

LA EVOLUCIÓN DE LA INSTITUCIÓN DEL *DISCOVERY* EN LAS *FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE* ESTADOUNIDENSE: ESPECIAL REFERENCIA A SU TRATAMIENTO EN LA OBRA DEL PROFESOR ANGELO DONDI

**Yolanda De Lucchi López-Tapia
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Málaga**

I. INTRODUCCIÓN

La presente comunicación tiene por objeto realizar, desde la humilde posición de su autora, un modesto homenaje al Profesor Angelo Dondi en el año de su jubilación, consistente en glosar algunas de sus reflexiones más importantes en torno a la figura del *discovery* en el derecho procesal estadounidense, sobre la que el profesor ha realizado numerosas investigaciones a lo largo de su vida académica. La realización de una estancia de investigación en la Università degli Studi di Génova me ha permitido, no solo conocer la magnífica obra del Profesor Angelo Dondi, comparatista excepcional, sino también su persona, a la que debo expresar mi gratitud más sincera por su amable acogida en el Dipartimento di Diritto Processuale Civile, sus magistrales enseñanzas y sus cafés.

El mensaje central de la ciencia del derecho comparado se basa en la necesidad de fijar parámetros de comparabilidad respecto a las normas jurídicas de distintos ordenamientos. Como ha señalado DONDI, 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 por él “*indispensabili richiami comparatistici*”, y esto claramente a pesar de su calidad o falta de ella¹.

¹ DONDI, A. ,“Una visión partidista de los acontecimientos de la scuola italiana del derecho procesal civil en la segunda mitad del siglo XX”. *Revista Justicia*, 2018, núm. 1, p. 53.

El *pretrial discovery*, en el ordenamiento estadounidense, consiste en el procedimiento procesal a través del cual cada una de las partes del proceso 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. Regulado en las reglas 26 a 37 de las *Federal Rules of Civil Procedure* (en adelante, FRCP), 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.

A diferencia de la doctrina española en la que son puntuales las incursiones en el análisis comparado de la institución del *discovery*, 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. Para Dondi, 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 preparatoria². 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 veinte³, por lo que, a nuestro juicio, resulta altamente conveniente realizar un recorrido sobre la evolución de dicha doctrina, de gran interés científico para nosotros. Un profundo estudio de la institución del *discovery* y su evolución revela conclusiones interesantes que extrapolar al propio estudio de nuestros sistemas procesales.

² DONDI, A., *Introduzione della causa e strategie della difesa, I. Il modello statunitense*. Padova, 1991., p.118.

³ DONDI, A., “Una visión partidista....”, cit, p.54.

Desde hace ya bastante tiempo, Dondi 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 sufrido⁴, lo que ha dado lugar a que se le atribuya una “mala salud de hierro”⁵.

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 en 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 1938⁶. 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.

Realizaremos, por tanto, en las siguientes líneas un somero recorrido a través de la evolución que ha tenido la institución del *discovery* durante todo el siglo XX y comienzo del siglo XXI, recorrido que 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.

II. LAS FRCP DE 1938: *ADVERSARINESS* EN TODO SU ESPLENDOR

⁴ DONDI, A., “Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma). *Riv. tri. dir. proc. civ.* 2003, p. 162 e Introduzione della causa...., *op.cit.*, pp. 113 y ss.

⁵ ORMÁZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La brecha procesal civil entre EEUU y Europa. Una visión panorámica de los principales puntos de divergencia*. Valencia, 2016, p. 91.

⁶ DONDI, A. “Questioni...., *cit.*, p. 162.

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 jurisprudencial⁷.

En su configuración originaria, la institución encuentra su plena justificación en el modelo adversarial⁸, aunque con el barniz que impregnan las propias Rules; 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 *discovery* 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 hechos⁹, 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 primera fase de la evolución de la institución se caracteriza, por tanto, por dar plena actuación a las reglas implementadas a fin de obtener un ilimitado conocimiento, lo que significa que aquélla habría impregnado el proceso federal de un carácter de juego limpio (*fairness*) que luego se revelaría como imposible. El principio de lealtad procesal aparece como una de las características propias del sistema procesal norteamericano tras las FRCP (*candor to the court*). La Regla 3.3 de las Reglas Modelo de Conducta Profesional de la

⁷ El caso *Hickman v. Taylor* de la Corte Suprema, 329 U.S. 495 (1947), 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. “*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*”, p 329.

⁸ De hecho, MULLENIX, L. S., califica al mecanismo del *discovery* como la doncella de la justicia adversarial, “El descubrimiento de la verdad y la regla de la proporcionalidad”. *Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial*. Medellín, 2014, p.50.

⁹ TARUFFO, M., *Simplemente la verdad – el juez y la construcción de los hechos* (trad. Accatino, D.), Madrid, 2010, p. 129, nota 206.

ABA (*Model Rules of Professional Conduct, American Bar Association*) establece específicamente que el abogado no deberá a sabiendas hacer una declaración falsa de hecho o de derecho ante un tribunal o no corregir una falsa declaración de hecho o de derecho previamente hecha; hacer una declaración falsa de hecho o de derecho ante un tribunal o no corregir una declaración falsa de hecho o de derecho previamente hecha al tribunal por el abogado; no revelar al tribunal la autoridad legal en la jurisdicción de control que el abogado sabe que es directamente adversa a la posición del cliente y que no ha sido revelada por el abogado de la parte contraria; u ofrecer pruebas que el abogado sabe que son falsas.

III. APARICIÓN DE LOS PROBLEMAS: *DISCOVERY ABUSE*

El *discovery* fue diseñado para evitar juicios por emboscada, garantizar resoluciones justas fundadas en la verdad, además de para conseguir una amplia posibilidad de acuerdos previos al juicio, pero se quedó muy lejos de estos loables objetivos.

El énfasis en la "eficiencia" socavó la naturaleza misma de las FRCP de 1938, que reflejaban la creencia de que los casos debían ser resueltos en un plazo razonable. De la redacción de las Rules se desprendía la idea de que los casos debían iniciar su curso y que el posterior *discovery* "eliminaría" las demandas no meritorias. Y, precisamente, la idea del legislador de 1938 no era precisamente un prejuicio u odio por fomentar los litigios, sino que tenía el propósito opuesto; dar al litigante todas las oportunidades para superar la fase de alegaciones y que el fondo del asunto se resolviera durante la fase de proposición de la prueba.

A partir de finales de los años 50 del siglo pasado, se inician en la práctica civil estadounidense dos problemas; el primero de ellos fue el uso del *discovery* como instrumento de ejercicio de defensa con una función meramente estratégica; y el segundo

problema fue la precipitación del uso de dicho mecanismo en causas complejas (*complex litigation*)¹⁰.

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 procedimiento¹¹, lo que fomentaba el uso indiscriminado del *discovery* y alentaba a las partes a cargar a sus oponentes con solicitudes de información costosas; y 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.

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

¹⁰ DONDI, A., “Qualche cenno all’abuso del proceso civile con sintetici richiami alla singolarità del dibattito italiano”, *Il giusto processo civile*, 1/2021, p. 1-14.

¹¹ 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. FEDERAL JUDICIAL CENTER, T. WILLGING, J. SHAPARD, D. STIENSTRA, & D. MILFICH, *Discovery and Disclosure Practice, Problems, and Proposals for Change: A Case-based National Survey of Counsel in Closed Federal Civil Cases*, 15 (Table 4) (1997).

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.

1. Ampliación de los poderes del juez

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*¹². 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 partes¹³.

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 del juez incluidas en la Rule 37, que se ha denominado como la norma de cierre del sistema¹⁴. Posteriormente, se reveló en la práctica que el recurso a la *discovery conference* se vino utilizando con

¹² DONDI, A., “Questioni di efficienza della...”, *op. cit.*, p. 164.

¹³ 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.

¹⁴ DONDI, A., *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985, p. 190.

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.

Este proceso demuestra que ya entonces la sustitución del tradicional modelo adversarial por nuevas filosofías no significaba más el eventual resultado de opciones teóricas sino una imposición derivada de la necesidad práctica de funcionamiento del sistema¹⁵. Sin embargo, como señala DONDI¹⁶, éste constituye uno de los estereotipos en la materia del observador europeo, la consideración de esta fase como aquella fase que se caracteriza por la escasísima intervención del juez, siendo atribuidos todos los poderes de gestión a los abogados de las partes. 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, 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 abogados¹⁷.

Además, el profesor señala un efecto añadido a los propios que estamos señalando de estas reformas; y es la mutación progresiva, en el fondo, de una perspectiva cultural –que coincide con la entrada del nuevo milenio– asumido en los análisis concernientes al sistema estadounidense de proceso civil que tradicionalmente se han anclado en la

¹⁵ DONDI, A., *Ibidem*, pp. 215 y ss.

¹⁶ Para un análisis crítico de estas cuestiones, vid. TARUFFO, M., *Il processo civile "adversary" nell'esperiezza americana*, Padova, 1979, *passim*.

¹⁷ Poder creciente del juez que DE LA OLIVA SANTOS, A. 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”. “Prudencia versus ideología: de nuevo sobre el papel del Juez en el proceso civil”, *Revista Ius et Praxis*, Año 18, Nº 2, 2012, pp. 243.

denominada *adversariness*. Esta mutación encuentra su signo distintivo en lo que se podría llamar, la prospectiva de la complejidad procesal; esto es, la aparición, coincidiendo con el milenio, de los *complex litigation* o *mass tort litigation* que inciden directamente en la eficiencia de la fase preparatoria de los procesos civiles.

2. Constricción de la información: el principio de proporcionalidad

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 expeditions* 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 estadounidense¹⁸. 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 civiles¹⁹.

Así, y enlazando con la evolución de la supervisión judicial, la característica conceptual central de ésta fue el principio de proporcionalidad, añadido en 1983²⁰. En aquel momento, se promocionó como "un giro de 180 grados" en la orientación de las reglas de descubrimiento²¹. 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.

¹⁸ ERICKSON, W.H., "The Pound Conference Recommendations: A Blueprint for the Justice System in the Twenty-First Century", 76 F.R.D., 1978, pp. 277 y 278.

¹⁹ Véase Rule 26 Advisory Committee's note.

²⁰ MARCUS, R.L., "Confronting the future: coping with discovery of electronic material". <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1218&context=lcp> (última visita, 22 de enero de 2023).

²¹ MILLER, A.R., "The August 1983 amendments to the Federal Rules of Civil Procedure: promoting effective case management and lawyer responsibility", *Federal Judicial Center* 1984, pp. 32 y 33.

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 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.

La proporcionalidad como requisito esencial respecto del objeto del *discovery* ha de ser puesta en relación con la peculiar configuración del objeto procesal en el ordenamiento estadounidense. A diferencia de los sistemas europeos continentales, esta configuración no se realiza al inicio del proceso, sino que se realiza en un momento posterior a la propia fase del descubrimiento. En efecto, la Rule 8(a) establece que el *pleading* (demanda) que formula el demandante debe contener únicamente una exposición breve y clara de la pretensión, lo que determina un carácter abierto de la exigencia, que se concretará una vez realizada la fase del *discovery*. Esta forma de concreción del objeto procesal es lo que ha marcado la morfología de la institución, que dejaba abierta la vía amplia de investigación previa para luego individualizar, a posteriori, la pretensión procesal. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de EEUU ha interpretado sucesivamente la norma hasta determinar que, no solo es necesaria una exposición breve

y concisa de aquella, sino que, además, debe ser “plausible”, de manera que no se admitirá el *pleading* sino existe una probabilidad de que la pretensión tenga éxito, lo que estrecha la posibilidad de éxito de una investigación preparatoria²².

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 constrictión de las peticiones de *discovery* a la información relevante para sostener las alegaciones o aquellas que aparezcan como razonablemente pensadas para constituir prueba admisible constituye una pieza fundamental para frenar las anteriormente denominadas *fishing 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 controvertidas²³.

IV. EL E-DISCOVERY

El acceso a información electrónica (*E-Discovery*) constituye otra de las etapas en la evolución de la institución. Aunque pudiera considerarse como la última etapa en la evolución, por aquello de que la revolución digital aparece 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 regla 34 se modificó en 1970 para incluir compilaciones de datos de las que pueda obtenerse

²² Al respecto, vid. los magistrales trabajos de DONDI, A., “Case Law e filosofia degli tai introduttivi negli Stati Uniti”, *cit.*, págs. 529 y ss., que puntualmente da cuenta de las posturas asumidas por la jurisprudencia sobre la formulación de los actos introductorios del proceso americano (caso Towbly); también en “Alegaciones iniciales de las partes en el proceso civil estadounidense: un reciente cambio en la jurisprudencia federal” (trad. Gutiérrez Berlinches, A.), en *Revista de Derecho Procesal*, 2007, págs. 283 y ss.

²³ DONDI, A., “Questioni...”, *op. cit.*, p. 166

información. Y fue en la década siguiente cuando el acceso a este material empezó a revelarse como esencial. Por tanto, podemos decir que el *e-discovery* ha ido acompañando todas las reformas de la institución de las que nos hemos hecho eco en este trabajo.

Definimos el mismo como la solicitud realizada por una de las partes involucradas, a la otra, durante la fase preparatoria de un proceso judicial, tanto de documentación como de información almacenada electrónicamente (*Electronically Stored Information*).

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. 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, dadas las limitaciones del presente trabajo, sí nos resulta interesante resaltar algunos de los problemas a los que las FRCP han ido dando solución²⁴.

-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 aparezca 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 centra en destacar que dicho deber se verá conculcado no solo

²⁴ 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. *The Sedona Principles, Third Edition: Best Practices, Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production*, 19 Sedona Conf. J. 1 (2018).

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 refiere²⁵.

-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)²⁶.

Aunque el principio de proporcionalidad es aplicable en toda su extensión también a toda la información almacenada electrónicamente, el aumento de información encarece el

²⁵ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A.E., “La búsqueda y conservación de los datos informáticos en el Derecho norteamericano. E-discovery”. *Estudios de Deusto*, Vol. 58/2, julio-diciembre 2010, p. 205.

²⁶ SOLAR CAYÓN, J.I., “La inteligencia artificial jurídica: nuevas herramientas y perspectivas metodológicas para el jurista”. *Revus*, 41, 2020, p. 21.

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 pleito²⁷.

V. ÚLTIMAS REFORMAS DE 2020: A VUELTAS CON LA LEALTAD PROCESAL Y LA EFICIENCIA

²⁷ GUDÍN-MAGARIÑOS, A.E., “La búsqueda y conservación de los datos informáticos en el Derecho norteamericano. E-discovery”. *Estudios de Deusto*, Vol. 58/2, julio-diciembre 2010, p. 233.

El 1 de diciembre de 2020 entraron en vigor las nuevas enmiendas a las Reglas Federales de Procedimiento Civil. Aunque se trata una reforma que afecta fundamentalmente a aspectos concretos de la Rule 30, que versa sobre las testificales en general, y la subdivisión (b)(6) trata de las deposiciones de organizaciones (corporaciones, sociedades, etc.) en orden a exigir colaboración entre las partes para organizar y ordenar el acceso a la información, la relevancia de la reforma está directamente relacionada con un compromiso continuo con los principios de la Regla 1 respecto a la solución justa, rápida y económica de toda acción.

El objetivo de la reforma es directo: conducir a las partes a gestionar las disputas y aportar eficiencia al proceso judicial. Los intercambios sinceros sobre los propósitos de la deposición y la estructura de información de la organización pueden aclarar y centrar los asuntos a examinar, y permitir a la organización designar y preparar un testigo o testigos apropiados, evitando así desacuerdos posteriores²⁸. De hecho, con este comentario, el Comité Asesor de las Reglas 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, algo relativamente ajeno a los sistemas europeo-continetales y la eficiencia judicial, motor que impulsa las reformas procesales en los últimos tiempos.

²⁸ *Advisory Committee Notes on 2020 Amendment.*