

BREVES APUNTES SOBRE EL *DISCOVERY*

Breves apuntes sobre el *discovery*

El *discovery* es un figura paradigmática del Derecho procesal de los países del *common law* y suele utilizarse como ejemplo de las profundas diferencias que existen entre distintos sistemas jurídicos. Con todo, ya sea a través de las cada vez más frecuentes peticiones internacionales de *discovery* provenientes de los Estados Unidos, ya sea por el creciente contacto que con su práctica se puede obtener a través, principalmente, del arbitraje comercial internacional, parece estar ganando presencia en nuestro entorno. Resulta oportuno exponer sucintamente su funcionamiento básico y tratar de entender tanto sus mecanismos principales (las *depositions* o los requerimientos de documentación) como los remedios y oportunidades que las partes tienen a su alcance para tratar de corregir sus abusos.

Introducción

El *discovery* es, junto con las *class-actions*, una de las figuras paradigmáticas del Derecho procesal de los países del *common law* y, más en particular, del Derecho procesal de los Estados Unidos de América. Aunque no es exclusivo de este último país, es allí donde se encuentra indiscutiblemente arraigado hasta el punto de constituir, sin riesgo a exagerar, un elemento básico de su cultura jurídica. También fuera del ámbito anglosajón resulta, a estas alturas, bien poco probable encontrar a un abogado procesalista que no haya oído hablar del *discovery* y que no se haya formado al respecto una opinión normalmente apasionada. No en vano, el *discovery*, o descubrimiento —en traducción tan literal como, a primera vista, poco sugerente—, tiene que ver con la aportación de los hechos al proceso, con la realidad que se representa ante el juez a fin de que tome una decisión sobre un determinado litigio y, por tanto, en última instancia, con el siempre fascinante asunto de la verdad procesal.

Precisamente porque no es nada nuevo, cabría cuestionarse la idoneidad del tema para un foro de actualidad. Existen, sin embargo, a mi modo de ver, dos razones por las cuales resulta plenamente oportuno dedicarle unas líneas.

En primer lugar, y de manera directa, el *discovery* está ganando presencia en nuestro país, al igual que en el resto de Europa, como consecuencia de las cada vez más frecuentes peticiones internacionales de *discovery* provenientes de los Estados Unidos. Dichas peticiones plantean multitud de problemas tanto desde la perspectiva general del Derecho procesal internacional como desde el prisma más concreto, y desde luego no menos complejo, de la nor-

A note on *discovery*

Discovery is a paradigmatic figure of the procedural rules of the common law countries and is frequently used as an example of the profound differences that exist among the different legal systems. However, it is gaining presence within our borders both as a consequence of the increasing number of international *discovery* requests coming from the United States and of the exposure and contact with its practice principally experienced through international commercial arbitration proceedings. Therefore, it is worth describing its main features and trying to understand not only its basic tools (like the taking of *depositions* or the requests for document production) but also the opportunities and remedies available for the parties to deal with and ultimately control its abuses.

mativa comunitaria y estatal de protección de datos. Una respuesta basada en las reservas de los Estados miembros conforme al artículo 23 del Convenio de La Haya de 1970, sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial, dista de resultar completamente satisfactoria. Sobre la base de dicho precepto, los Estados contratantes pueden declarar que «no ejecutará[n] 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”». España o Alemania así lo tienen declarado, mientras que otros Estados, como Francia, aprovechan el precepto para condicionar la aceptación de este tipo de peticiones al cumplimiento de determinados requisitos (estricta relevancia para el fondo del asunto y necesaria enumeración limitativa de los documentos solicitados, por ejemplo). En cambio, la posición de los Estados Unidos es bien distinta desde que su Tribunal Supremo decidió, en el asunto *Aéropatiale* [*Société Nationale Industrielle Aéropatiale v. United States District Court*, —U.S.— 107 S. Ct. 2542 (1987)], que los procedimientos establecidos en la Convención de la Haya de 1970 eran opcionales. La consecuencia práctica es que las empresas receptoras de una petición internacional de *discovery* terminan enfrentándose a decisiones totalmente paradójicas y nada deseables. De hecho, no es infrecuente escuchar, con legítimo pasmo, las quejas de nuestro colegas norteamericanos que consideran que la invocación del Convenio de la Haya 1971 supone una actitud poco cooperativa. Bajo este problema late un problema de incompreensión que explica también, a mi juicio, el modo desafortunado y parcial (por cuanto menciona únicamente las peticiones documentales) en que el propio Convenio se refiere al *discovery*.

En segundo lugar, y de modo más indirecto, un número cada vez mayor de operadores jurídicos (en especial de abogados) tiene contacto cotidianamente con instituciones procesales que, en principio, les resultan ajenas. La afirmación es particularmente cierta en el campo del arbitraje comercial internacional y, de nuevo, el ejemplo paradigmático es el *discovery*. Hablar de problemas de prueba en arbitraje comercial internacional es, en buena medida, hablar de conciliación de dos culturas jurídicas que, por lo que ahora importa, se distinguen precisamente por su aceptación o no del *discovery*, y ello a pesar de que el *discovery* no equivale a la fase de prueba tal y como la concebimos en nuestro proceso civil. Tal vez ahí radica, precisamente, el foco de la mayoría de discusiones. Basta pensar, por ejemplo, en el esfuerzo conciliador y en el indiscutible mérito que a este respecto atesoran las Reglas de la IBA (*Internacional Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional. En cualquier caso, a mi juicio es claro que existe, aunque sea por contraste, una creciente exposición a las reglas, a la lógica y al modo en que se practica el *discovery*. Parece razonable, por consiguiente, tratar de exponer, aunque sea de manera sucinta, su funcionamiento básico en los Estados Unidos.

Existe un tercer motivo para ello, aunque mucho más indirecto y basado, de momento, tan solo en la intuición. Cualquiera de nosotros responde con una negativa rotunda a la pregunta de si existe *discovery* en nuestro sistema procesal civil. La respuesta, claro, es perfectamente correcta. Con bastante facilidad aducimos, además, razones de tradición jurídica. Y es justamente aquí donde, tal vez, convenga empezar a matizar. No puede dejar de observarse últimamente una cierta tendencia a importar soluciones o planteamientos que presentan serios problemas de encaje con nuestras instituciones procesales o, al menos, con el modo en que nuestras instituciones procesales están actualmente configuradas por la Ley. Dejando a un lado cualquier otro tipo de consideración al respecto, el incremento de acciones judiciales contra entidades de crédito está dando buenas muestras de lo anterior. Por una parte, da la impresión de que se fuerzan los criterios de acumulación de acciones en un intento de importar unas *class-actions* que no encuentran, todavía, el debido acomodo en la Ley. Por otra parte, y por la vía de una interpretación algo laxa de las diligencias preliminares, se asiste esporádicamente a un razonamiento muy parecido al que subyace al sistema de *discovery*. Por este motivo, es

bueno idea prestar atención al modo en que una y otra figura se tratan en los sistemas a los que realmente pertenecen y, particularmente, al modo en que, con el transcurso de los años, se han ido equilibrando sus potenciales abusos.

Elementos básicos del *discovery*

Antes de comenzar con la exposición de los elementos básicos del *discovery* conviene realizar una advertencia. La parte más descriptiva de la exposición se basa en la normativa contenida en las Federal Rules of Civil Procedure (FRCP). Dicha normativa resulta de aplicación, en principio, tan solo cuando se litiga en la jurisdicción federal y no, por tanto, en la de cada uno de los Estados. Constituye, en cualquier caso, el conjunto de normas idóneo para el tipo de aproximación que aquí nos ocupa.

A su vez, una buena exposición introductoria a las normas básicas de las FRCP puede hallarse en Mary K. Kane: *Civil Procedure (in a nutshell)*, Minnesota, 2007, y una más detallada en Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane y Arthur R. Miller: *Civil Procedure*, Minnesota, 2005, en cuyas explicaciones se basa parcialmente la exposición.

Principios básicos

El *discovery* es un conjunto de actos procesales que tiene por objeto la obtención de información, principal pero no únicamente de carácter fáctico, para la mejor determinación de las posiciones de las partes en un determinado procedimiento judicial. Desde una perspectiva teórica, cumple diversas funciones. En parte cumple una función equivalente a la prueba anticipada o el 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. Sirve también para confrontar a un testigo que sí pueda acudir al juicio con sus propias declaraciones, en caso de que resulten contradictorias. Pero primordialmente sirve para perfilar tanto la propia posición como la posición del contrario.

Esta última función resulta tan esencial como claramente ajena a nuestros más básicos principios procesales. En el procedimiento civil configurado en las FRCP, las posiciones de las partes van construyéndose desde el momento en que se presentan las alegaciones hasta el momento del juicio. Existe una sorprendente flexibilidad tanto en la concre-

ción que debe realizarse en las alegaciones iniciales como en las posibilidades de complementar o modificar dichas alegaciones. No se espera que las partes prueben sus alegaciones (ni siquiera documentalmente) al interponer la demanda o, en su caso, la reconvencción; basta con, que planteen una determinada posición que posteriormente se encargarán de confirmar y precisar. En este sentido, la paulatinas averiguaciones que pueden irse realizando permiten testar la solidez de la postura del adversario (y la propia, claro está) y allanar el camino hacia una posible transacción, o hacia una petición de *summary judgment* si la disputa termina quedando circunscrita exclusivamente a cuestiones de naturaleza jurídica. Desde esta misma perspectiva, la búsqueda y el intercambio de información que tiene lugar por y entre las partes permite que, si finalmente debe celebrarse un juicio, las cuestiones a debatir hayan quedado convenientemente delimitadas. Se entiende que esta función depuradora o clarificadora del proceso (un poco al modo de las funciones de la audiencia previa de nuestro procedimiento ordinario) termina reportando un notable ahorro de costes al sistema judicial y contribuyendo a una mejor realización de la Justicia.

En efecto, y en relación con el último aspecto, uno de los propósitos a los que más claramente sirve el *discovery* es el de intentar promover que 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, lo cual no deja de ofrecer un llamativo contraste con la (ineludible) imagen cinematográfica que del proceso norteamericano se suele tener.

Partiendo de estos postulados, la configuración del *discovery* en las FRCP es notablemente liberal y asume de que las partes van a intercambiar información muy ampliamente. En relación con este punto es fundamental entender que, si bien la información requerida debe ser relevante, la delimitación de este criterio de relevancia resulta extraordinariamente amplia. Una buena manera de verlo es poniéndolo en relación con las normas de prueba. En las peticiones de *discovery*, el test de admisibilidad es mucho más laxo: no se trata de obtener documentos o materiales que pudieran ser admisibles en juicio; se trata más bien de obtener información que razonablemente conduzca a encontrar pruebas que, ésas sí, sean admisibles en juicio.

Otro elemento básico e igualmente importante es el de la extrajudicialidad. La efectividad del sistema de *discovery* depende en gran medida de que pueda llevarse a cabo de manera mayoritariamente extrajudicial. Si no fuera así, el supuesto ahorro en tiempo y esfuerzo para la fase de juicio se perdería justamente en disputas acerca del propio *discovery*. De hecho, las FRCP asumen que el *discovery* va a tener lugar primordialmente mediante comunicaciones directas entre las partes y que éstas van a ser capaces de resolver sus diferencias por sí mismas. Obviamente, se prevé la posibilidad de acudir al juez para el caso de que las partes no sean capaces de ponerse de acuerdo, pero es importante entender que este mecanismo se utiliza poco y como último remedio.

Mecanismos del *discovery*: las *depositions*

Contrariamente a lo que suele pensarse, el mecanismo más importante y el más útil para el *discovery* no son los intercambios de documentación, sino las denominadas *depositions*. La documentación es muy importante, claro está, pero en muchas ocasiones su recopilación y revisión se plantea como un paso previo a este otro mecanismo.

Las *depositions* no son sino interrogatorios de partes o testigos, tomadas bajo juramento y en una sesión contradictoria. Con enorme cautela, podría decirse que el único instrumento relativamente parecido en nuestro sistema son las declaraciones practicadas durante la fase de instrucción de un procedimiento penal. Aún así, el juez no acude a la práctica de las declaraciones, aunque desde luego quedan debidamente registradas, normalmente en soporte audiovisual, y cuidadosamente transcritas gracias a la presencia de un mecanógrafo, denominado *court reporter* que además se encarga de tomar el juramento al declarante y sellar los documentos que se le exhiben.

Como se ha anticipado, el ámbito de las preguntas no se delimita por las reglas de prueba. Los abogados pueden preguntar sobre cualquier cuestión que resulte relevante, siempre y cuando no se halle sujeta a *privilege*. Las preguntas y repreguntas se pueden ir formulando de manera extraordinariamente abierta, incluso sobre nuevas cuestiones que surjan durante la declaración, cosa que brinda una oportunidad excelente para, entre otras cosas, testar la solidez del declarante y su posible idoneidad como testigo en una eventual vista de juicio.

Nos resulta difícil imaginar la enorme amplitud y flexibilidad con la que se practican este tipo de interrogatorios. Un buen dato para hacerse la correcta composición de lugar es el siguiente: una de las últimas reformas de las FRCP estableció que, salvo acuerdo de las partes en sentido contrario, el interrogatorio no debía extenderse más allá de un día de siete horas.

El inconveniente principal de las *depositions* es, sin embargo, su considerable coste. Un modo de controlar este coste es practicar una *deposition* por escrito, pero se trata de un mecanismo lógicamente poco utilizado por cuanto, como es fácil comprender, elimina de raíz la flexibilidad misma del interrogatorio, que es posiblemente su máxima virtud.

Mecanismos del discovery: intercambios de documentación e información

Si hay algo que solemos tener en mente cuando hablamos de *discovery* son las interminables peticiones de documentación, las temidas *fishing expeditions*. Funcionan a modo de amplísima exhibición documental, sin que exista la menor duda de que, más allá de la mera exhibición, la información y documentación (o mejor dicho, copias de la misma) deben suministrarse directamente a la parte contraria.

Se trata de una fase particularmente farragosa del *discovery*, especialmente en la época actual en la que la inmensa mayoría de documentos se halla en soporte digital. Nuevamente, una reforma de las FRCP tuvo que lidiar con el desafío que ello suponía habida cuenta de las capacidades de archivo y almacenamiento en formato digital que es, como se sabe, prácticamente inagotable. Como parte de las consecuencias de lo anterior, hoy por hoy no se concibe un procedimiento de *discovery* sin el apoyo de los equipos de sistemas, ya sea propios o contratados, que se encargan de mantener adecuadamente las bases de datos para almacenar y gestionar la información obtenida y colaborar en el establecimiento de parámetros de búsqueda.

En los cruces de correspondencia que tienen lugar entre las partes se suelen convenir inicialmente los términos de búsqueda que una y otra van a aplicar para obtener determinados resultados. La cuestión es de las más actuales, y existen ya decisiones judiciales que han recalcado la obligatoriedad de suministrar no solo la información y documentación solicitada, sino todo el conjunto de metadatos rela-

cionados con dicha información, al entender que también pueden contener información relevante para las partes.

Las partes, claro está, tienen obligación de suministrar la documentación e información que posean o de la que tengan control. Nuevamente, la interpretación de cuándo determinada documentación o información se halla bajo el control de una parte suele ser notablemente amplia.

Desde un punto de vista práctico, la fase de *discovery* documental suele ser previa a la de las *depositions*. Nada obliga a que así sea y nada impide que una y otra fase puedan solaparse temporalmente, pero se tiende a establecer un protocolo mediante el cual se lleva a cabo la petición documental primero, se busca seguidamente entre la información obtenida y, sobre los resultados, se procede con las *depositions*. En realidad, una parte fundamental de la preparación para una *deposition* es justamente la revisión de los documentos que guardan relación con el declarante y respecto de los cuales se van a querer formular preguntas, obtener aclaraciones, ampliar informaciones, etc.

Como en el caso de las *depositions*, también los terceros pueden ser receptores de una petición de *discovery* documental, si bien en este caso bajo control judicial y mediante el oportuno requerimiento o *subpoena*.

Disputas durante el discovery

Como se ha indicado anteriormente, el *discovery* está configurado para desarrollarse mayoritariamente sin intervención judicial. La excepción, claro está, es el surgimiento de una disputa que las partes no consiguen resolver por sí mismas.

Existen dos instrumentos procesales, dos peticiones que se pueden formular al Juzgado dependiendo de la posición que se ocupe. Por un lado, y desde la perspectiva del solicitante, existe la denominada *motion to compel*. A la inversa, desde la perspectiva del requerido, existe la denominada *protective order*.

En relación con lo primero, si una parte se niega a responder a una petición de *discovery*, el solicitante puede acudir al Juzgado para solicitar que se le obligue a hacerlo mediante la formulación de una *motion to compel*. Será en el trámite de discusión sobre esta *motion* donde cada parte expondrá de manera detallada sus argumentos. Por lo tanto, no es preciso que la negativa a cumplir con una peti-

ción esté perfectamente detallada y argumentada. En realidad, y si se toma el ejemplo de las *depositions*, puede perfectamente suceder que la *motion to compel* no llegue a formularse nunca si, analizadas el resto de respuestas del requirente, termina resultando inútil. Es importante, pues, entender bien que una cosa y otra, que objeción y *motion to compel*, no suceden en unidad de acto. En la práctica, lo máximo que suele hacerse durante una *deposition* es dejar constancia de una determinada protesta mediante la expresión «*objection*» u «*objection to form*». Los abogados no esperan (y no reciben gustosamente) un desarrollo de los motivos en los que dicha objeción se basa. Lo único que hay que hacer es dejar constancia de la protesta e indicar al cliente si puede o no contestar, siendo lo normal indicar al testigo que conteste a pesar de la objeción.

Si, finalmente, la *motion to compel* se interpone y el Juzgado la concede, el requerido debe proporcionar la respuesta correspondiente, ahora ya bajo lo que nosotros llamaríamos apercibimiento judicial, cuyo incumplimiento puede acarrear penas privativas de libertad.

La perspectiva inversa es la del requerido. Puede perfectamente suceder que sea él quien tome la iniciativa y solicite al Juzgado que emita una *protective order*, cuyo contenido puede ser variado, pero que cumple la función básica de proteger al requerido frente al hostigamiento por parte del solicitante con peticiones desproporcionadas e injustificablemente costosas. Mediante estas órdenes, el Juzgado puede llegar a eliminar por completo el *discovery*, o puede limitar su alcance o establecer determinadas condiciones en relación con el tiempo y lugar de su práctica. Constituyen claramente un potente instrumento en manos del juez.

La contrapartida de la órdenes que el Juzgado puede dictar, ya sea como consecuencia de una *motion to compel*, ya sea mediante la correspondiente *protective order*, son las sanciones que puede imponer a las partes en caso de desobediencia. Las sanciones se imponen, claro está, contra la desobediencia a una orden del Juzgado, no a una petición de parte. Ahora bien, si una parte obliga a suspender una *deposition*, o no comparece o desatiende una petición que posteriormente se considera fundada, puede verse después obligada a abonar los gastos soportados por la parte contraria como consecuencia de esta actuación.

El abanico de sanciones que puede imponer el Juzgado en caso de desobediencia es amplio: desde ordenar un archivo del procedimiento hasta consi-

derar admitidas las cuestiones sobre las que se niega respuesta o tenerlas por no suscitadas en los escritos de alegaciones. En el caso más extremo, la parte que no acata una orden del Juzgado se expone a ser declarada en *contempt of Court* y a afrontar condenas de prisión.

La existencia de estas sanciones, junto con la cuasi imposibilidad de que, por razones técnicas, sean revocadas por Tribunales superiores, cumple la evidente función de desincentivar conductas obstruccionistas de las partes.

Críticas

A pesar de que se encuentra profundamente arraigado en la cultura jurídica norteamericana, nadie discute que el *discovery* ha sido objeto también de claros abusos. Las peticiones masivas de documentos o la tendencia a solicitar un gran número, en muchas ocasiones inútil, de *depositions* termina incrementando gravemente los costes del litigio y, por ello, puede llegar a utilizarse como instrumento de presión sobre la parte contraria para forzar un determinado acuerdo. Por un lado, las grandes empresas pueden forzar acuerdos tras ser demandadas por particulares en la medida en que están en mejor disposición para aguantar un largo y costoso proceso de *discovery*. Por otro lado, y a la inversa, una empresa enfrentada con gigantescas peticiones documentales o a interminables series de interrogatorios puede muy bien terminar concluyendo que la transacción es la única alternativa razonable.

No pocos operadores jurídicos han abogado por la necesidad de poner fin a estos abusos, ya sea mediante una limitación cuantitativa de las peticiones de *discovery*, una restricción de su alcance o, en los casos más extremos, propugnando la vuelta a un sistema procesal más al estilo de la Europa continental. Este tipo de críticas ha sido, en realidad, el motor que ha ido impulsando las diferentes reformas de las FRCP. Entre ellas, y notablemente, la implantación de las referidas *protective orders*.

Conclusión

Apuntaba al principio de esta nota que, tal vez, convenía matizar algo las razones de tradición jurídica que ofrecemos para explicar la carencia de un sistema de *discovery*. En lo que a esta diferencia de tradición se refiere, una cita estimulante, y sorprendente por su localización, se encuentra en el docu-

mento número 158 del Grupo del Artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. La página 5 de la versión inglesa de dicho documento, que carece de traducción oficial en castellano, contiene la siguiente reflexión:

«Aside from any data protection issues, it is the contrast between the “opinion of the truth” compared to the “truth and nothing but the truth” that emphasizes the difference between the approach of the civil code and common law jurisdictions to questions of discovery of information including personal data.»

Se comparta o no su contenido, la cita es oportuna por cuanto resalta la importancia de cuestiones que no necesariamente emanan del tenor literal de las normas. Y ello da pie a expresar otra convicción: los sistemas de resolución de disputas y, con ello, cualquier mecanismo específicamente diseñado para la resolución de disputas, dependen un poco de las normas que los configuran y casi todo lo demás de la conducta de los operadores que los ponen en práctica. Por este motivo, como indicaba, tal vez sea bueno prestar atención a estas conductas. Si no, bajo la confortable certeza teórica de que el *discovery* no existe, se pueden perder de vista mecanismos que compensen y equilibren el proceso para el caso de que «algo parecido» termine teniendo lugar.

CRISTIAN GUAL GRAU*

* Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje (Barcelona).