad procesal (arts. 2, 3 y 4).

— La necesaria constricción de la información para no sobrepasar el umbral de eficiencia del mecanismo y conseguir un efecto paradójico del mismo mediante la avalancha de información innecesaria que colapse el sistema. Los autores de las Reglas son especialmente cautelosos al establecer expresamente la proscripción de cualquier solicitud de acceso a fuentes de prueba que pretenda la obtención de información de forma genérica, especulativa o injustificadamente amplia. La constricción está basada en cuatro criterios básicos establecidos en el art. 102.2; a saber, necesidad (que la fuente de prueba a que pretende acceder es necesaria para probar hechos controvertidos del proceso, actual o potencial); subsidiariedad (que no puede acceder a esa fuente de prueba sin la ayuda del tribunal) y proporcionalidad (que las fuentes de prueba a las que pretende acceder son, por su naturaleza y cantidad, razonables y proporcionadas, para cuya determinación se tendrán en cuenta los intereses legítimos de todas las partes y terceros interesados).

— La ponderación de la confidencialidad. La confidencialidad de la información podrá ser sopesada con relación a las circunstancias de los criterios anteriormente expuestos, pero protegiéndola mediante medidas determinadas como suprimir pasajes sensibles en documentos; celebrar audiencias a puerta cerrada (*in camera*); limitar las personas a las que autoriza el acceso o la inspección de la prueba; encargar a peritos la elaboración de resúmenes de la información en forma agregada o en cualquier otra forma no confidencial; redactar versiones no confidenciales de resoluciones judiciales en las que se supriman pasajes que contengan datos confidenciales; limitar el acceso a determinadas fuentes de prueba a los representantes y abogados de las partes o a peritos sujetos a obligación de confidencialidad.

5. EL E-DISCOVERY EN LA UNIÓN EUROPEA

Tal y como poníamos de manifiesto en el apartado referente al llamado *e-discovery* en el derecho estadounidense, dada las crecientes líneas convergentes entre ambos sistemas, la mayoría de los problemas planteados por la *ESI* pueden resolverse con los criterios establecidos de proporcionalidad, necesidad y utilidad que regulan los instrumentos europeos de acceso a la información y fuentes de prueba, ya reseñados anteriormente.

Es el problema de la confidencialidad de los datos y la protección del derecho a la intimidad el que ha planteado mayores problemas, articulándose la utilización de nuevos instrumentos en el desarrollo de los mecanismos de acceso a la información y prueba, fundamentalmente en el ámbito de los procesos en defensa de la competencia. La Directiva no hace referencia a este recurso, pero es algo que se viene utilizando en la práctica con base en documentación proporcionada por la Unión Europea. Estamos haciendo

referencia a lo que se denominan “salas de datos virtuales”, incluidas como recomendación de la Comisión Europea en su documento de 2018 *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercute al comprador indirecto*, en materia de procesos en defensa de la competencia. En ellas se establece, en el párrafo 30 que, al ordenar la exhibición de información confidencial, es fundamental que el órgano jurisdiccional haya implantado medidas destinadas a proteger la misma. Algunos ejemplos de este tipo de medidas pueden ser la puesta en común de información a través de círculos de confidencialidad o mediante salas de datos en los que los representantes de las partes pueden acceder a la información confidencial pertinente para el asunto en cuestión. La Comisión utiliza salas de datos para dar a las partes en los asuntos de fusiones y prácticas colusorias acceso a la información confidencial; véase, por ejemplo, el documento de trabajo de la Comisión «Mejores prácticas para la obtención y práctica de pruebas y la recogida de datos en los casos relacionados con la aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE en casos de concentración», apartado 47. No es algo que esté regulado con carácter general, pero que puede servir de guía para un eficiente acceso a la información y fuentes de prueba. La ausencia de referencia legal explícita no veta la posibilidad que se plantea (ALBA, 2022, p. 262).

De este modo, con apoyo en estos recursos, los jueces decidirán la delimitación de la extensión del acceso a la ESI, hasta donde llegarán las facultades de dominio y disposición del titular de la información, los medios técnicos que la harán posible y la asistencia técnica de la que podrán servirse durante su desarrollo (PASTOR, 2019, p. 216).

Por último, no podemos dejar de hacer referencia a la utilización de la inteligencia artificial en estos mecanismos de *e-discovery* en el seno de la Unión Europea. Tal y como pusimos de manifiesto con respecto a la utilización de la codificación predictiva en EEUU, esta herramienta puede ser extremadamente útil en este aspecto y aunque no tenemos normativa específica al respecto, estamos seguros de que el camino a seguir será ese, lo que también conducirá, sin duda, a un acercamiento entre los ordenamientos de *civil law* y de *common law* (COMOGLIO, 2022, p. 74).

6. CONCLUSIONES

Si el presente trabajo ha tenido como objetivo analizar las tibias líneas convergentes EEUU/Europa en la aproximación legal del acceso a la información de las fuentes de prueba, es de justicia que, en esta última parte del mismo, a modo de modestas conclusiones, se resuman cuáles consideramos que son esas líneas convergentes que puedan permitir un acercamiento entre ambos sistemas procesales.

La idea global de la que se debe partir es un cierto abandono de la tradicional ajenidad con que la institución del *discovery* ha sido vista por los

sistemas europeo-continentales. Prueba de ello es la consideración de la institución desde un punto de vista legislativo europeo, que ha llevado a la Unión Europea a introducir un mecanismo de acceso a la información y fuentes de prueba en determinados ámbitos jurídicos donde la asimetría informativa resulta más patente. Este podría y debería ser el punto de partida para que, tanto aquélla como los diferentes ordenamientos procesales nacionales, extiendan dichos mecanismos a todos los ámbitos jurídico-civiles donde sea necesario. Por otra parte, por parte de ciertos países como Alemania se ha virado de una autentica repulsa al instrumento a una aceptación del mismo a la hora de permitir, vía Convenio de La Haya de 1970, los requerimientos de *discovery* con base en procesos que se estén celebrando en EEUU.

Con base en las regulaciones legales de los mecanismos aun lado y al otro del Atlántico, debemos destacar los siguientes itinerarios confluyentes:

— La progresiva eliminación del *broad discovery* por parte de EEUU, con anclaje en el principio de proporcionalidad, tan sucesivamente reformado para intentar “afinar” el objeto del mecanismo, siempre con la idea de alcanzar un proceso eficiente, rápido y justo. Del lado de Europa, los mecanismos introducidos se centran primordialmente en los criterios de proporcionalidad, necesidad y subsidiariedad.

— El también sucesivo aumento de los poderes de control del juez en esta fase, que han introducido el conocido concepto de *case management*, al igual que lo ha hecho Europa en sus instrumentos legislativos en las materias específicas en las que ha introducido este tipo de mecanismos.

— El tradicional principio de lealtad procesal, ética y deber de colaboración de las partes y sus defensores en el proceso, tan característico de los EEUU, ha permeado en la regulación de los mecanismos de acceso a la información y la prueba en la Unión Europea, de manera que se han extrapolado incluso a la propuesta de regulación de normas mínimas para un proceso civil europeo, con carácter general.

— La inteligencia artificial como herramienta novedosa, con perfiles legales aun dudosos, pero de marcada eficacia en estos sistemas de acceso a la información y prueba, se revela como elemento de unión también entre ambos sistemas procesales. La utilización de la misma en esta fase procesal en los EEUU, avalada por la jurisprudencia, permite considerar la posibilidad de su utilización en los mecanismos europeos de acceso a la información y fuentes de prueba.

Consideramos que estas líneas convergentes deben servir para que la Unión Europea se aventure a ampliar la regulación de los medios de acceso a la información y prueba, no solo desde un punto de vista objetivo, generalizándose las posibilidades, sino también desde un punto de vista subjetivo, extendiendo la posibilidad a cualquier litigante en el proceso.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALBA CLADERA, F. (2022). “El problema de la asimetría informativa y el acceso a las fuentes probatorias: influjo europeo y posibilidades de reforma en España”, *Estándares europeos y proceso civil. Hacia un proceso civil convergente con Europa* (Dir. Gascón Inchausti, F y Peiteado Mariscal, P.). Barcelona.
- ANSANELLI, V. (2018). *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*. Milano.
- BESSO, C. (2014). “La discovery anglo-americana: un insospettato trapianto dal processo romano-canonico”. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume XIII.
- BRAZIL, W.D. (1978). “The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change”, 31 *Vanderbilt Law Review*, 1295.
- BURBANK, S.B. (con SUBRIN, S.N.) (2011). “Litigation and Democracy: Restoring a Realistic Prospect of Trial”. *Faculty Scholarship at Penn Law*. 337.
- CHASE, O. (2002). “American “Exceptionalism” and Comparative Procedure”. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 50, No. 2.
- COMOGLIO, P. (2022). “Inteligencia artificial y selección de pruebas en el proceso civil: ¿hacia un proceso más inteligente o hacia un proceso más artificial?”. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, nº 2.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. (2012). “Prudencia versus ideología: de nuevo sobre el papel del Juez en el proceso civil”. *Revista Ius et Praxis*, Año 18, Nº 2.
- DONDI, A. (1985). *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*. Padova.
- (1991) *Introduzione della causa e strategie della difesa, I. Il modello statunitense*. Padova.
- (2003) “Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma). *Riv. tri.dir. proc.civ.*
- (2008) “Case law e filosofía degli atti introduttivi negli Stati Uniti” *Riv.trim.dir.proc. civ.*
- (2014) “Riforma degli atti introduttivi,. Il proceso statunitense e il proceso italiano”. *Riv.dir.proc.*
- (2018) “Una visión partidista de los acontecimientos de la escuela italiana del derecho procesal civil en la segunda mitad del siglo XX”. *Revista Justicia*, núm. 1.
- (2021) “Qualche cenno all’abuso del proceso civile con sintetici richiami alla singolarità del dibattito italiano”. *Il giusto proceso civile*, 1/2021.
- ERICKSON, W.H. (1978) “The Pound Conference Recommendations: A Blueprint for the Justice System in the Twenty-First Century”, 76 *F.R.D.*
- FICCARELLI, B. (2004). *Esibizione di documenti e discovery*, Torino.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. (2020) “La prueba ilícita en el proceso civil, entre la exclusión y la ponderación”. *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Liber amicorum Vicente Gimeno Sendra* (Dir. José Asencio Mellado, coord. Alba Rosell Corbelle). Madrid, 2020.
- (2018) *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Madrid.
- (2021) “Las European Rules of Civil Procedure: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, Nº 1, marzo.
- (2019) (con STÜRNER, M). “Access to information and evidence in the ELI/UNIDROIT European rules on civil procedure: some fundamental aspects”. *Uniform Law Review*. Vol. 24.

- GOLDSTEIN, A. K. (1981) "A Short History of Discovery". *Anglo-American Law Review*. 10 (4).
- GUAL GRAU, C. (2011) "Breves apuntes sobre el discovery". *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 29.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A.E. (2010) "La búsqueda y conservación de los datos informáticos en el Derecho norteamericano. E-discovery". *Estudios de Deusto*, Vol. 58/2, julio-diciembre.
- HAZARD, G.C. (1993) "Il sistema "adversary". AAVV. *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti, a cura di A. DONDI*, Padova.
- HAZARD, G.C. (con TARUFFO, M., STÜRNER, R. y GIDI, A) (2001) "Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure", 33 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 769, http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/1373
- MARCUS, R.L. (2001) "Confronting the future: coping with discovery of electronic material". <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1218&context=lcp>.
- MICHAILIDIS, I. (2019). "La exhibición de documentos en el derecho griego, estadounidense e inglés. una aproximación comparada a los aspectos procesales de la institución". *Foro, Nueva época*, vol. 22, núm. 2.
- MILLER, A.R. (1984). "The August 1983 amendments to the Federal Rules of Civil Procedure: promoting effective case management and lawyer responsibility". *Federal Judicial Center*.
- MULLENIX, L.S. (2014). "El descubrimiento de la verdad y la regla de la proporcionalidad". *Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial*. Medellín.
- NIEVA FENOLL, J. (2023). "Requiem por la carga de la prueba". *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*. Sección: Ensayos. N. 4, 2023.
- ORMÁZABAL SÁNCHEZ, G. (2020). "La investigación en el proceso civil. Hacia una nueva ordenación de los mecanismos de averiguación de hechos y de obtención de fuentes de prueba". *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas (RAPDPUE)*, n.º, 1, 2020.
- (2016). *La brecha procesal civil entre EEUU y Europa. Una visión panorámica de los principales puntos de divergencia*. Valencia.
- PEÑA MARDONES, C. (2017). "Traduciendo el discovery al civil law chileno: Su aporte a los procesos de reforma procesal civil". *Revista Ius et Praxis*, Año 23, N.º 2.
- SOLAR CAYÓN, J.I. (2020). "La inteligencia artificial jurídica: nuevas herramientas y perspectivas metodológicas para el jurista". *Revus*, 41.
- STÜRNER, R. (2005). "The Principles of Transnational Civil Procedure: An Introduction to Their Basic Conceptions". *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*. Bd. 69, H. 2, April.
- (2008). "La obtención de información probatoria en el proceso civil". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXX*.
- TARUFFO, M. (1979). *Il proceso civile "adversary" nell'esperienza americana*. Padova.
- (2001). "Il proceso civile di "civil law" e di "common law": aspetti fondamentali". *Foro it.*
- (2009). *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari.
- (2010). *Simply the truth – el juez y la construcción de los hechos (trad. Accatino, D.)*, Madrid.
- (2011). *La prueba de los hechos*, Madrid,.
- (2020) "Verità e prova nel processo." *Verso la decisione giusta*, Torino.
- TROCKER, N. (2010). "Los poderes del juez y los derechos de las partes en el proceso civil: las enseñanzas de Calamandrei y las reformas procesales en Europa". *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, N.º. 7.

- VALLINES GARCÍA, E. (2020). "Harmonising Acces to Information and Evidence: The Directives on Intellectual Property and Competition Damages", *The Future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonisation?*, Gascón Inchausti, F.; Hess, B. (eds.), Cambridge.
- VIAL, J. (2006) "Reforma Procesal Civil: Una mirada desde el Derecho Norteamericano. *Justicia civil y comercial: Una reforma pendiente. Bases para el diseño de la reforma procesal civil.*
- VOGT GEISSE, T. (2022). "La distinción entre esclarecimiento probatorio y esclarecimiento preparatorio en el proceso civil", *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, N. 3- 2022.
- VVAA. (2018). *The Sedona Principles, Third Edition: Best Practices, Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production*, 19 Sedona Conf. J. 1.
- WILLGING, T, SHAPARD, J, STIENSTRA, D y MILFICH, D (1997). *Discovery and Disclosure Practice, Problems, and Proposals for Change: A Case-based National Survey of Counsel in Closed Federal Civil Cases*, Federal Judicial Center, 15 (Table 4).