

LA DISTINCIÓN ENTRE ESCLARECIMIENTO PROBATORIO Y ESCLARECIMIENTO PREPARATORIO EN EL PROCESO CIVIL

Thomas Vogt Geisse

Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Chile
thomasvogt@derecho.uchile.cl

RESUMEN: Este trabajo propone adoptar la distinción entre esclarecimiento probatorio y esclarecimiento preparatorio en la reflexión comparada sobre el proceso civil. Se trata de una distinción funcional de normas procesales dirigidas al esclarecimiento de los hechos. Permite identificar normas dirigidas a formar la decisión fáctica del juzgador (esclarecimiento probatorio) y distinguirlas de normas dirigidas a proporcionar a las partes el conocimiento suficiente para comprender la fuerza de sus posiciones y tomar decisiones informadas antes de avanzar a la etapa probatoria (esclarecimiento preparatorio). Se demostrará que la confusión de estas categorías podría llevar una comprensión defectuosa del esclarecimiento preliminar del pre-trial anglosajón. A modo de ilustración, se mostrará que la *Rule 102* de las Reglas Europeas de Proceso Civil ofrece un ejemplo de cómo conservar los beneficios del intercambio de información del *pre-trial* de una forma compatible con la estructura procesal continental.

PALABRAS CLAVE: derecho comparado; proceso civil; acceso a la prueba; Discovery; exhibición de documentos.

THE DISTINCTION BETWEEN PROOF AND PREPARATORY ACCESS TO INFORMATION IN CIVIL PROCEDURE

ABSTRACT: This paper proposes to adopt the distinction between proof and preparatory access to information when taking a comparative approach to civil procedure. Such a distinction provides means for functional differentiation of procedural rules regarding factual decision-making. It also allows identifying rules aimed at the factual decision making by a judge or a jury (proof) as distinctive from rules aimed at providing information to the parties and enabling them to understand the strength of their positions and to make informed decisions on how to further proceed with the case (preparatory access to information). This paper will show how failing to distinguish these two categories can lead to faulty comparative reflections, such as equating the measures of the pre-trial of the common law countries (preparatory tools) and the documentary exhibits of the continental civil procedure (evidentiary tools). By way of illustration, this paper will show that Rule 102 of the European Rules of Civil Procedure is an example of how to preserve the benefits of pre-trial information exchange in a way that is compatible with the continental procedural structure.

KEYWORDS: comparative law; civil procedure; access to evidence; discovery; disclosure of documents.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.— 1. DIFICULTADES DEL ANÁLISIS COMPARADO DEL ESCLARECIMIENTO PROCESAL.— 2. FUNCIONALISMO COMO MÉTODO DE COMPARACIÓN.— 3. LA DISTINCIÓN ENTRE ESCLARECIMIENTO «PROBATORIO» Y ESCLARECIMIENTO «PREPARATORIO»: 3.1. El esclarecimiento probatorio.- 3.2. El esclarecimiento preparatorio.— 4. BENEFICIOS DE DISTINGUIR ENTRE PREPARACIÓN Y PRUEBA.— 5. UN ESCLARECIMIENTO PREPARATORIO CONSISTENTE CON LA TRADICIÓN CONTINENTAL.— CONCLUSIONES.— BIBLIOGRAFÍA.

RECOMMENDED CITATION: THOMAS VOGT GEISSE, 2022: «La distinción entre esclarecimiento probatorio y esclarecimiento preparatorio en el proceso civil», in *Quaestio facti*, 3: 159-173. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. DOI: http://dx.doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i3.22711

INTRODUCCIÓN

En los países de tradición continental, las reformas al proceso civil suelen discutirse con una mirada de reojo hacia el proceso anglosajón. Sus figuras aparentemente novedosas y exitosas —la “teoría del caso”, el “*case management*”, o la “*alternativelappropriate dispute resolution*”— brillan como posibles remedios contra los males que aquejan a procesos continentales en crisis. En materia de determinación de los hechos, el amplio y temprano acceso a la información que permite el *pre-trial discovery* (o instituciones parecidas) seduce con una promesa de eficaz resolución de disputas y el acertado establecimiento de los hechos. Es frecuente que se resalten las bondades del acceso a la información que ofrece el *pre-trial* en contraste con el carácter limitado de procedimientos probatorios continentales.¹ Este artículo

¹ Con distintos matices: en Chile, PEÑA (2017): 79-120; en España, CERRATO (2021): 3-16; en Alemania; KOCH (2013): 224 ss.

mostrará —desde el derecho comparado— que estas comparaciones son apresuradas y una mejor comprensión comparada del esclarecimiento de los hechos en el proceso civil requiere un mayor grado de diferenciación.

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 esencial importancia, ya que las normas procesales solo pueden revelar su sentido si se considera el contexto procedimental en el que operan. Por eso, sin resolver la pregunta sobre la comparabilidad, es imposible evaluar, de forma controlada, las ventajas y desventajas de una regla de esclarecimiento.²

Como aporte a este desafío de transparentar la comparabilidad de normas procesales, ofrezco en este artículo la distinción entre los conceptos de esclarecimiento procesal “probatorio” y “preparatorio”, que considero esencial para el análisis del *discovery* estadounidense, del *disclosure* inglés o de figuras parecidas del *pre-trial* anglosajón. Procederé de la siguiente forma: Primero describiré, a partir de un ejemplo, las dificultades que surgen al comparar normas de esclarecimiento procesal (1). Luego, abordaré el funcionalismo como base metodológica de la comparación en el derecho procesal (2). A continuación, explicaré la diferencia entre esclarecimiento procesal probatorio y preparatorio (3) y los beneficios de esta distinción para la reflexión comparada (4). Finalmente, presentaré la Rule 120 de las European Rules of Civil Procedure de 2021 (ERCP)³ como un modelo de esclarecimiento preparatorio compatible con la tradición continental (5). El artículo cierra con un conjunto de conclusiones.

1. DIFICULTADES DEL ANÁLISIS COMPARADO DEL ESCLARECIMIENTO PROCESAL

La dificultad de comparar normas jurídicas, incluidas aquellas dirigidas al esclarecimiento de los hechos, es que su significado varía según donde el observador fije la mirada. Dependerá de su enfoque si normas de distintos ordenamientos se pueden considerar semejantes o diferentes. Para ejemplificar esto, miremos dos normas específicas provenientes de distintas tradiciones procesales: por un lado, el art. 328 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (LEC), por el otro, la *Rule 34(a)(1)* de las *Federal Rules of Civil Procedure* que rigen el proceso civil federal en los Estados Unidos (FRCP):

Artículo 328 I LEC

² VOGT (2020): 4.

³ ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure (2021), https://www.europeanlaw-institute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf. [consulta: 31 de octubre de 2021]

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

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

FRCP 34(a)(1)(A)

“A party *may* serve on any other party a request within the scope of Rule 26(b): *to produce* and permit the requesting party or its representative to inspect, copy, test, or sample the following *items in the responding party’s possession, custody, or control*: any designated documents or electronically stored information ...”

En cuanto a la extensión de la facultad de exhibición riga la *Rule 26(b)*:

(1) Scope in General. Unless otherwise limited by court order, the scope of discovery is as follows: Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter *that is relevant* to any party’s claim or defense and *proportional* to the needs of the case, considering ...”.

Estas normas procesales, ¿son similares o diferentes? Ambas están dirigidas a lograr algún tipo de esclarecimiento de hechos relevantes para el proceso. Ambas consagran la facultad de una parte (“podrá”, “*may*”) de solicitar acceso a una fuente de información en control de la contraparte. ¿Esas similitudes bastan para afirmar que pertenecen a una misma categoría?

Si tomamos distancia de esa similitud inmediata y miramos su función dentro del contexto procesal, aparece una diferencia determinante. El art. 328 I se ubica en el capítulo VI del Libro II de la LEC que trata los “medios de prueba”. La exhibición ahí regulada se entiende como operación probatoria, en el sentido que permite suministrar una base para la decisión del tribunal sobre la ocurrencia de los hechos. La FRCP 34, en cambio, opera antes de cualquier etapa probatoria – en general, antes siquiera de designarse el órgano que decidirá sobre la *quaestio facti*. Esto demuestra que tiene una función completamente distinta a la función probatoria del art. 328 I LEC. Es parte de una fase preliminar (el “*pre-trial discovery*”) de intercambio de información con el fin de que las *partes*, y no un tribunal, adquieran un conocimiento más acabado sobre la fuerza relativa de sus posiciones en miras a una eventual etapa probatoria. Su función no es aportar a una cognición autoritativa por parte del tribunal, sino a una prognosis de las partes sobre el futuro desarrollo del proceso.⁴ A partir de aquí ya podemos apreciar que nos falta una distinción en lo que respecta al esclarecimiento procesal de los hechos. Pero antes de desarrollarla, conviene exponer algunos aspectos metodológicos.

⁴ Detalles sobre esta función de esclarecimiento preparatorio en los procesos civiles del *common law*, VOGT (2020): 42-79.

2. FUNCIONALISMO COMO MÉTODO DE COMPARACIÓN

La reflexión precedente nos lleva a preguntas sobre el método funcional de derecho comparado —en la versión desarrollada por ZWEIGERT y KÖTZ en los años noventa⁵— aplicado al ámbito del derecho procesal. Según esta doctrina, el trabajo de comparación presupone la definición de un problema común a comparar. Este problema funge como *tertium comparationis*.⁶ Permite identificar las normas que los ordenamientos prevén para regularlo y estas serán comparables en la medida que cumplen esa función, en calidad de equivalentes funcionales.⁷ La idea central es que es preferible que figuras jurídicas de distintos ordenamientos no se comparen como abstracciones, sino que en función de un problema previamente definido.⁸ Para identificar funciones comunes, estos autores recomiendan presumir la similitud de problemas en los distintos ordenamientos.⁹ Este funcionalismo también ha sido considerado adecuado para la comparación de derecho procesal.¹⁰

La amplia acogida de este método funcional generó críticas que, en lo más relevante, denuncian el sesgo nacional o eurocentrista que promueve la presunción de similitud que los autores proponen para identificar problemas comunes.¹¹ Estas críticas solo prosperaron en el sentido que impulsaron correcciones al método. Según versiones actuales del funcionalismo, la identificación del problema y de la función debe ser un resultado, no de presumir similitud, sino de operaciones más complejas. Según una opinión, se debe seguir un conjunto de pasos hermenéuticos que permitan un ir y venir de la mirada comparativa.¹² Según otra, se debe resaltar que cada función que se fije da cuenta de solo una de varias posibilidades de entender una norma, resaltando el método como una propuesta de interpretación funcional, sin pretensión de verdad.¹³

Según este funcionalismo interpretativo, se sugiere proceder según los siguientes pasos.¹⁴ En primer lugar, se debe interpretar el derecho desde una perspectiva funcional, esto es, como respuesta a un problema definido con más o menos precisión. A partir de esta función será posible, en un segundo paso, “generar comparabilidad”

⁵ ZWEIGERT y KÖTZ (1998).

⁶ Categoría indispensable en toda ciencia comparada, JANSEN (2019): 295.

⁷ ZWEIGERT y KÖTZ (1998): 40.

⁸ ZWEIGERT y KÖTZ (1998): 38 s.

⁹ ZWEIGERT y KÖTZ (1998): 45.

¹⁰ GOTTWALD (2005): 231; STÜRNER/STADLER (1995): 265.

¹¹ Una exposición detallada de las múltiples críticas en KISCHEL (2015): 95-108. Uno de los críticos más destacados es Pierre Legrand, en cuanto resalta que el poder discursivo del observador convierte el ejercicio de comparación en una imposición etnocentrista, LEGRAND (2003): 255.

¹² KISCHEL (2015): 164 ss.

¹³ MICHAELS (2019): 386.

¹⁴ Siguiendo a MICHAELS (2019): 386-388.

identificando equivalentes funcionales. La identificación de equivalentes funcionales envuelve una propuesta de tratar normas como comparables para aportar a su mejor comprensión.¹⁵ Este paso es importante, porque es sobre esta base de equivalencia funcional que posteriormente, en un tercer paso, los equivalentes se comparan según un criterio adicional, que puede ser histórico, económico, filosófico o institucional, según el enfoque que le quiera dar cada autor.¹⁶ En este último paso se pueden hacer juicios de calidad, por ejemplo, sostener que una norma es mejor que otra desde un punto de vista económico o filosófico.

La distinción que propongo pretende facilitar el segundo de estos tres pasos al momento de comparar normas de esclarecimiento procesal. Sirve para identificar equivalentes funcionales de forma que la comparación permita conclusiones más precisas. Se basa en la premisa que en materia procesal la comparación es más reveladora si los equivalentes funcionales se definen incorporando, en la mayor medida posible, el contexto procesal. Para comparar el proceso como “experiencia situativa”¹⁷ es necesario, tal vez más que en otras materias, ir más allá de los conceptos extraídos del tenor de las normas y mirar, a la vez, la estructura particular de los procesos en los que se aplican. Como veremos, la distinción entre preparación y prueba que propongo a continuación facilita la integración del contexto al definir los equivalentes funcionales.

3. LA DISTINCIÓN ENTRE ESCLARECIMIENTO «PROBATORIO» Y ESCLARECIMIENTO «PREPARATORIO»

Ahora, con estas ideas sobre el método funcional en mente, podemos volver a la comparación del art. 328 I LEC y la FRCP 34 considerando los pasos explicados arriba: (i) proponer una función desde un problema común, (ii) identificar de equivalentes funcionales, (iii) comparar normas equivalentes y, eventualmente, hacer un juicio de calidad.

Entonces, en primer lugar, todo proceso civil se enfrenta a la necesidad de esclarecer hechos inciertos para una acertada aplicación del derecho civil (problema común) y, por lo tanto, podemos identificar una función de normas procesales que buscan el esclarecimiento de los hechos (función común). En segundo lugar: una forma de cumplir esta función es mediante normas que obligan a revelar (esto es, individualizar y, eventualmente, producir) documentos. Por tanto, podemos interpretar, tanto el art. 328 I LEC como la FRCP 34 en clave de dicha función de esclarecer los hechos en el proceso y concluir que son comparables, es decir, equivalentes fun-

¹⁵ MICHAELS (2019): 387.

¹⁶ *Loc. cit.*

¹⁷ STÜRNER y STADLER (1995): 281.

cionales como herramientas de esclarecimiento. Desde aquí se podría, en un tercer paso, hacer un juicio de valor respecto a su calidad, por ejemplo, como herramienta para el establecimiento de la verdad (si interesa la calidad epistémica de la sentencia), o como herramienta para promover acuerdos (si interesa la aptitud del proceso de promover la autocomposición), o desde el punto de vista de los costos, etc.

Como ya adelanté bajo I., considero que aquí el segundo paso expuesto —el establecimiento de la equivalencia— resulta algo apresurado. Como mostraré a continuación, es conveniente incluir el contexto procesal antes de fijar la equivalencia de una norma y proceder a la comparación. La distinción que propongo, entre esclarecimiento probatorio y preparatorio, facilita la incorporación de ese contexto. Permite hilar más fino, ya que subdivide la función genérica “esclarecer hechos en el proceso” en dos categorías funcionales más específicas que permiten identificar con una mayor precisión normas de esclarecimiento equivalentes.

3.1. El esclarecimiento probatorio

Por un lado, todo proceso civil prevé una etapa de esclarecimiento *probatorio* identificable por su orientación hacia la comprobación de los hechos por parte del juzgador. Esta 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.¹⁸ A esta categoría pertenece art. 328 I LEC recién citado. Estas normas pueden variar considerablemente según tradición jurídica: en el *common law* se desenvuelven en el marco de un *trial* – una audiencia pública de funcionamiento bipartido y estrictamente concentrada; en la tradición continental, en cambio, la actividad probatoria se produce en una audiencia de juicio unipolar y con flexibilidad para reagendar sesiones y profundizar en la averiguación de lo ocurrido.¹⁹ Por lo mismo, las normas probatorias de distintas tradiciones pueden tener un contenido muy diferente a primera vista, como demuestra la práctica del *cross-examination*, muy distinta a la interrogación judicial típica de los procesos de tradición continental. No obstante, se deben mirar como equivalentes funcionales en cuanto cumplen la misma función probatoria, esto es, una acertada cognición judicial.

3.2. El esclarecimiento preparatorio

El esclarecimiento *preparatorio* tiene una función distinta. No va dirigido al tribunal, sino a las partes. Su finalidad es que estas puedan tomar decisiones informadas

¹⁸ Considero que esto es lugar común. Mayor detalle en VöGT (2020): 18 ss.

¹⁹ P. ej., DAMAŠKA (1997) y LANGBEIN (1985): 823-866. Todo esto sin perjuicio de tendencias convergentes, vid. párrafos 12 y 13 del preámbulo de las ERCP.

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 (esclarecimiento pre-probatorio). En todo caso, este tipo de esclarecimiento no es funcional a la toma de decisión del juzgador, sino a una mayor autonomía de las partes en el ejercicio de sus facultades. Está dirigido a facilitar su decisión sobre si conviene seguir adelante con el proceso y, en caso afirmativo, la decisión sobre la extensión y los términos en los cuales se someterá a prueba la disputa.

Estos “términos” no son definibles en abstracto. Depende de cómo está regulada la prueba en un ordenamiento específico. Serán diferentes, según si la prueba se desarrolla en un trial o en una audiencia de estilo continental. En el primer caso, el esclarecimiento preparatorio está dirigido a generar un *prima facie case* susceptible de ventilarse en un trial de funcionamiento bipolar y concentrado. Cada parte debe estar en condiciones de elaborar una *teoría del caso* con antelación al trial, en que incorpore el *case law* que considera aplicable y contenga un contraste persuasivo frente al caso de la contraparte.²⁰ Esto presupone que las partes puedan acceder a todos los antecedentes del conflicto, lo que a su vez exige amplios derechos de esclarecimiento preparatorio en la fase del *pre-trial (discovery)*. Esta necesidad de diseñar un caso *prima facie* para optar a un trial explica la existencia de un conjunto de facultades de investigación privadas (FRCP 30-36) destinadas, no solo a revelar fuentes relevantes de información, sino a averiguar la existencia de fuentes potencialmente relevantes en el control de la contraparte. Solo así se asegura que cada parte pueda construir, con autonomía, una versión del caso con expectativa de éxito en un trial. Esto explica también que el acceso proceda según un amplio criterio de relevancia, limitado solamente por consideraciones de proporcionalidad a las necesidades de la causa (ver FRCP 26(b), transcrita arriba). Esta etapa de esclarecimiento privado pre-probatorio corresponde a una decisión del sistema que apuesta a que, bajo los incentivos adecuados, las partes están en mejores condiciones de seleccionar el nivel óptimo de información necesaria para resolver el asunto.²¹

En el modelo de tradición continental, en cambio, el esclarecimiento preparatorio tiende a ser prescindible. En el proceso continental, la fase probatoria no se orienta en dos versiones opuestas del caso, sino en una controversia respecto de *afirmaciones* sobre hechos jurídicamente relevantes aportadas por las partes en sus escritos de discusión (demanda, contestación, etc.). Esto se debe a que la decisión sobre los hechos se orienta en las normas jurídicas abstractas de los códigos, y no, como en el *common law*, en una selección de precedentes propuesta por cada una de las partes para su

²⁰ ANDERSON, SCHUM y TWINING (2005): 153.

²¹ NANCE (2016): 190-192.

versión del caso.²² En efecto, en el continente no tiene sentido desarrollar “teorías del caso” (en su sentido propio). El litigante continental persuade —no destilando argumentos desde precedentes— sino demostrando que las afirmaciones sobre hechos que alega permiten subsumirse bajo las normas legales que invoca a su favor.

No cabe duda de que también para el litigante del continente es deseable tener toda la información disponible y así estar en condiciones de evaluar sus expectativas de éxito antes de recibirse la causa a prueba, especialmente en los ordenamientos que prevén la condena en costas al litigante derrotado. Pero el acceso pre-probatorio a la información no es, como en el common law, condición indispensable para que la parte pueda acceder a la etapa probatoria y comprobar su versión de los hechos.²³ En un proceso civil continental, la parte puede solicitar diligencias probatorias sin saber con exactitud qué resultado van a arrojar; y si su práctica da cuenta de la necesidad de someter a prueba nuevos hechos relevantes (por ejemplo, tras conocer el resultado de una pericia o de una declaración de testigo), en general se permite agendar una sesión adicional y continuar la audiencia de prueba en una fecha posterior si es necesario para una acertada decisión judicial.²⁴ Eso puede explicar que el derecho procesal continental tradicionalmente solo ofrezca escasas oportunidades, reguladas como medidas prejudiciales, para que los litigantes puedan acceder a información para su propia toma de decisión.

4. BENEFICIOS DE DISTINGUIR ENTRE PREPARACIÓN Y PRUEBA

Aplicando la distinción recién desarrollada, cambia la forma de comprender el art. 328 I LEC y la FRCP 34(a)(1). Estas normas, que a primera vista eran equivalentes funcionales, dejan de serlo. Vistas desde nuestra óptica, la primera resulta ser una norma de esclarecimiento probatorio, mientras que la segunda es de esclarecimiento preparatorio. Para comparativistas continentales, la distinción exige dejar de ver el *discovery* y otros sistemas de esclarecimiento preliminar del *pre-trial* anglosajón como figuras relacionadas con el derecho probatorio y la cognición judicial.

²² Al respecto VOGT (2020): 42 ss. Obviamente se pueden hacer matices en este punto, resaltando que también el “precedente” continental influye en las decisiones de los litigantes y que también el derecho anglosajón está regulado por normas abstractas consagradas en *statutes*. Para mayor claridad omito las discusiones sobre una supuesta convergencia entre las tradiciones jurídicas cuanto al sistema de fuentes. En todo caso, creo que las diferencias en regulación y funcionamiento de los procesos civiles que describo demuestran las diferencias que aún subsisten en la argumentación jurídica entre un sistema de *case law* y otro de derecho codificado.

²³ En los procesos civiles de Inglaterra y los EE.UU. el litigante que no logra armar un caso *prima facie* a favor de su versión de los hechos puede ser derrotado sin necesidad de un *trial*, como consecuencia de un *summary judgement*.

²⁴ Al menos en su versión tradicional, VOGT (2020): 33 s., sin perjuicio de esfuerzos para una mayor concentración en varios ordenamientos nacionales de tradición continental.

En esta línea, el beneficio de la distinción es que previene la confusión del *pre-trial discovery* o *disclosure* con normas probatorias. Esto es importante, porque la confusión podría llevar a entender que el intercambio de información del *pre-trial* es, a la vez, información que se exhibe al tribunal y aporta así a una mejor toma de decisión por el tribunal. Esto no es así. A pesar de ordenar la producción de fuentes de información, el *discovery* opera en un ámbito funcionalmente distinto al de la rendición de pruebas. El acceso a información que concede el *discovery* está dirigido exclusivamente a la cognición privada preparatoria; las exhibiciones documentales del proceso de tradición continental, en cambio, están reguladas como aportes probatorios, es decir, aportes a la cognición del tribunal.

La distinción explica que el *discovery* pueda producir un volumen de información que, como producción probatoria, sería impensable. Según datos de 2008, en las causas de grandes empresas que llegan a juicio se intercambia un promedio de aproximadamente 5 millones de páginas por causa,²⁵ y los volúmenes van en aumento exponencial.²⁶ Un tribunal no estaría en condiciones de valorar racionalmente la cantidad de información que ingresaría al juicio en virtud del amplio criterio de relevancia que admite el *discovery*.²⁷ Por cierto, estos números astronómicos —hay que imaginarse una biblioteca de 5000 libros de 1000 páginas cada uno— se refieren a casos complejos y muestran el lado más extremo de la litigación civil. Pero deja de manifiesto la función que cumple la figura. Al tratarse un instrumento de esclarecimiento preparatorio, la información revelada en el *discovery* queda a disposición de las partes, con el fin que estas efectúen una selección de lo relevante y diseñen su versión del caso. De hecho, el mismo estudio indica que de los millones de páginas exhibidas en el *discovery* solo 0,1% se utilizan para efectos de probar los hechos en juicio.²⁸ Solo esa pequeña fracción se presenta al juzgador en el trial para su valoración.

La función preparatoria del *discovery* es consistente con cómo se organiza y financia la abogacía en los EE.UU. Es común que los abogados se asocien como grandes empresas con amplio personal de apoyo. A modo de referencia: en los EE.UU. existen 94 estudios jurídicos que emplean a más de 500 abogados (año 2018).²⁹ En Alemania, solo tres estudios llegan a semejantes dimensiones (año 2019/2020).³⁰ En casos complejos, la labor de análisis del producto del *discovery* puede llegar a costar

²⁵ La cifra exacta es 4980441 páginas, *vid.* Litigation Cost Survey of Major Companies (2010): 3. https://www.uscourts.gov/sites/default/files/litigation_cost_survey_of_major_companies_0.pdf. [consulta: 31 de octubre de 2021]

²⁶ ARMOUR, PARNHAM y SAKO (2020): 20.

²⁷ Una explicación considerando las normas de exhibición del proceso civil alemán, VOGT (2020): 71.

²⁸ Litigation Cost Survey of Major Companies (2010), *loc. cit.*: “The ratio of pages discovered to pages entered as exhibits is as high as 1000/1. In 2008, on average, 4,980,441 pages of documents were produced in discovery in major cases that went to trial – but only 4,772 exhibit pages actually were marked.”

²⁹ <https://www.ilrg.com/nlj250/attorneys/desc/2>. [consulta: 31 de octubre de 2021]

³⁰ <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/191422/umfrage/die-groessten-kanzleien-in-deutschland-nach-anzahl-der-anwaelte/>. [consulta: 31 de octubre de 2021]

varios millones de dólares.³¹ ¿Quién la financia? Los clientes corporativos pueden internalizar estos costos, los demás deben buscar financiamiento en el mercado crediticio o, si se trata de un demandante, delegar la búsqueda de financiamiento al estudio de abogados prometiéndole a cambio un porcentaje de la eventual ganancia obtenida en virtud de un acuerdo o veredicto favorable. En este escenario, los abogados asumen el rol de agentes comerciales en búsqueda de terceros dispuestos a cofinanciar su cartera de causas (“*portfolio funding*”).³²

Estas reflexiones ilustran por qué en países de tradición continental, en general ajenos a la idea que el levantamiento privado de información es parte estructural de la litigación, es difícil de concebir un *discovery* u otro modelo de facultades privadas de esclarecimiento con un amplio criterio de acceso. Incluso cuando el proceso civil continental contempla normas de esclarecimiento preparatorio, lo hace regulando medidas prejudiciales concretas, limitadas a fines específicos (prueba anticipada y exhibición de ciertas categorías de documentos para facilitar la preparación de la demanda).

Las diferencias entre el esclarecimiento preparatorio del *pre-trial* y el procedimiento probatorio del continente parecen no haber permeado aún en el pensamiento procesal hispanoparlante. A modo de ejemplo, un reciente artículo³³ considera equivalentes funcionales la exhibición documental de terceros de la LEC con las reglas de *disclosure* de las Civil Procedure Rules (CPR) que rigen el proceso civil de Inglaterra y Gales. Si incorporamos nuestra distinción, vemos que esta equivalencia no puede ser muy fructífera, ya que las normas probatorias de la LEC están dirigidas a la cognición judicial, mientras que las normas de las CPR están dirigidas a dar acceso a información a las partes en el *pre-trial*, antes de una etapa probatoria. De haberse valido de la distinción aquí presentada, la autora se hubiese abstenido de afirmaciones del tipo “[l]as dos instituciones procesales [la exhibición documental de la LEC y el *disclosure* de las CPR] se desarrollan estrictamente en sede de prueba documental”.³⁴ Aunque sus descripciones de las normas del *disclosure* son rigurosas, la autora no repara en que tienen una función distinta a las normas de prueba. Al igual que el *discovery*, el *disclosure* no busca una comprobación judicial de lo ocurrido, sino facilitar decisiones preparatorias de los litigantes. La confusión del ámbito preparatorio y probatorio la hace llegar a un juicio de valor muy divulgado en el derecho procesal comparado, pero, en mi opinión, apresurado:³⁵ “De ello se desprende que el sistema anglosajón es más garantista en este extremo por cuanto apuesta por la incorporación al proceso de todos los elementos probatorios”.³⁶ Esta afirmación es, en el mejor de los casos, incompleta. No aclara el fin para el cual el sistema an-

³¹ Litigation Cost Survey of Major Companies (2010): 15.

³² STEINITZ (2019): 1085 s.

³³ CERRATO (2021): 3-16.

³⁴ CERRATO (2021): 13.

³⁵ Para críticas a académicos alemanes que incurren en el mismo error, VOGT (2020): 132-136.

³⁶ CERRATO (2021): 14.

glosajón permite una mayor amplitud en el esclarecimiento. Las normas de *disclosure* están dirigidas a asegurar que *las partes* conozcan la fuerza relativa de su postura y de la postura de la contraria y puedan así seleccionar los elementos probatorios que les conviene usar frente al juzgador en un eventual trial. Sin embargo, un amplio esclarecimiento preparatorio no necesariamente garantiza una cognición judicial acertada, conforme a la verdad. La selección de las partes tenderá a ser incompleta y solo capaz de reflejar dos versiones extremas de lo ocurrido, ya que se adapta a la teoría del caso que cada parte formulará en contraste con la postura contraria. TARUFFO reconoció este punto con notable agudeza al advertir que los procesos adversariales anglosajones no son adecuados para la averiguación de la verdad. Refiriéndose a los instrumentos del *discovery*, explica:

Es necesario tener en cuenta que estos instrumentos están dirigidos a hacer que *las partes* (no el juez) puedan tomar conocimiento de las pruebas de las que disponen las contrapartes; sin embargo, no necesariamente todas estas pruebas son efectivamente practicadas en el *trial* (entre otras razones, porque también pueden ser objeto de *discovery* pruebas inadmisibles). Por consiguiente, 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 hechos.³⁷

La necesidad de distinguir entre esclarecimiento probatorio y preparatorio en el derecho procesal comparado también se puede ver como una consecuencia de esta observación.³⁸

5. UN ESCLARECIMIENTO PREPARATORIO CONSISTENTE CON LA TRADICIÓN CONTINENTAL

Como ya se mencionó, en el proceso de tradición continental la etapa probatoria se activa controvirtiendo afirmaciones sobre hechos jurídicamente relevantes. A partir de estas afirmaciones controvertidas se puede practicar un esclarecimiento “profundo”, mediante diversas diligencias probatorias. Esto torna estructuralmente prescindible un esclarecimiento pre-probatorio. Sin embargo, también en estos procesos puede ser beneficioso que las partes, antes de la etapa probatoria, puedan acceder a las fuentes en manos de la contraparte para un conocimiento acabado de los hechos. Este conocimiento podría evitar procesos, promover salidas mediante acuerdo evitando la costosa etapa probatoria o, al menos, limitar la actividad probatoria mediante una mayor precisión de los hechos controvertidos. La distinción entre preparación y prueba nos permite orientar cómo incorporar al proceso civil continental los beneficios del *discovery* —esto es, la promoción de acuerdos, delimitación eficaz de la disputa y eliminación de sorpresas que puedan alargar un juicio— sin

³⁷ TARUFFO (2010): 129, nota 206.

³⁸ Esto independientemente de la discusión sobre la aptitud de cada tipo de esclarecimiento de promover una decisión judicial conforme a la verdad.

alterar el derecho probatorio ni anteponer una etapa de esclarecimiento sin bordes, incompatible con la tradición continental.

Pese a su antigüedad, sigue siendo referente en esta materia la propuesta de *Rolf Stürner* de 1976. Propone consagrar un deber de esclarecimiento prejudicial de ambas partes, fundado en el postulado que cada parte de un proceso futuro tiene el deber de revelar a la contraria la información y las fuentes en su poder, en la medida que la contraparte se encuentre en desconocimiento inimputable.³⁹ Su base dogmática estaría en la idea que —como efecto anticipado— la relación jurídico procesal impone a cada persona un deber de hacer lo posible para evitar procesos innecesarios.⁴⁰ Dado que el acceso a información tiene la aptitud de hacer prescindible un proceso, sería razonable asumir un deber de esclarecimiento prejudicial dentro de ciertos márgenes. Para evitar el costo excesivo y uso abusivo de las solicitudes de información, STÜRNER propone delimitarlas exigiendo subsidiaridad y plausibilidad.

La subsidiaridad dispone que si el interesado está en condiciones de obtener por su cuenta la información, no tiene derecho a obtenerla de otra persona. Esto evita que se use solo para liberarse de los costos de levantar la información.

La plausibilidad busca evitar el uso frívolo de este derecho, exigiendo cierto grado de verosimilitud del relato que se acompaña a la solicitud. Este debe contener indicios que muestren una razonable posibilidad de que se haya configurado el derecho que se pretende hacer valer.⁴¹

El requerido que no cumple con este deber de información se arriesga, como sanción, a soportar las costas en un proceso posterior, si aparece que este se podría haber evitado transparentando las posiciones (independientemente del resultado del proceso).⁴²

Desarrollos posteriores han precisado algunos de estos elementos para un acceso temprano a la información, buscando una fórmula compatible con la estructura del proceso continental y sus instituciones. El resultado de estos esfuerzos ha quedado plasmado en la ERCP 102.

Rule 102. Relevant Criteria where an application for access to evidence is made

(1) A party or prospective party applying for an order for access to evidence must

(a) identify, as accurately as possible in the light of the circumstances of the case, the specific sources of evidence to which access is sought, or alternatively

(b) identify closely defined categories of evidence by reference to their nature, content, or date.

³⁹ STÜRNER (1976): 274.

⁴⁰ STÜRNER (1976): 269 s., generalizando la idea detrás del § 93 de la ZPO que, en caso de allanarse el demandado, transfiere al demandante las costas del litigio en la medida que el demandado “no haya provocado, mediante su conducta, la necesidad de presentar la demanda”. Considera que aquí hay una sanción al demandante que interpone demanda sin informar previamente al demandado la razón de su pretensión, generando gastos innecesarios (269).

⁴¹ STÜRNER (1976): 277, 123.

⁴² STÜRNER (1976): 284.

(2) *An application must satisfy the court of the plausibility of the merits of the applicant's claim or defence by demonstrating that*

(a) *the requested evidence is necessary for the proof or proposed proof of issues in dispute in proceedings or in contemplated proceedings;*

(b) *the applicant cannot otherwise gain access to this evidence without the court's assistance; and*

(c) *the nature and amount of evidence subject to the application is reasonable and proportionate. For this purpose the court will take into account the legitimate interests of all parties and all interested non-parties.*

(3) *If an application for access to evidence is made prior to the commencement of proceedings, the applicant must indicate with sufficient precision all elements necessary to enable the court to identify the claim for relief which the applicant intends to make.*

(4) *The court may not grant any application under this Rule which involves a vague, speculative, or unjustifiably wide-ranging search for information.*

Esta regla no está dirigida a la toma de decisión del tribunal (prueba), sino que de las partes (preparación). Propone una regulación de esclarecimiento preparatorio, tanto pre-probatorio como prejudicial.

Para evitar los abusos y costos excesivos de la *discovery* y *disclosure*, requiere la máxima especificidad posible de los ítems solicitados (ERCP 102(1)), además de plausibilidad (ERCP 102(2)) demostrando necesidad (1.), subsidiaridad (2.) y proporcionalidad (3.) de la solicitud. En caso de una solicitud prejudicial, esto es, anterior a la demanda y, por tanto, a los relatos de los escritos de la fase de discusión, la norma exige suficiente precisión del derecho que el solicitante pretende hacer valer (ERCP 102(3)). La norma cierra con un requisito negativo: la ausencia de vaguedad, especulación o amplitud injustificada de la solicitud (ERCP 102(4)). Vemos aquí una propuesta de un modelo de esclarecimiento preparatorio continental. No va dirigido a la prueba judicial de los hechos, sino a una toma de decisión de las partes. En este sentido es funcionalmente equivalente al *discovery*, pero presenta una regulación acorde con la estructura de procesos de tradición continental.

CONCLUSIONES

En este trabajo he propuesto la distinción entre esclarecimiento probatorio y esclarecimiento preparatorio para enriquecer los debates comparados sobre el acceso a la información y a la prueba en el proceso civil. Su base metodológica es la comparación funcional interpretativa, ajustada a las exigencias del derecho procesal como objeto de estudio comparado. La disciplina del derecho procesal comparado exige considerar el contexto procesal de cada ordenamiento o tradición jurídica. Para incorporar este contexto en la comparación de normas de esclarecimiento procesal debemos diferenciar dos categorías funcionales. Por un lado, se deben identificar aquellas dirigidas a una acertada decisión del juzgador de hechos; las llamé normas de esclarecimiento probatorio. Estas se diferencian de normas dirigidas a las partes y a sus abogados para un acabado conocimiento de su posición con anterioridad a la prueba y una mejor toma de decisiones respecto a cómo seguir adelante con la

causa. Las llamé normas esclarecimiento preparatorio. Esta diferencia funcional permite una mejor comprensión de las normas de esclarecimiento procesal en cuanto evita una inerte comparación entre normas probatorias continentales con normas de esclarecimiento del *pre-trial* anglosajón, que son propias de una cultura procesal y organización de la abogacía no replicable en el continente. Sus beneficios, sin embargo, se pueden asegurar mediante un modelo de esclarecimiento preparatorio compatible con los procesos civiles de tradición continental, para lo que la ERCP 102 ofrece un buen punto de referencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, T., SCHUM, D., TWINING, W., 2005: *Analysis of Evidence*, 2a Ed., Cambridge/New York: Cambridge University Press..
- ARMOUR, J.; PARNHAM, R.; SAKO, M., 2020, "Augmented Lawyering", en: *European Corporate Governance Institute - Law Working Paper 558/2020*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3688896
- CERRATO, E., 2021, "Análisis de la exhibición documental de terceros y la *disclosure against a person not a party* en el proceso civil", *Revista Ius et Praxis*, 27, N. 1: 3-16.
- DAMAŠKA, M., 1997, *Evidence Law Adrift*, New Haven/London: Yale University Press.
- GOTTWALD, P., 2005, "Zum Stand der Zivilprozessrechtsvergleichung", en: Bachmann, B. et al. (Eds.), *Grenzüberschreitungen – Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und Schiedsgerichtsbarkeit. Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck: 227-245.
- JANSEN N., 2019, "Comparative Law and Comparative Knowledge", en: REINMANN M.; ZIMMERMAN R. (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2a Ed., Oxford/New York: Oxford University Press.
- KISCHEL, U., 2015, *Rechtsvergleichung*, München: C.H.Beck.
- LANGBEIN, J., 1985, "The German Advantage in Civil Procedure", en: *The University of Chicago Law Review*, Vol. 52, N° 4, 823-866.
- LEGRAND, P., 2003, "The Same and the Different", en: LEGRAND, P., MUNDAY, R. (Eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge: Cambridge University Press, 240 – 311.
- MICHAELS, R., 2019, "The Functional Method of Comparative Law", en: REINMANN M.; ZIMMERMAN R. (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2a Ed., Oxford/New York: Oxford University Press.
- NANCE, D., 2016, *The Burdens of Proof – Discriminatory Power, Weight of Evidence, and Tenacity of Belief*, Cambridge University Press, Cambridge.
- PEÑA MARDONES, C., 2017, "Traduciendo el *discovery* al *civil law* chileno: Su aporte a los procesos de reforma procesal civil", en: *Revista Ius et Praxis*, 23, N. 2: 79-120.
- STEINITZ, M., 2019, "Follow the Money? A Proposed Approach for Disclosure of Litigation Finance Agreements", *UC Davis Law Review*, 53: 1073-1116.
- STÜRNER, R., 1976, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tübingen: JBC Mohr.
- STÜRNER, R., STADLER, A., 1995, "Eigenarten der Prozeßrechtsvergleichung", en: GILLES, P. (Ed.), *Transnationales Prozessrecht*, Baden-Baden, 263-292.
- TARUFFO, M., 2010: *Simplemente la verdad – el juez y la construcción de los hechos* (trad. Accatino, D.), Madrid: Marcial Pons.
- VOGT GEISSE, T., 2020, *Aufklärung und Informationskontrolle im Zivilprozess. Eine vergleichende Studie zum deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H., 1998, *Introducción al derecho comparado*, Oxford/México: Oxford University Press.

