

LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS EN EL DERECHO GRIEGO, ESTADOUNIDENSE E INGLÉS. UNA APROXIMACIÓN COMPARADA A LOS ASPECTOS PROCESALES DE LA INSTITUCIÓN

Iordanis MICHAILIDIS

Doctorando en Derecho Procesal Civil
Becario del Research Promotion Committee
Faculty of Law
Aristotle University of Thessaloniki
iordanismichailidis@hotmail.com

RESUMEN

Este trabajo pretende ofrecer una visión general de la exhibición de documentos en el ordenamiento procesal civil griego, como mecanismo independiente en el ámbito probatorio, que facilita en cierta medida que las partes enfrentadas en un proceso civil puedan ampliar su material probatorio bajo condiciones de reciprocidad en cuanto al intercambio (distribución) de información. Se incluye un breve análisis de su marco legal para ilustrar su aptitud como medio expeditivo para corregir la asimetría informativa entre las partes, inherente a todo proceso civil y que, en algunos casos, resulta exagerada. No obstante, la estructura del proceso civil griego, fuertemente dominado por el principio dispositivo, aunque parece generoso en la atribución de amplios poderes de dirección al tribunal, reconoce un margen relativamente estrecho para una actuación de oficio en este ámbito. En este contexto, una de las principales cuestiones que se plantean consiste en mantener el frágil equilibrio que existe entre la urgente necesidad de colmar los vacíos probatorios —algo incongruente con las tendencias doctrinales encaminadas a promover la averiguación de la verdad material en los procesos civiles— y el respeto a los principios dispositivo y de aportación de parte, que hacen recaer como regla sobre las partes la carga de acceder a la prueba documental. A partir de aquí, el trabajo resalta los rasgos básicos de esta institución en el marco jurídico de algunos países de la tradición de la common law. Los principales aspectos de la identificación y adquisición de pruebas en la fase inicial del proceso al amparo de los ordenamientos estadounidense e inglés, en especial a través de la exhibición documental, permite llegar a la conclusión de que, a pesar del notable fomento de la convergencia entre tradiciones jurídicas que se ha experimentado en las últimas décadas, el principal motivo de diferenciación entre ellas radica en las diferentes mentalidades jurídicas, que repercuten también en la diversa manera de enfocar la litigación.

Palabras clave: exhibición documental, asimetría probatoria, aportación de documentos (Derecho estadounidense), *pre-trial discovery*: puesta en conocimiento de documentos (Derecho inglés).

ABSTRACT

The current piece of work aims at offering an overview to file display in Greek Civil Law, as an independent tool within the field of supporting evidence, which somehow helps opposite parties in civil proceedings better their evidence, under reciprocity requirements regarding the exchange (handing out) of information. It includes a brief analysis of its legal frame in order to prove its ability as an efficient way to improve the media imbalance between the parties typical of civil proceedings which is sometimes just over the top. Nevertheless, the foundations of Greek Civil Law, mainly dominated by the principle of Law, even if it exceeds at empowering the court tackle, it welcomes a relatively limited margin toward public intervention in this field. Within this context, one of the main issues which arises consists of keeping the brittle balance existing between the urgent need to fulfil evidence void—which is incongruous with doctrine trends aiming at promoting findings of evidence truth in civil proceedings—and the respect to the principle of law and party contribution assessment, which infringe on the parties the burden to have access to file evidence. From then on, this piece of work points out the main features of such institution within the legal frame of some countries within common law systems. The main points to identify and for evidence gathering at the beginning of the proceedings under UK and US systems, particularly through file display, let us conclude that, in spite of a remarkable promotion of alignment between legal traditions experienced in the last decades, the main reason to distinguish them stays in the various legal mindsets, which also have an impact on the different way in which litigation is approached.

Keywords: Evidence Display; Evidence Assymetry; File Gathering (US Acts); Pre-trial Discovery; File Disclosure (British Law).

ZUSAMMENFASSUNG

Dieses Papier soll einen Überblick über die Vorlage von Dokumenten im griechischen Zivilprozesssystem als unabhängigen Mechanismus im Bereich der Beweisführung geben, der es den an einem Zivilprozess beteiligten Parteien bis zu einem gewissen Grad erleichtert, ihr Beweismaterial unter den Bedingungen der Gegenseitigkeit in Bezug auf den Austausch (die Verteilung) von Informationen zu erweitern. Es folgt eine kurze Analyse seines rechtlichen Rahmens, um seine Eignung als raschem Mittel zur Korrektur der Informationsasymmetrie zwischen den Parteien zu veranschaulichen, die jedem Zivilverfahren innewohnt und die in einigen Fällen übermäßig vorhanden ist. Die Struktur des griechischen Zivilprozesses, der stark vom Dispositivprinzip geprägt ist, scheint zwar großzügig zu sein, wenn es darum geht, dem Gericht weitreichende Weisungsbefugnisse zu übertragen, erkennt jedoch in diesem Bereich einen relativ engen Spielraum für Prozesshandlungen an. In diesem Zusammenhang stellt sich vor allem die Frage, wie das fragile Gleichgewicht gewahrt werden kann zwischen der dringenden Notwendigkeit, die Beweislücken zu schließen—diese Situation steht im Widerspruch zu den Tendenzen in der Rechtslehre, die darauf abzielen, die Feststellung der materiellen Wahrheit im Zivilprozess zu fördern— und der Achtung des Gesetzestextes und der Beweisbereitstellung der Gegnerpartei, die in der Regel die Last des Zugangs zu Urkundenbeweisen den Parteien aufbürden. Von hier ausgehend beleuchtet das Papier die Grundzüge dieser Institution im Rechtsrahmen einiger Länder in der Tradition des Common Law.

Die Hauptaspekte der Beweisfindung und -beschaffung in der Anfangsphase des Prozesses im amerikanischen und englischen System, insbesondere durch dokumentarische Vorlagen, lassen den Schluss zu, dass trotz der bemerkenswerten Förderung der Konvergenz zwischen den Rechtstraditionen, die in den letzten Jahrzehnten zu beobachten war, der Hauptgrund für die Differenzierung zwischen ihnen in den unterschiedlichen juristischen Mentalitäten liegt, die sich auch auf die unterschiedliche Herangehensweise an Rechtsstreitigkeiten auswirken.

Schlüsselwörter: Vorlage von Dokumenten; asymmetrische Beweise; Bereitstellung von Dokumenten (US-Recht); pre-trial discovery; Bereitstellung von Dokumenten (englisches Recht).

SUMARIO: I. LA INSTITUCIÓN DE LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS EN EL DERECHO PROCESAL GRIEGO.—1. Consideraciones teóricas de la institución de la exhibición de documentos.—2. Supuestos de exhibición.—3. Solicitud de exhibición.—4. El contenido de la solicitud.—5. Procedimiento para la exhibición.—6. Denegación de exhibición por concurrir causa justificada. Consecuencias de la denegación injustificada.—7. Ejecución de la resolución.—8. Otros métodos procesales de ejercicio del derecho de exhibición de documentos.—II. LA INSTITUCIÓN DE LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS EN LA TRADICIÓN JURÍDICA DEL DERECHO ANGLOSAJÓN.—1. La *production of documents* en el Derecho de Estados Unidos.—2. El *disclosure of documents* en el Derecho inglés.—III. CONCLUSIÓN.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA INSTITUCIÓN DE LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS EN EL DERECHO PROCESAL GRIEGO

1. Consideraciones teóricas de la institución de la exhibición de documentos

A menudo, documentos decisivos para probar las alegaciones del litigante no se encuentran en su poder, sino que están en posesión de la parte contraria o de un tercero, y como consecuencia de esto, se crean situaciones de bloqueo probatorio y gran desproporción en la información. Si en un pasado lejano, bajo la vigencia absoluta de la máxima *nemo tenetur edere instrumenta contra se*¹ y bajo el intenso carácter individualista del procedimiento civil, tales carencias probatorias se consideraban aceptables², en la actualidad, teniendo en cuenta la referencia constitu-

¹ Vid. R. STÜRNER, «La obtención de información probatoria en el proceso civil (*Gathering and Access to Evidence in Civil Procedure*)», *Revista de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXX, núm. 30, pp. 243-262, esp. pp. 243-244.

² Al respecto *vid.* R. STÜRNER, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1976, p. 380.

cional al derecho a la prueba³ y la cada vez más intensa liberalización de los postulados científicos, son difícilmente compatibles con nuestra imagen de un procedimiento probatorio justo. Constituye ya un tópic, a nivel nacional e internacional, que los insalvables obstáculos probatorios no van de la mano de las modernas tendencias que postulan el descubrimiento de la verdad material en el juicio civil⁴. Sin embargo, esto no impide que material decisivo para el caso haya caído en el área de influencia de uno solo de los litigantes —frecuentemente poco dispuesto a compartirlo—. La estructura del proceso civil griego moderno, aunque se inspira en gran medida en el principio dispositivo, otorga amplios poderes de gestión al tribunal (arts. 232, 236 y 245 CPCG), pero deja un margen muy pequeño a la actuación de oficio respecto de la cuestión que nos interesa. A pesar de que en el sistema del Código de Procedimiento Civil Griego (CPCG) el principio dispositivo es desnaturalizado por el principio de generación de prueba de oficio (art. 107 CPCG), la reunión de material probatorio documental presupone, por regla general, la iniciativa de parte.

En vista de lo expuesto, desde muy temprano⁵ la legislación procesal ha puesto a disposición de los litigantes la institución de la exhibición de documentos (arts. 450-452 CPCG), que, como mecanismo independiente de intercambio de información, permite equilibrar los intereses de cada parte⁶. Este se ha revelado paulatinamente como un medio adecuado para facilitar la prueba, sobre todo a la parte más débil que se encuentra en una situación de imposibilidad objetiva de probar sus alegaciones principales. Una sensibilización similar se ha evidenciado en casi todos los ordenamientos contemporáneos. La exigencia de exhibición de documen-

³ Vid. P. YESSIOU-FALTSI, *Evidence Law*, 3.^a ed., Thessaloniki, Sakkoulas, 1986, pp. 18-21, y E. DIMITROPOULOU, «The Constitutional Guarantee of Evidence and the Exhibition of Objects», *Case-Law Archive*, vol. 4 (2007), pp. 419-430.

⁴ Vid. I. DELIKOSTOPOULOS, *The Search for Truth in Civil Proceedings*, Athens-Thessaloniki, Sakkoulas, 2016, pp. 177 y ss.

⁵ Sobre el desarrollo histórico de la institución vid. P. YESSIOU-FALTSI, «Coercion of Evidence as a Consequence of the Right to Furnish Proof», *Dike* (1987), pp. 114 y ss.; N. PAISIDOU, «The Historical Depth of the Institution of Exhibition of Documents», *Scientific Yearbook of Harmenopoulos* (2009), pp. 55-64, e *id.*, *Exhibition of Documents in Civil Proceedings*, Athens-Thessaloniki, Sakkoulas, 2006, pp. 7-23.

⁶ Por todos vid. P. YESSIOU-FALTSI, «Coercion of Evidence...», *op. cit.*, pp. 112-132; N. PAISIDOU, *Exhibition of Documents...*, *op. cit.*, *passim*; K. BEYS, *Civil Procedure*, Athens, Sakkoulas, 1975, pp. 1753-1756; D. MANIOTIS, *Principles of the Right to Furnish Proof in Civil Proceedings*, Athens-Thessaloniki, Sakkoulas, 2013, pp. 110-111, y K. MPOTSARIS, *The Duty of Truth in Accordance with Article 116 CCP*, 1998, pp. 144-148.

tos ha sido adoptada tanto por ordenamientos de los países del continente europeo⁷ como por los de la *common law*⁸. Desde luego, inevitablemente de forma adaptada a las necesidades de cada «filosofía» jurídica y peculiaridades procedimentales⁹. Reseñables son, en todo caso, las iniciativas que se tomaron a nivel transfronterizo [Regulación del Parlamento Europeo núm. 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo, sobre la colaboración entre juzgados de los Estados miembros en la ejecución de pruebas en casos civiles o comerciales¹⁰; ALI/UNIDROIT *Principles of Transnational Civil Procedure* (2004), norma 16¹¹, o art. 5 de la Directiva 2014/104/EE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, en relación con ciertas normas que rigen las demandas de indemnización del Derecho nacional sobre infracciones de las disposiciones de competencia equitativa de los Estados miembros y de la Unión Europea¹²]. Algunos de los principales aspectos de la institución de la exhibición de documentos en el Derecho griego, estadounidense e inglés es lo que pretendo mostrar en este trabajo.

2. Supuestos de exhibición

El Código de Procedimiento Civil Griego¹³ especifica únicamente dos casos en los que se impone una obligación¹⁴ procesal de exhibi-

⁷ Vid. N. ANDREWS, *The Modern Civil Process: Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England*, Tübingen, Möhr Siebeck, 2008, pp. 101-104, esp. cap. 6, pp. 6.13-6.15; J. A. JOLOWICZ, «Discovery of Documents in the Common Law and the Forced Production of Documents in Civil Law Systems», en *Essays in Honour of Konstantinos D. Kerameus*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 543 y ss.; G. NIKOLOPOULOS, *Law of Evidence*, 2.^a ed., Athens-Thessaloniki, Sakkoulas, 2011, pp. 41 y ss. (en griego), y C. MICHALIDOU, «Possibilities of gathering factual evidence in the pre-trial phase», *Dike* (2008), pp. 353 y ss. (en griego).

⁸ Vid. R. STÜRNER, «La obtención de información probatoria...», *op. cit.*, pp. 250-251, y N. PAISIDOU, «Exhibition of Documents in Accordance with Article 222d Penal Code», *HellJ* (2007), p. 349 (en griego).

⁹ Vid. N. PAISIDOU, «The Historical Depth of the Institution...», *op. cit.*, p. 55.

¹⁰ Vid. K. KOMNIOS, «Cross-Border Taking of Evidence in the European Union. Cooperation between the Courts of the Member States in the Taking of Evidence in Civil and Commercial Matters», *Dike* (2005), pp. 447 y ss. (en griego).

¹¹ Vid. R. STÜRNER, «The Principles of Transnational Civil Procedure. An Introduction to their Basic Conceptions», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 69 (2005), pp. 201 y ss., esp. pp. 341 y ss.

¹² Vid. art. 4 de la Ley 4529/2018 («Action for damages for infringements of the competition law provisions of the EU Member States»).

¹³ En el ordenamiento jurídico griego la institución de la exhibición de documentos se estableció con la forma de demanda esencial (arts. 902-903 CCG) y procesal (arts. 450-452 CPCG). Aunque ambas comparten una condición histórica común (*actio ad exhibendum*)

ción de documentos. El primero va dirigido exclusivamente al litigante y le obliga a exhibir los documentos que se utilizaron en el proceso y que más tarde se retiraron o aquellos otros que se invocaron y nunca se presentaron (art. 450.I CPCG). El segundo caso, que más se da en la práctica, puede afectar tanto a un litigante como a un tercero ajeno al proceso y les obliga a mostrar los documentos en su posesión que no se han utilizado ni invocado y que pueden servir de prueba (art. 450.II CPCG). Los arts. 450 y 451 del Código de Procedimiento Civil Griego se aplican también cuando el documento se halla en posesión de una autoridad o institución pública —o cualquier otra persona jurídica de Derecho público o privado—, excepto cuando se trate de documentos confidenciales del Estado que tienen que ver con su seguridad o relaciones internacionales.

3. Solicitud de exhibición

En el sistema griego de administración de justicia civil, y como consecuencia del principio fundamental de disposición (art. 106 CPCG), queda muy escaso margen al tribunal para actuar de oficio. El tribunal actúa solo a petición de parte y no puede ordenar de oficio que se practique una prueba documental si no la ha solicitado anteriormente el litigante que la posee (art. 107 CPCG). La solicitud de exhibición es presentada por cada parte en cualquier fase del proceso en primera o segunda instancia¹⁵ —no es posible, por el contrario, ante el Tribunal Supremo, por cuanto no juzga la cuestión controvertida—. En concreto, cuando la solicitud es diri-

y tienen un punto de partida similar, en el fondo no interfieren en su campo de actuación. Unánimemente se considera que las disposiciones del CPCG son más especializadas y regulan la exhibición de documentos que se solicitan durante el proceso pendiente, mientras que las correspondientes disposiciones del Código Civil griego se aplican cuando no hay proceso principal pendiente. Vid. N. NIKAS, *Derecho Procesal Civil*, Athens-Thessaloniki, Sakkoulas, 2016, p. 577, § 85 (en griego); K. MAKRIDOU, *Legal Advice Privilege*, Athens-Thessaloniki, Sakkoulas, 1989, p. 161, n. 147, y D. GIAKOURIS, «Exhibition of Documents According to CCP», *Dike*, vol. 27 (1996), pp. 510 y ss., esp. pp. 511-513. Vid. también Court of Appeal of Larisa 486/2013, *Dikografia*, 2013, p. 438; One-Member District Court of Thessaloniki 6605/2015, NOMOS Legal Database, y One-Member District Court of Piraeus 2486/2012, *Theory and Practice of Civil Law*, 2013, p. 1086.

¹⁴ Vid. Ch. APALAGAKI, *The Right of Audiatur et altera pars in Civil Procedure*, 1989, p. 114, n. 24.

¹⁵ Vid. Areios Pagos 782/2017, NOMOS Legal Database, y Areios Pagos 1615/2014, NOMOS Legal Database.

gida a un tercero que tiene la correspondiente obligación según el Derecho material, se presenta solo por medio de demanda incidental¹⁶ que puede sumarse a la documentación del proceso principal (arts. 282-285 CPCG). De otro modo se presenta independientemente y se resuelve con la demanda principal. En cambio, cuando la solicitud se dirige a la parte contraria, se introduce bien mediante demanda incidental, bien mediante petición (art. 451.I.1 CPCG). En segunda instancia se presenta con la documentación o las alegaciones adicionales de apelación¹⁷.

4. El contenido de la solicitud

Para que sea admisible la solicitud de exhibición de documentos se requiere que su presentación sea ajustada a Derecho. En cuanto al contenido de la solicitud, esta ha de incluir los siguientes elementos¹⁸: a) Individualizar suficientemente el documento que ha de exhibirse y describir con el mayor detalle posible su contenido¹⁹. En todo caso, es suficiente una descripción que permita determinar fácilmente su identidad y diferenciarlo de otros documentos. La exigencia de la jurisprudencia griega de una absoluta determinación del documento y de sus elementos imponen al demandante una carga excesiva. Esto constituye uno de los asuntos más controvertidos por cuanto minan las perspectivas de una aplicación racional de esta institución. De hecho, la ardua exigencia de los tribunales griegos de una casi total determinación de un documento que no está en su esfera de influencia ni control —sumado a la imposibilidad objetiva de conseguir acceso a elementos informativos que están en poder de la otra

¹⁶ Vid. G. DIAMANTOPOULOS, *The counterclaim under grCCP*, 2003, pp. 67-68, recuerda que la disposición del art. 451.I CPCG introduce una excepción a la norma, según la cual la presentación de una demanda incidental admisible presupone que se facilite la identidad de las partes. D. MANIOTIS, *The Principle of Pre-Trial Proceedings*, 1994, pp. 58-60, esp. p. 59, afirma que la correspondiente disposición indica la necesidad de protección del derecho de ser oído de un tercero.

¹⁷ Vid. N. NIKAS, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., § 85, pp. 578-579. Vid. también Areios Pagos 414/2016, NOMOS Legal Database, y Areios Pagos 180/2014, *Chronicles of Private Law*, 2014, p. 525.

¹⁸ Vid. indicativamente N. NIKAS, *Legal Opinion*, *Legal Studies II*, 2014, pp. 194-197. Vid. también Areios Pagos 1105/2017, NOMOS Legal Database, y Areios Pagos 963/2011, NOMOS Legal Database.

¹⁹ Vid. E. KROUSTALAKIS, *Dike* (1970), p. 648 (en griego). Vid. también Court of Appeal of Piraeus 288/2015, NOMOS Legal Database, y Court of Appeal of Larisa 156/2013, *Dikografía*, 2013, p. 363.

parte (por ejemplo, libros comerciales²⁰ o de contabilidad²¹)— dificulta en exceso su ejercicio; vulnerando, a su vez, el derecho de prueba²² garantizado constitucionalmente. Por este motivo, gran parte de la doctrina procesal griega considera rechazable esta exigencia. Y ello por considerarse desproporcionada y no responder ni a la intención del legislador ni a la *ratio* de las disposiciones legales²³. *b)* Que se haga una referencia expresa a que los documentos que se han de mostrar se encuentran en posesión de la otra parte o de un tercero en el momento de presentar la solicitud²⁴. *c)* Que se justifique adecuadamente el legítimo interés²⁵. Esto último está vinculado con la relevancia del documento en relación con la prueba directa o indirecta o a la refutación de alegaciones cruciales²⁶. Se requiere, consecuentemente, que se defina en la solicitud de exhibición el interés probatorio concreto que tiene y su utilidad para probar hechos fundamentales de las alegaciones del solicitante. Se ha considerado innecesaria la concurrencia de interés legítimo si el documento se encuentra en el archivo del juzgado, el hecho crucial ya ha sido probado por otros medios probatorios²⁷ o se ha presentado una fotocopia simple del documento y no se pone en duda su exactitud ni su autenticidad.

²⁰ Vid. K. BEYS, «Prerequisites of Admissibility and Legal Sufficiency of the Exhibition of Commercial Records Action», *Dike*, vol. 33 (2002), pp. 667-698. Vid. también Court of Appeal of Piraeus 290/2015, NOMOS Legal Database.

²¹ Vid. Areios Pagos 1615/2014, NOMOS Legal Database (exhibición de la contabilidad de un club deportivo).

²² Vid. A. MANITAKIS, «The Constitutionally Guaranteed Right to Furnish Proof and the Request of the Exhibition of Documents», *HellJ* (2003), pp. 365-372.

²³ Vid. N. NIKAS, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., § 85, p. 579; K. MAKRIDOU, *Vague Action and its Remedy Option*, Athens-Thessaloniki, Sakkoulas, 1989, p. 62 n. 214 (en griego); K. BEYS, «Inadmissibility of the Exhibition of Documents Action Due to the Vagueness of the Application», *Dike International* (2002), pp. 654-667; N. PAISIDOU, *Exhibition of Documents...*, op. cit., pp. 103 y ss., y N. KLAMARIS, «Questions of Legitimate Interest, Vagueness of Action and Exhibition of Documents in the Light of the Procedural – Constitutionally Guaranteed Right to Judicial Protection», *HellJ* (2003), pp. 598 y ss. (en griego).

²⁴ Vid. Areios Pagos 414/2016, NOMOS Legal Database, y Court of Appeal of Thessaloniki 514/2017, *Harmenopoulos*, 2017, p. 420.

²⁵ Vid. G. NIKOLOPOULOS, *Law of Evidence*, op. cit., p. 322, § 18 (en griego).

²⁶ Vid. Areios Pagos 393/2015, NOMOS Legal Database, y Areios Pagos 1888/2014, NOMOS Legal Database.

²⁷ Vid. Court of Appeal of Piraeus 677/2015, NOMOS Legal Database.

5. Procedimiento para la exhibición

El debate y la sustanciación de la solicitud de exhibición se rigen por las normas generales (art. 451.II CPCG); es decir, se aplica el mismo procedimiento que se sigue para el procedimiento principal. En el marco del procedimiento ordinario, la solicitud se presenta con las peticiones o con la refutación y durante el debate primario (art. 237.I, II y IV.7 CPCG), y en los procedimientos especiales, la solicitud se presenta con las peticiones durante el debate oral del caso (art. 591.I.γ CPCG). En todo caso, el tribunal puede ordenar la repetición del debate para que se pueda introducir el documento decisivo. Se tiene un cuidado especial en los casos en los que la aportación del documento en el juicio pueda encerrar peligro de pérdida o daño del mismo (art. 451.III CPCG).

El tribunal puede rechazar la solicitud de exhibición si considera que los restantes medios probatorios son suficientes para probar las alegaciones más importantes. En consecuencia, el documento que se ha de presentar debe constituir el único medio apropiado que le queda al solicitante para basar o probar sus alegaciones (*ultimum refugium*). Además, como consecuencia de su naturaleza, el rechazo de la demanda por cualquier motivo lleva consigo también el rechazo de la solicitud incidental de exhibición documental²⁸. Finalmente, si el tribunal olvida manifestarse sobre la solicitud, se consolida como motivo de recurso de la sentencia (art. 559.9.γ CPCG)²⁹.

6. Denegación de exhibición por concurrir causa justificada. Consecuencias de la denegación injustificada

En el Derecho griego, la obligación del litigante contrario o de un tercero de proceder a la exhibición del documento concreto y de colaborar en el intercambio de material probatorio durante el proceso solo

²⁸ Vid. D. MANIOTIS, *The Principle of Pre-Trial...*, *op. cit.*, p. 12.

²⁹ Vid. I. DELIKOSTOPOULOS, *Procedural Grounds of Appeal*, Athens-Thessaloniki, Sakkoulas, 2009, pp. 265-266, § 8, y N. NIKAS, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, § 85, p. 580. Vid. también Areios Pagos 920/2009, Nomotelia Legal Database; Court of Appeal of Patras 61/2007, *Theory and Practice of Civil Law*, 2008, p. 1108; Areios Pagos 1409/2017, NOMOS Legal Database, y Areios Pagos 773/2008, *Civil Procedure Law Review*, vol. 5, 2008, note P. GIANNOPOULOS, p. 715.

cede cuando existe una causa acreditada que justifique que no se exhiba (art. 450.II.1 CPCG). La excepción de la causa justificada en este artículo establece un «ámbito inaccesible procesalmente», ante el que la búsqueda de la verdad en el proceso civil retrocede³⁰. La propia Constitución consagra como derechos fundamentales el valor de la persona (art. 2) y la protección de la personalidad (art. 5), así como el de la intimidad personal y familiar, y el del honor de la persona (art. 9.I.2). Ante la colisión con estos derechos desaparece la obligación de exhibición documental. Solo se permite, como excepción, la exhibición cuando el documento que se tiene que presentar constituye el único elemento probatorio y no atenta contra la base de los citados derechos fundamentales³¹. La concurrencia de la causa justificada constituye un concepto legal indeterminado que se rige por la preponderante e incontrolada valoración del tribunal. Se considera que esta justificación concurre en los casos en los que se excusa de testimonio (art. 401 CPCG)³² o cuando un documento contiene hechos para los que se excusa la declaración testimonial (art. 402 CPCG). Según la jurisprudencia reiterada, puede entenderse como legítima causa de excusa el peligro de responsabilidad penal, la lesión del honor de la persona que posee el documento o sus familiares cercanos³³, la protección de datos personales sensibles, además de la preservación, en general, del secreto profesional, fiscal³⁴, bancario³⁵ o artístico. Por el contrario, se ha considerado que no constituye causa justificada, y, por tanto, no puede hacer desapa-

³⁰ Vid. A. KAISIS, *Illegally Obtained Evidence*, Thessaloniki, Sakkoulas, 1986, pp. 56 y ss. (en griego) [también en *Scientific Yearbook of Harmenopoulos* (1986), pp. 33 y ss.], y K. MAKRIDOU, Ch. APALAGAKI y G. DIAMANTOPOULOS, *Civil Procedure*, 2.^a ed., Athens-Thessaloniki, Sakkoulas, 2018, p. 299.

³¹ Vid. N. NIKAS, *Legal Opinion, Legal Studies II*, 2014, p. 197 (en griego).

³² Vid. CCP Draft VI, pp. 227-228, y K. KERAMEUS, D. KONDYLIIS y N. NIKAS (dirs.), *Code of Civil Procedure. Article-by-Article Commentary*, art. 450, vol. I, Athens-Thessaloniki, Sakkoulas, 2000, n. 6 (en griego).

³³ Vid. P. YESSIOU-FALTSI, *Evidence Law, op. cit.*, p. 302 (en griego).

³⁴ Vid., por todos, Areios Pagos 567/1995, *Journal of Greek Jurists*, 1996, p. 497; Court of Appeal of Larisa 19/2012, *Dikografia*, 2012, p. 445, y Court of Appeal of Athens 7277/2003, *Hellj*, 2004, p. 1446.

³⁵ Vid. P. YESSIOU-FALTSI, «The Right to Furnish Proof and Banking Secrecy», *Hellj* (2009), pp. 418-435; P. YESSIOU-FALTSI, Ch. APALAGAKI, P. ARVANITAKIS y A. SOFIALIDES, *Civil Procedure from Legal Theory to Practice*, 2013, pp. 311-332, esp. pp. 317 y ss., y G. VELENTZAS, «Exhibition of Bank Account Documents and Banking Secrecy», *Review of Banking, Securities and Stock Exchange Law*, vol. 3 (2004), pp. 651-659. Vid. también Areios Pagos 785/1999, *Commercial Law Review*, 1999, p. 477; One-Member District Court of Evros 77/2015, NOMOS Legal Database; One-Member District Court of Athens 5271/2014, NOMOS Legal Database, y One-Member District Court of Athens 1758/2012, *Legal Tribune* 2012, p. 1197 (*bank cheques do not fall into banking privacy*).

recer la obligación de exhibición, la negación de un organismo a exhibir la hoja de evaluación de empleados que han ascendido para comparar sus habilidades con las del demandante (empleado no ascendido)³⁶.

En caso de inexistencia de una causa que justifique la negativa de la persona obligada a ello, el tribunal conserva, en cualquier caso, la posibilidad de decidir libremente si el hecho crucial se ha probado o no (art. 452.II CPCG en combinación con art. 366). Además, no se excluye que la negativa de exhibición se considere una declaración tácita de la otra parte³⁷.

7. Ejecución de la resolución

La ejecución de la resolución por la que se ordena la exhibición de un documento puede, a elección del poseedor, seguir bien la vía judicial mediante la ejecución inmediata (art. 941 CPCG), entregándosele el documento a través del oficial de justicia, o bien a través de la ejecución indirecta (art. 946 CPCG), lo que presupone que el tribunal ha notificado con anterioridad la imposición de una pena pecuniaria y de detención preventiva en caso de que la persona no proceda a la exhibición dentro de la fecha establecida (art. 452.I CPCG)³⁸. Independientemente del procedimiento que se siga, la ejecución de esta resolución es irrevocable. No obstante, la dilación en el tiempo del incidente hace que todo el procedimiento se vuelva disfuncional y probablemente inútil.

8. Otros métodos procesales de ejercicio del derecho de exhibición de documentos

Según la interpretación³⁹ doctrinal y jurisprudencial, en casos urgentes o para evitar un peligro inminente puede ordenarse la exhibición de docu-

³⁶ Vid. Areios Pagos 780/1978, *Legal Tribune*, 1979, pp. 563-564.

³⁷ Vid. Court of Appeal of Athens 3807/2009, *Hellj*, 2010, p. 166.

³⁸ Vid. Court of Appeal of Piraeus 419/2015, NOMOS Legal Database.

³⁹ Vid. N. NIKAS, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., § 85, p. 578; K. POLYZOGOPOULOS, *The Principle of Non-Satisfaction of the Right* (art. 692 § 4), 2013, pp. 23-24; P. YESSIOU-FALTSI, Ch. APALAGAKI, P. ARVANITAKIS y A. SOFIALIDES, *Civil Procedure from Legal...*, op. cit., pp. 328-330; N. PAISIDOU, *Exhibition of Documents...*, op. cit., pp. 213-219; N. KLAMARIS, «Questions of Legitimate Interest...», op. cit., pp. 615-619, y G. NIKOLOPOULOS, *Law of Evidence*, op. cit., p. 325, § 18 (en griego).

mentos mediante el procedimiento de las medidas cautelares (arts. 731 y 732 CPCG) —incluso contra un tercero (por ejemplo, un banco)—. Y ello con independencia de la existencia o no de un procedimiento principal. Esta posibilidad no parece contradecirse con la prohibición de la total satisfacción del derecho que se garantiza (art. 692.IV CPCG), dado que el derecho cuya tutela se solicita no es el derecho procesal de exhibición, sino el derecho fundamental⁴⁰. En todo caso, los posibles inconvenientes teóricos se suavizan si se toma en consideración que el criterio con el que decide el tribunal, en su esfuerzo por encontrar la medida adecuada, es la ponderación de los intereses de cada parte. Por último, la exhibición del documento puede conseguirse también con la solicitud de la prueba anticipada, basada en el peligro de alteración, destrucción o pérdida del documento (arts. 437 y 348 CPCG)⁴¹.

II. LA INSTITUCIÓN DE LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS EN LA TRADICIÓN JURÍDICA DEL DERECHO ANGLOSAJÓN

1. *La production of documents* en el Derecho de Estados Unidos

En Estados Unidos, la preparación del proceso a través de un procedimiento probatorio preliminar y prolongado en el tiempo conforma hace ya bastantes décadas una parte inherente de la cultura⁴² procesal americana. El desarrollo de la fase prejudicial del proceso se ha materializado, a nivel legislativo, a través de la institución del (*pre-trial*) *discovery*. Esta se introdujo en 1938 con la modificación de las Federal Rules of Civil Procedure (en adelante, FRCP) según el paradigma de la práctica inglesa del *common law*⁴³. La idea central de la institución, que consiste en la consolidación de una fase prejudicial de intercambio de información y de obtención temprana de material probatorio⁴⁴, la transmite elocuentemente el Tribunal Supe-

⁴⁰ *Vid.* One-Member District Court of Drama 47/2015, NOMOS Legal Database, y One-Member District Court of Kos 522/2015, NOMOS Legal Database.

⁴¹ *Vid.* One-Member District Court of Athens 1452/2015, NOMOS Legal Database, y One-Member District Court of Athens 10014/2015, NOMOS Legal Database.

⁴² *Vid.* K. KERAMEUS, «A Civilian Lawyer Looks at Common Law Procedure», en *Studia Iuridica*, vol. III, Thessaloniki, Sakkoulas, 1995, p. 493.

⁴³ *Vid.*, entre otros, D. CLARK y T. ANSAY, *Introduction to the Law of the United States*, 2.^a ed. revisada, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2002, p. 376.

⁴⁴ *Vid.* J. A. JOLOWICZ, «Discovery of Documents in the Common Law...», *op. cit.*,

rior Federal de la siguiente forma: «*To make a trial less a game of blind man's buff and more a fair contest with the basic issues and facts disclosed to the fullest practicable extent*»⁴⁵.

Lógicamente, los elementos de este modelo procesal han provocado un gran interés científico por parte de la dogmática europea. En concreto, se han realizado estudios sobre la institución y se han obtenido conclusiones a partir de estudios de Derecho comparado. El seguimiento de cerca de su evolución y el constante debate científico han contribuido decisivamente a realzar las ventajas que presenta⁴⁶. En primer lugar, la acumulación de información y material probatorio en el marco de la investigación prejudicial contribuye a la preparación de las partes⁴⁷. El temprano intercambio de material informativo y el amplio acceso del litigante al arsenal probatorio del litigante contrario—especialmente a través de la exhibición de documentos (*production of documents*)—facilita que las partes valoren sus posibilidades de éxito en el juicio. Así, cuando finalmente se opta por la vía judicial, el material real del litigio ya ha sido suficientemente definido y la investigación judicial se limita a los elementos absolutamente necesarios. Además, la existencia de un objetivo probatorio concreto disminuye inevitablemente la duración del procedimiento en la vista. Por el contrario, cada vez que las previsiones de un final exitoso se vuelven desfavorables, por regla general desaparece la disposición a continuar litigando, lo cual tiene como resultado que se promueva la negociación extrajudicial y se cultive, *de facto*, la consecución de una solución amistosa entre las partes⁴⁸.

p. 536: «*The word "discovery" refers to pre-trial procedures whereby a party to litigation can compel another party to make available —"discover"— certain information relevant to the litigation*».

⁴⁵ Vid. *United States v. Proctle and Gamble Co.*, 365 U.S. 677, 682.

⁴⁶ Vid. J. C. REITZ, «Grundlegende Unterscheide zwischen dem deutschen und dem US-Amerikanischen Zivilprozessrecht: Vorzüge, die sich ausschliessen?», *ZZP*, vol. 104 (1991), pp. 381 y ss.; K. POLYZOGOPOULOS, «The Institution of Pre-Trial Discovery under US and English Law and the Possibilities of Extracting Evidentiary Information under the Greek Law», en *Legal Studies*, vol. I, Athens, Sakkoulas, 1996, pp. 255-256 (en griego); P. ARVANITAKIS, *Question of documentary evidence under the Code of Civil Procedure*, 1992, p. 1, n. 2, y C. MICHALIDOU, «Possibilities of Gathering Factual Evidence...», *op. cit.*, pp. 353 y ss. (en griego).

⁴⁷ Vid. *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495, 507: «*Mutual knowledge of all the relevant facts gathered by both parties is essential to proper litigation. To that end, either party may compel the other to disgorge whatever facts he has in his possession*».

⁴⁸ Vid. B. HESS, «Die anerkennung eines class action settlement in Deutschland», *Juristenzeitung* (2000), pp. 373-374; E. ESCHENFELDER, *Beweiserhebung im Ausland und ihre Verwertung im inländischen Zivilprozess, Zur Bedeutung des US-amerikanischen discovery-Verfahrens für das deutsche Erkenntnisverfahren*, Berlin-Franfurt am Main, Peter Lang, 2002, p. 4; K. KERAMEUS, «A Civilian Lawyer Looks at Common...», *op. cit.*, p. 8, y

Teniendo como objetivo último, en la medida de lo posible, el descubrimiento de la verdad, la institución del *discovery* —como método de intercambio prejudicial de material probatorio— se enriqueció con aun más mecanismos liberales en 1970. Fueron decisivas para su configuración actual las reformas procesales de los años 1990 y 1993⁴⁹ que facilitaron desde entonces que fuera más amplia la posibilidad de intercambio de información entre las partes —especialmente con la introducción de la institución del *automatic/mandatory initial disclosure* [art. 26.a).1).A) FRCP]⁵⁰—. No obstante, la consolidación de una extensa fase prejudicial fue creando las condiciones para la presentación de una gran cantidad de solicitudes *discovery* fraudulentas (*abuse of discovery*)⁵¹. Esto ha provocado en los últimos veinte años algunas reacciones contrarias frente a la institución, lo que ha llevado a que se pusieran de manifiesto a nivel internacional sus puntos débiles⁵². Se hizo evidente rápidamente que las partes recurrían frecuentemente a los instrumentos del *discovery* —principalmente a través de la exhibición de documentos—⁵³ para poder, a través de la conocida práctica de la indagación (*fishing expeditions*), obtener información útil para cimentar sus alegaciones y tener un acceso fácil a datos personales y profesionales sensibles; superando, de esta manera, el impedimento del secreto profesional o bancario⁵⁴. La obtención de tales datos por la parte contraria aumentó, en algunas ocasiones, la admisión de causas que iban a juicio. Causas que, de otro modo, no habrían traspasado el umbral del juzgado por la falta del necesario material probatorio. Además, el trabajo de

C. PAULUS, «Discovery, Deutsches Recht und das Haager Beweisübereinkommen», *ZZP*, vol. 104 (1991), p. 400.

⁴⁹ Se trata de las reformas procesales operadas por la *Civil Justice Reform Act* y por las *Federal Rules of Civil Procedure*, respectivamente. *Vid.*, en especial, M. YOSHIDA, *Die Informationsbeschaffung im Zivilprozess. Ein Vergleich zwischen dem deutschen, Us-amerikanischen und japanischen Recht*, Berlín-Frankfurt am Main, Peter Lang, 2001, pp. 91 y ss.

⁵⁰ Se trata, en general, y sin que se necesite la presentación de una solicitud por parte de los litigantes o la mediación judicial, de una fase de la investigación prejudicial del litigio que tiene como objetivo el intercambio voluntario de documentos y otros medios informativos. *Vid.*, entre otros, E. ASIMAKOPOULOU, *The Modern Approach of the Adversary System*, Thessaloniki, Sakkoulas, 2017, pp. 59-60 (en griego), con más referencias.

⁵¹ *Vid.* G. VALMANTONIS, «The rule of non-abusive exercise of rights in the field of civil procedural law», *HellJ*, vol. 4 (2016), pp. 995 y ss., esp. pp. 1003-1005.

⁵² *Vid.*, entre otros, F. JAMES, G. HAZARD y J. LEUBSDORF, *Civil Procedure*, 4.^a ed., Boston, Little Brown, 1992, pp. 235 y ss.

⁵³ *Vid.* K. POLYZOGOPOULOS, «The Institution of Pre-Trial Discovery...», *op. cit.*, p. 258, según datos de una investigación llevada a cabo ya desde el año 1978.

⁵⁴ *Vid.* S. LORENZ, «Die Neuregelung der pre-trial discovery im US-Amerikanischen Zivilprozessrecht – Inspiration für den deutschen und europäischen Zivilprozessrecht?», *ZZP*, vol. 111 (1998), pp. 35-65.

los abogados en más fases del caso disparó su remuneración, con la consiguiente repercusión en el costo total del juicio⁵⁵. A pesar de todo esto, aunque las referidas desventajas movilizaron hace solo tres años al legislador con el objetivo de hacer el procedimiento del *discovery* más efectivo y menos costoso, en ningún caso ha llegado al punto de anular su concepto básico. Su finalidad principal sigue siendo el mejor funcionamiento del sistema a través de la colaboración del conjunto de los involucrados y, fundamentalmente, de la completa información de las partes en relación con el material probatorio disponible para cada litigante⁵⁶.

En resumen, la fase del *pre-trial discovery* se pone en marcha, sin necesidad de autorización judicial, con la simple negación de la acción por parte del demandado⁵⁷ y se dirige a la extracción de información fundamental⁵⁸. La exhibición del material, incluso hasta el inicio del juicio, depende de la iniciativa y diligencia de las partes y sus abogados⁵⁹. Para lograr este objetivo, pueden hacer un uso acumulativo de los diferentes medios que se enumeran en los arts. 26-37 FRCP, como el interrogatorio escrito u oral en un careo de una parte o de un tercero (art. 30 FRCP: «*Depositions by Oral Examination*»; art. 31 FRCP: «*Depositions by Written Questions*»); la obligación de la parte contraria de responder a una lista de preguntas (art. 33 FRCP: «*Interrogatories to Parties*»); someterse a una inspección de objetos o investigaciones en lugares físicos (art. 34 FRCP: «*Entry upon Land*»);

⁵⁵ Vid. R. J. KOZEL y D. ROSENBERG, «Solving the Nuisance-Value Settlement Problem: Mandatory Summary Judgment», *Virginia Law Review*, vol. 90 (2004), pp. 1849 y 1861; A. JUNKER, «US-amerikanische “Discovery” als Herausforderung des Internationalen Zivilprozessrechts», en A. HELDRICH y T. KONO, *Herausforderungen des Internationalen Zivilprozessrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1994, pp. 103-118, esp. pp. 103 y 106, y K. POLYZOGPOULOS, «The Institution of Pre-Trial Discovery...», *op. cit.*, pp. 261-263.

⁵⁶ Vid. D. CLARK y T. ANSAY, *Introduction to the Law...*, *op. cit.*, pp. 376-377, esp. p. 402; K. KERAMEUS, «A Civilian Lawyer Looks at Common...», *op. cit.*, pp. 8-9: «*Presenting evidence in a complicated antitrust suit, or in a tort case involving an air crash, in a single day in court, without any previous glimpse at documents and witnesses and without any precise delineation of the evidentiary issues, may well amount to an exercise in futility, in that it may exceed the intellectual grasp of both court and counsel*», y N. PAISIDOU, *Exhibition of Documents...*, *op. cit.*, p. 25 (en griego).

⁵⁷ Vid. N. PAISIDOU, *Exhibition of Documents...*, *op. cit.*, p. 25, y E. ASIMAKOPOULOU, *The Modern Approach of the Adversary...*, *op. cit.*, p. 59 (en griego).

⁵⁸ Es interesante señalar que, al contrario de lo que ocurre en los diferentes derechos procesales de la Europa continental, la idea de la información esencial en el campo del *discovery* estadounidense adquiere un contenido más amplio. Como tal se considera incluso aquella que puede ser adecuada para el descubrimiento de medios probatorios admisibles [art. 26.b).1) FRCP].

⁵⁹ Vid. C. MICHAILIDOU, «Possibilities of Gathering Factual Evidence...», *op. cit.*, pp. 353 y ss. (en griego).

someterse a exámenes médicos (art. 35 FRCP: «*Physical and Mental Examinations*»), e, incluso, la obligación de la parte contraria de proceder a la admisión de sucesos reales (art. 36 FRCP: «*Requests for Admission*»).

Dentro del mismo marco, como una muestra especial de la institución del *pre-trial discovery*, se incluye también el *discovery of documents*. En este ámbito, los litigantes tienen la obligación, tras solicitud de la parte interesada, de presentar documentos escritos de carácter probatorio e información guardada en forma electrónica que se consideren, en general, esclarecedores para la solución del litigio⁶⁰. Según el precepto legal (arts. 34 y 45 FRCP: «*Producing documents, Electronically Stored Information and Tangible Things*»)⁶¹, la solicitud puede dirigirse tanto a la parte contraria como a un tercero ajeno a la causa⁶². El periodo temporal de su presentación se regula, en especial, en el art. 26.d).2) FRCP⁶³. En relación con el contenido necesario de la solicitud, se establece que cada documento escrito o de otro tipo tiene que describirse con razonable exactitud [art. 34.b).1) FRCP: «*With reasonable particularity*»]. Según la reciente reforma (diciembre de 2015) de las normas de la *production of documents* y los principios de proporcionalidad (*proportionality to the needs of the litigation*)⁶⁴ —llevada a cabo con el

⁶⁰ Vid. D. CLARK y T. ANSAY, *Introduction to the Law...*, op. cit., pp. 402-403; J. A. JOLOWICZ, «Fundamental Guarantees in Civil Litigation: England», en M. CAPPELLETTI y D. TALLON (eds.), *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 123 y ss., esp. pp. 160-161; D. FLETCHER-ROGERS, *Pre-Action Discovery*, London, Sweet & Maxwell, 1991, pp. 1-4; K. MAKRIDOU, *Legal Advice Privilege*, op. cit., pp. 40-43; N. PAISIDOU, *Exhibition of Documents...*, op. cit., pp. 23-24, y K. POLYZOGOPOULOS, «The Institution of Pre-Trial Discovery...», op. cit., pp. 257 y ss.

⁶¹ Vid. art. FRCP 34: «(a) *In General. A party may serve on any other party a request within the scope of Rule 26(b): (1) 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: (A) any designated documents or electronically stored information—including writings, drawings, graphs, charts, photographs, sound recordings, images, and other data or data compilations— stored in any medium from which information can be obtained either directly or, if necessary, after translation by the responding party into a reasonable usable form... (c) NONPARTIES. As provided in Rule 45, a nonparty may be compelled to produce documents and tangible things or to permit an inspection*».

⁶² Vid. *Eramo v. Rolling Stone LLC*, 314 F.R.D. 205, 211 (W.D. Va. 2016).

⁶³ Art. 26.d).2) FRCP: «*Early Rule 34 Requests. (A) Time to deliver. More than 21 days after the summons and complaint are served on a party, a Request under Rule 34 may be delivered: (i) to that party by any other party, and (ii) by that party to any plaintiff or to any other party that has been served. (B) When considered served. The request is considered to have been served at the first Rule 26(f) conference*».

⁶⁴ Compárese la oportuna observación del juez Pitman: «*The 2015 Amendments constitute reemphasis on the importance of proportionality in discovery, but not a substantive change in the law*» [*Vaisagi v. Solow Mgmt. Corp.*, 2016 WL 616386, at *13 (S.D.N.Y. Feb. 16, 2016)].

objetivo de limitar la desproporción informativa entre las partes⁶⁵ y la frecuente táctica de presentar numerosos documentos superfluos—, los documentos citados anteriormente pueden constituir objeto de *discovery* siempre que: por una parte, el solicitante fundamente que son necesarios para su defensa —siempre que no se relacionen con asuntos confidenciales—⁶⁶, y, por otra, demuestre su incapacidad para obtenerlos por él mismo —siempre que no resulte desproporcionado, un resultado informativo equivalente por otros medios [art. 26.b).3) FRCP]—⁶⁷.

Del mismo modo, la parte obligada, que como regla general debe responder en los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud [art. 34.b).2).A) FRCP], puede presentar objeciones [art. 34.b).2).B) FRCP]⁶⁸ en las que se especifiquen las razones por las que se niega a exhibir cada documento o tipo de documento por separado⁶⁹. Además, debe declarar si en virtud de esta negativa procede a la retención de cualquier otro documento (escrito o electrónico). En realidad, y en relación con el renovado campo de acción del *discovery* (como se enuncia en el art. 26.b).1) FRCP)⁷⁰, se deposita en la

⁶⁵ Vid. *LaBrier v. State Farm Fire & Cas. Co.*, 314 F.R.D. 637, 643 (W.D. Mo. 2016): «*LaBrier does not have access to the information she seeks, other than through the discovery, as it in State Farm's database and the database of its vendor, Xactware. In terms of resources, LaBrier is an individual, while State Farm is a corporation with a national presence, with sophisticated access to data. As discussed in the precedent section, the burden of expense of the discovery outweighs its likely benefit, particularly in light of State Farm's refusal to permit an outsider to access its computer system or even provide complete list of its data fields*».

⁶⁶ Vid. *Machinery Solutions Inc. v. Doosan Infracore America Corporation*, U.S.D.C., D. South Carolina, Columbia Division, January 11, 2018, F.R.D., y *Wellin v. Wellin*, U.S.D.C., D. South Carolina, Charleston Division, September 30, 2016, 211 F. Supp. 3d 793.

⁶⁷ Art. 26.b).3) FRCP: «(A) Ordinarily, a party may not discover documents and tangible things that are prepared in anticipation of litigation or for trial by or for another party or its representative (including the other party's attorney, consultant, surety, indemnitor, insurer, or agent). But, subject to Rule 26(b)(4), those materials may be discovered if: (i) they are otherwise discoverable under Rule 26(b)(1); and (ii) the party shows that it has substantial need for the materials to prepare its case and cannot, without undue hardship, obtain their substantial equivalent by other means».

⁶⁸ Art. 34.b).2).B) FRCP: «For each item or category, the response must either state that inspection and related activities will be permitted as requested or state with specificity the grounds for objecting to the request, including the reasons».

⁶⁹ Vid. *Fischer v. Forest*, 2017 WL 773694 (S.D.N.Y. Feb. 27, 2017); *Autoridad de Carreteras y Transportación v. Transcore Atlantic Inc.*, U.S.D.C., D. Puerto Rico, December 2, 2016, 319 F.R.D. 422, y *Allen-Pieroni v. Sw. Corr., LLC*, 2016 WL 1750325, at *4 (N.D. Tex. May 2, 2016): «Party seeking to resist discovery on these grounds still bears the burden of making a specific objection and showing that the discovery failed the proportionality calculation mandated by Rule 26(b) by coming forward with specific information to address».

⁷⁰ Art. FRCP 26.b).1): «Discovery scope and limits. 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

parte que hace la solicitud de exhibición de documentos (*requesting party*) hacia el contrario (*responding party*) la obligación procesal de determinar de forma suficiente su legítimo interés en el documento. Esto se configura a través del factor de la relevancia (*relevance*) del documento escrito⁷¹, sin imponerse la justificación adicional del factor de la proporcionalidad según el art. 26.b).1) FRCP⁷². Por el contrario, esta obligación se deposita en la parte que, oponiéndose a la solicitud del contrario de exhibición de documentos que se encuentran en su poder, es llamada a demostrar⁷³ que la exhibición solicitada es desproporcionada (*disproportionate*) por no concordar con las necesidades probatorias del litigio⁷⁴.

En el procedimiento descrito se prevé la intervención del tribunal de modo coercitivo en dos casos: bien para emitir una *protective order*, cuando la parte obligada a suministrar información la considera de volumen

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

⁷¹ Vid. *Am. Med. Sys. Inc.*, MDL No 2325, 2016 WL 3077904, at *4 (S.D.W. Va. May 31, 2016): «It remains true that relevancy in discovery is broader than relevancy for purposes of admissibility at trial» y «notwithstanding Rule 26(b)(1)'s recent amendment placing an emphasis on the proportionality of discovery, the discovery rules, including Rule 26, are still to be accorded broad and liberal construction».

⁷² Vid. *William Powell Co. v. Nat. Indemnity Co.*, 2017 WL 1326504: «The amended rule did not shift the burden of proving proportionality to the party seeking discovery», y *Carter v. H2R Rest. Holdings, LLC*, 2017 WL 243939: «Amendments do not alter the basic allocation of the burden on the party resisting discovery». Compárese, sin embargo, *Eramo v. Rolling Stone LLC*, *supra* fn. 19: «The court may conflate relevance and proportionality and impose upon parties seeking discovery the initial burden of making a *prima facie* showing of both».

⁷³ Vid. *Leibovitz v. City of New York*, No. 15-CV-546 (LGS) (HBP), 2017 WL 462515, at *2 (S.D.N.Y. Feb 3, 2017); *Jones v. Hernandez*, United States District Court, S.D. California, August 16, 2017, 322 F.R.D., y *Ramos v. Town of E. Hartford*, 2016 WL 7340282: «The 2015 revision of the Federal Rules precludes the use of the type of boilerplate objections to each of plaintiff's requests for production, because such objections violate FRCP 34 (b)(2)(B)».

⁷⁴ Vid. *Linguria Foods Inc. v. Griffith Laboratories Inc.*, U.S.D.C., N.D. Iowa, Central Division, March 13, 2017, 320 F.R.D.: «Merely asserting boilerplate objections that the discovery sought is vague, ambiguous, overbroad, unduly, burdensome, etcetera, without specifying how each interrogatory or request for production is deficient and without articulating the particular harm that would accrue if the responding party were required to respond to the proponent's discovery requests is not adequate to voice a successful objection»; *Samsung Electronics America Inc. v. Yang Kun «Michael» Chung*, U.S.D.C., N.D. Texas, Dallas Division, March 7, 2017, F.R.D.; *Cont'l W. Insur. Co. v. Opechee Constr. Corp.*, 2016 WL 865232: «Once a showing of relevance has been made, the objective party bears the burden of showing that discovery request is improper», y *United States ex rel. Shamesh v. CA. Inc.*, 2016 WL 74394: «Once the relevance of the materials being sought has been established, the objecting party then bears the burden of showing why discovery should not be permitted».

exagerado, onerosa o privilegiada (*privileged*), de modo que tiene derecho a negarla [arts. 26.c)-30.d) FRCP]⁷⁵, o bien para emitir —tras solicitud del interesado— una orden de acatamiento (art. 37 FRCP: «*Order compelling disclosure or discovery*») contra aquel que se niegue injustificadamente al suministro de información⁷⁶. En ambos casos, la negativa a colaborar y la rebeldía de parte o de un tercero hacia el mandato del tribunal conlleva la imposición de una pena por desacato al tribunal (*contempt of court*) (art. 37 FRCP: «*Failure to Make Disclosures or to Cooperate in Discovery, Sanctions*»). Además, no se excluye que el litigante se encuentre ante más consecuencias procesales desfavorables como la admisión de las afirmaciones de su contrario, la emisión de una sentencia en rebeldía contra él o el rechazo total o parcial de la demanda⁷⁷.

El esbozo anterior del reformado marco de la *production of documents* permite, quizá en este punto, algunas conclusiones. Las nuevas reformas procesales estadounidenses del *discovery* tienen el objetivo de crear un modelo más ágil y más sencillo de intercambio de información (y documentos) sin las atrofias del pasado. Esta elección no es fortuita. No tenemos más que tener en cuenta el hecho empírico de que en los litigios civiles en Estados Unidos, el gran derroche de tiempo por parte de los abogados y de dinero por parte del litigante se localiza en el estadio preliminar del procedimiento principal («*civil litigators often spend more time in discovery disputes than in trials*»). El afán del legislador de asegurar el funcionamiento del sistema de la reunión prejudicial de pruebas y la disuasión de cualquier tipo de manipulación abusiva le ha llevado a establecer, fundamentalmente, dos válvulas de seguridad. La primera se expresa en la asociación de relevancia («*relevant is any matter that bears on, or that reasonably could lead to other matter that could bear on any party's claim or defense*») y proporcionalidad («*proportionality to the needs of the litigation*»). La enumeración limitativa de elementos concretos de proporcionalidad a los que tiene que responder cada petición de los litigantes

⁷⁵ Vid. *Rosen v. Provident Life and Accidents Ins. Co.*, United States District Court, N.D. Alabama, Southern Division, July 9, 2015, 308 F.R.D. 670: «*An umbrella protective order may be appropriate in certain complicated cases where document-by-document review of discovery materials would be unfeasible*».

⁷⁶ Vid. K. POLYZOGOPOULOS, «The Institution of Pre-Trial Discovery...», *op. cit.*, p. 259, y A. KOUTSOURADIS, *El flujo de información en las relaciones jurídicas civiles*, Thessaloniki, Sakkoulas, 1998, pp. 254-255 (en griego).

⁷⁷ Vid. R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 5.^a ed., Köln, Otto Schmidt, 2005, pp. 88 y ss.; K. POLYZOGOPOULOS, «The Institution of Pre-Trial Discovery...», *op. cit.*, p. 259, y C. MICHAILEDIOU, «Possibilities of Gathering Factual Evidence...», *op. cit.*, pp. 353 y ss.

va exactamente en esta dirección. La segunda válvula consiste en el fortalecimiento de la supervisión judicial (*active judicial case-management*) y la consolidación de un clima de cooperación entre el tribunal y las partes⁷⁸ que permita que se restablezcan las condiciones de igualdad informativa. Como se ha apuntado en las Actas del Comité Consultivo (*Advisory Committee Notes*), la presente modificación refleja de nuevo la necesidad de una continua y amplia intervención del tribunal en los casos en los que las partes no se someten de buena voluntad al ideal de una gestión eficaz (*effective party-management*)⁷⁹.

2. El *disclosure of documents* en el Derecho inglés

En el Derecho inglés y en el ámbito de las *Civil Procedure Rules* (en adelante, CPR) —en vigor desde el 26 de abril de 1999 en virtud de la *Lord Woolf's Reform*⁸⁰, la obligación de exhibición de documentos se denomina *disclosure of documents*. Al contrario del amplio *discovery* del Derecho estadounidense, esta institución se limita a establecer la obligación de las partes a mostrar los documentos correspondientes para la mutua información y preparación del litigio⁸¹. En concreto, el sistema de la *pre-action disclosure* —que atañe a la fase anterior al inicio oficial del litigio y que como el del *pre-trial disclosure* se limita temporalmente desde la presentación de la demanda hasta la celebración de la vista— tiene como objetivo que los litigantes obtengan acceso a información relacionada con el litigio que de otra manera podría conocer solo una de las partes. De esta manera se asegura la igualdad en el acceso a la información, se facilita la solución

⁷⁸ A este respecto, *vid.* J. FRIEDENTHAL, M. KANE y A. MILLER, *Civil Procedure*, 3.^a ed., St. Paul (Minn.), West Group, 1999, cap. 7 («Discovery»), y H. SCHACK, *Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht*, 3.^a ed., München, Beck, pp. 45 y ss.

⁷⁹ *Vid.* art. 26 FRCP, 2015 Adv. Com. note: «The present amendment again reflects the need of continuing and close judicial involvement in the cases that do not yield readily to the ideal of effective party management».

⁸⁰ *Vid.* H. WOOLF, *Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, Lord Chancellor's Department, 1995, e *id.*, *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, Lord Chancellor's Department, 1996, a los que puede accederse en línea en <http://www.dca.gov.uk/civil/reportfr.htm>; R. CRANSTON, *How Law Works: The Machinery and Impact of Civil Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2006, cap. 5, y K. POLYZOGOPOULOS, «The Institution of Pre-Trial Discovery...», *op. cit.*, pp. 263 y ss.

⁸¹ *Vid.* E. ASIMAKOPOULOU, *The Modern Approach of the Adversary...*, *op. cit.*, p. 64 (en griego), y C. MICHALIDOU, «Possibilities of Gathering Factual Evidence...», *op. cit.*, pp. 353 y ss. (en griego).

total del litigio y se evita eficazmente el peligro de encontrar desprevenida a la otra parte (*trial by ambush*)⁸².

En concreto, en la fase de la *pre-action disclosure* tienen un papel fundamental los *pre-action protocols* que fueron introducidos por el nuevo sistema del CPR⁸³. Estos prevén un conjunto de obligaciones (*self-executing obligations*) que por iniciativa propia tanto las futuras partes como sus representantes legales deben cumplir antes del inicio del litigio. La principal aspiración del citado procedimiento consiste en el intercambio eficaz de información probatoria en un estado preliminar y en un clima de colaboración entre las partes. Así, se fomenta la solución extrajudicial del litigio y se reduce el recurso al procedimiento judicial⁸⁴. Si el litigio sigue la vía judicial, el tribunal tiene autoridad para imponer sanciones (gastos judiciales) a la parte que no se avenga al contenido del protocolo que se haya de aplicar. Además del procedimiento citado, la pretensión central del sistema procesal inglés, en cuanto a la reunión de material probatorio, se sirve por igual de las llamadas *pre-action judicial orders*. Estas son un ejemplo representativo de la moderna tendencia de reforzar la autoridad del tribunal y del fortalecimiento de las prácticas de activismo procesal en el ordenamiento jurídico del Derecho anglosajón. A través de estas se concede autoridad al tribunal para que intervenga preventivamente con el objetivo de salvaguardar del peligro de pérdida o destrucción un elemento probatorio crucial (*civil search order*, conocida anteriormente como *Anton Piller Order*)⁸⁵ o de la prematura revelación de un elemento informativo por cualquiera de los litigantes [art. 31.16.(3) CPR]⁸⁶; conduciendo de este modo a las partes a actuar sensatamente en el intercambio prejudicial de información⁸⁷.

⁸² Vid. N. ANDREWS, *The Modern Civil Process...*, op. cit., 2.36, p. 33, y 6.02, p. 96.

⁸³ Vid., más detalladamente, N. ANDREWS, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 7-8, y T. RAUSCHER y J. VON HEIM, *Europäisches Zivilprozessrecht*, München, Sellier, 2006, pp. 45 y ss.

⁸⁴ Vid. *Ford v. GKR Construction Ltd.*, [2000] 1 WRL 802, 807, CA.: «*Civil litigation is now developing a system designed to enable the parties involved to know where they stand in reality at the earliest possible stage, and at the lowest practicable cost, so that they may make informed decisions about their prospects and the sensible conduct of their cases*».

⁸⁵ Vid., más de cerca, N. ANDREWS, *The Modern Civil Process...*, op. cit., 4.26-4.34, pp. 67-70, y 6.12, pp. 100-101, y P. SCHLOSSER, «Die lange deutsche Reise in die prozesuale Moderne», *Juristenzeitung* (1991), pp. 599 y ss.

⁸⁶ Vid. N. ANDREWS, *The Modern Civil Process...*, op. cit., 6.12-6.15, pp. 100-104.

⁸⁷ Vid., entre otros, I. DENNIS, *The Law of Evidence*, London, Sweet & Maxwell, 2010, pp. 341-342.

Tras el inicio oficial del procedimiento (*commencement of formal proceedings*) y el intercambio de *statements of case (pleadings)*⁸⁸ —en donde se introducen los hechos relevantes para el caso que han de probarse— se continúa con la fase del (*pre-trial*) *standard disclosure*⁸⁹, en donde se lleva a cabo la reunión prejudicial del material probatorio (escrito o electrónico)^{90, 91}. En este marco, cada parte debe preparar una lista de documentos acompañada del correspondiente *statement of disclosure*⁹² que incluya tanto los documentos en los que va a basarse como aquellos otro que pudieran contribuir a la actividad probatoria de la parte contraria (art. 31 CPR). Por otro lado, está obligado a entregar la lista al contrario y permitir su revisión en general [arts. 31.10.2) y 31.15 CPR]⁹³. Según el art. 31.6 CPR, un documento puede considerarse objeto de *disclosure* si concurre uno de los siguientes criterios: *a*) si va a basarse en él una de las partes para probar una de sus alegaciones básicas, *b*) si se refiere a un punto fundamental del litigio o de las tesis del contrario o *c*) si el documento se considera necesario por alguna cuestión concreta⁹⁴. Merece la pena, no obstante, recordar que en esta fase de desarrollo del proceso, la información escrita no constituye todavía una prueba —entendida en el sentido técnico del término—. Por ello se exige que los datos correspondientes se aporten por cualquiera de las partes en el litigio. El incumplimiento por algún litigante de la obligación citada anteriormente (por ejemplo, omitir incluir un documento concreto en la lista o la negativa injustificada a permitir su examen) conlleva la imposibilidad de usar el documento para cimentar cualquier alegación. La obligación desaparece solo tras el correspondiente permiso del tribunal (art. 31.21 CPR).

En virtud de la reforma de lord Justin Jackson (2013) llevada a cabo con el objetivo de reducir los desproporcionados gastos del procedimiento del *standard disclosure*, el tribunal puede en casos especiales, y sin que

⁸⁸ *Vid.*, más de cerca, N. ANDREWS, *The Modern Civil Process...*, *op. cit.*, 3.08, pp. 43-44.

⁸⁹ Con la excepción de «*small claims track*» [art. 31.1.2) CPR].

⁹⁰ Según disposición expresa, la *disclosure of documents* equivale a la declaración de una parte de que un documento existe o ha existido (art. 31.2 CPR) y se limita a los documentos que están bajo su control (art. 31.8 CPR).

⁹¹ *Vid.*, más de cerca, N. ANDREWS, *English Civil Procedure...*, *op. cit.*, cap. 26; P. MATTHEWS y H. MALEK, *Disclosure*, 3.^a ed., London, Sweet & Maxwell, 2007, y A. ZUCKERMAN, *Zuckerman on Civil Procedure*, 2.^a ed., London, Sweet & Maxwell, 2006, cap. 14.

⁹² Art. 31.23 CPR, sobre las consecuencias que conlleva la presentación de un *statement of disclosure*.

⁹³ Respecto del deber constante de las partes de revelar el material documental disponible hasta la finalización del procedimiento del proceso principal, *vid.* art. 31.11 CPR.

⁹⁴ *Vid.* más de cerca N. ANDREWS, *The Modern Civil Process...*, *op. cit.*, 6.22, p. 109.

haya habido solicitud de parte, limitar el alcance del *standard disclosure* [art. 31.5.1) y 2) CPR]. Especialmente cuando considera que la reunión de medios probatorios es insuficiente, el tribunal tiene la autoridad, en el marco del *specific disclosure/inspection* (art. 31.12 CPR), de ordenar la exhibición de documentos concretos o la ejecución de medidas concretas de investigación. De todos modos, el receptor de la información escrita debe, con la salvedad de las excepciones previstas expresamente⁹⁵, hacer uso del material correspondiente únicamente en el marco del litigio pendiente y no ponerlo en conocimiento de un tercero (art. 31.22 CPR)⁹⁶. En el procedimiento promovido, y en concreto en la fase de la primera *case management conference*, el tribunal puede, de oficio [arts. 1.4.2) y 3.1 CPR]⁹⁷, proceder a la emisión de órdenes —de contenido heterogéneo e intensidad variable— que configuren el alcance del exigido *disclosure* [art. 31.5.8) CPR]. La decisión del tribunal dependerá del objetivo inicial del procedimiento del *disclosure* y la necesidad de limitar el material probatorio que es necesario para la justa solución del litigio (art. 31.5.7) CPGC).

Al igual que en el ámbito del *discovery* estadounidense —como en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de la Europa continental—⁹⁸, la obligación de intercambio mutuo de información se extiende y tiene efectos solo sobre el material probatorio no confidencial (*non-privileged confidential material*)⁹⁹. Sin embargo, las CPR la restringe aún más y la somete a valoraciones dogmáticas más estrictas.

En resumen, en el ámbito del sistema procesal inglés se reconocen, entre otras, dos categorías de documentos clasificados¹⁰⁰: el *legal advice*

⁹⁵ Vid. *Mc Bride v. The Body Shop International Plc.*, (2007) EWHC 1658 (QB).

⁹⁶ La obligación correspondiente afecta por igual incluso al apoderado judicial del receptor de la información. Vid. la referencia correspondiente en N. ANDREWS, *The Modern Civil Process...*, op. cit., 6.24, p. 110, *Bowman v. Fels* [2005] EWCA Civ 226, y [2005] 1 WRL 3083, at [88], per Brooke LJ: «*In so far as a lawyer gains information from documents disclosed by another party to adversarial litigation and not read in open court, he will be committing a contempt of court if he discloses them to a third party without the express or implied permission of the court or express, clear, Parliamentary sanction*».

⁹⁷ En relación con el amplio abanico de poderes de gestión del tribunal vid. en detalle N. ANDREWS, *The Modern Civil Process...*, op. cit., 6.15, p. 23; 2.17-2.19, pp. 24-25, y 3.13-3.18, pp. 48-52.

⁹⁸ Para el Derecho griego vid. K. MAKRIDOU, *Legal Advice Privilege*, op. cit. (en griego).

⁹⁹ La definición de privilegio en relación con la idea de la confidencialidad la enuncia elocuentemente N. ANDREWS (*The Modern Civil Process...*, op. cit., 6.27, p. 114) señalando pertinentemente: «*In short, privilege is confidentiality admitted to a higher level of legal protection; but not all confidential relations are raised to that levels*». Vid. también I. DELIKOSTOPOULOS, *Procedural Grounds of Appeal*, op. cit., §10, p. 299, n. 56.

¹⁰⁰ Vid. más de cerca N. ANDREWS, *The Modern Civil Process...*, op. cit., 6.27-6.41,

*privilege*¹⁰¹ y el *litigation privilege*. El primero, similar al *attorney-client privilege* del Derecho estadounidense, son las conversaciones confidenciales que tienen lugar entre abogado y cliente (*confidential discussion between lawyer and client*), independientemente de que se traten de actuaciones judiciales en curso o inminentes. Su aplicación es, por regla general, plena y no depende del buen criterio del tribunal¹⁰². El *litigation privilege*, cuya importancia político-jurídica se cuestiona intensamente, incluye documentos que se han emitido con el objetivo principal de ser usados en el marco de un procedimiento penal o civil pendiente o futuro (*documents created for the dominant purpose of use in pending or contemplated criminal or civil proceedings*)¹⁰³. Estos se concentran en las relaciones entre parte o abogado y un tercero. En vista de lo expuesto, y con el objetivo de concretar las limitaciones correspondientes, se introduce un precepto (art. 31.20 CPR) según el cual, en los casos en los que una parte permita —involuntariamente o contra su voluntad— el examen de un documento confidencial sujeto a excepción, la parte contraria puede hacer uso de este y su contenido solo con el correspondiente permiso del tribunal.

En sintonía con el Derecho de Estados Unidos, pero en un marco claramente más estrecho, el Derecho procesal inglés extiende la obligación de la *disclosure of documents* también a un tercero. Y ello pese a que históricamente predominaba la idea de que la contribución probatoria de un tercero podía asegurarse solo bajo su condición de testigo en el marco del proceso pendiente (*mere witness rule*). El poder del tribunal para decretar tras el inicio oficial del proceso la exhibición de documentos —incluso en manos de un tercero ajeno al proceso— es una de las novedades más importantes que introdujo el sistema de las CPR¹⁰⁴. Según la regulación vigente [art. 31.17.3) CPR], el tribunal puede emitir, tras solicitud de parte, el correspondiente mandato frente a un tercero. Para ello es necesario que estime que los documentos que se han de mostrar pueden apoyar

pp. 113-127, con amplias referencias bibliográficas y de jurisprudencia; íd., *English Civil Procedure...*, *op. cit.*, caps. 25 y 27-30; P. MATTHEWS y H. MALEK, *Disclosure*, *op. cit.*; A. ZUCKERMAN, *Zuckerman on Civil Procedure...*, *op. cit.*, caps. 15-18, y R. CROSS y C. TAPPER, *Cross and Tapper on Evidence*, 11.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, caps. IX-X.

¹⁰¹ *Vid.*, *ad hoc*, J. AUBURN, *Legal Professional Privilege: Law and Theory*, Oxford, Hart, 2000.

¹⁰² *Vid.* *Three Rivers DC v. Governor and Company of the Bank of England* (núm. 6), [2004] UKHL 48.

¹⁰³ *Vid.* C. HOLLANDER, *Documentary Evidence*, 9.^a ed., London, Sweet & Maxwell, 2006, cap. 14.

¹⁰⁴ *Vid.* N. ANDREWS, *The Modern Civil Process...*, *op. cit.*, 2.15, p. 23.

la tesis del solicitante o influir en la de la parte contraria y que la correspondiente exhibición se juzgue indispensable para la justa solución del conflicto o el ahorro de costes. En la orden judicial tienen que especificarse los documentos que se van a mostrar o el tipo de documentos. El tercero obligado debe manifestar si algún documento no se encuentra ya en su posesión o su derecho a negarse al cumplimiento del correspondiente mandato judicial [art. 31.17.4) CPR]. Es importante, por otro lado, subrayar que la correspondiente autoridad del tribunal se amplió en el siglo XIX durante la fase anterior al inicio oficial de litigio (*pre-action disclosure*): el tribunal puede —con la excepción del *mere witness rule*— decretar a un tercero ajeno al proceso que exhiba documentos si ha participado en algún delito civil (excepción conocida como *Norwich Pharmacal order*)¹⁰⁵. El correspondiente mandato se emite solo si el solicitante justifica un interés excepcional en la obtención de información confidencial y no existe ninguna otra fuente para obtenerla¹⁰⁶; ponderándose, de este modo, la intimidad del tercero y el deber de confidencialidad que puede conllevar.

En general, el breve análisis anterior de las fases del *disclosure* conforma el punto de vista central del moderno sistema inglés en relación con la cuestión que nos ocupa. La preparación del proceso probatorio, especialmente a través de la puesta en conocimiento de documentos, está sujeta primordialmente a la esfera de responsabilidad de las partes. No obstante, el reparto equitativo de obligaciones entre las partes (*procedural equality-equality of arms*), la prevención de abusos en el intercambio de material probatorio (por ejemplo, *no fishing rule*), así como la disminución de los costes, se cumplen bajo la constante dirección del tribunal en el marco de los amplios poderes de actuación de oficio de los que dispone. La relación entre la iniciativa exclusiva de las partes en la reunión de pruebas y la constante supervisión del tribunal sigue siendo inversamente proporcional. Frente a la concesión de una autoridad más amplia de gestión a favor del tribunal (*case management*) se contraponen la cada vez mayor limitación del círculo de acción de las partes¹⁰⁷. Por un lado, es verdad que los tribunales ingleses han encontrado un punto ideal y han mantenido el sutil equilibrio del sistema. Sin embargo, el desproporcionado, si no desmedido, coste que conlleva el *disclosure* continúa siendo una «herida abierta» a nivel de la práctica de los tribunales ingleses. La limitación de gastos constituye el *desideratum* de la próxima reforma

¹⁰⁵ *Ibid.*, 6.17, p. 105, con más referencias jurisprudenciales.

¹⁰⁶ *Ibid.*, 6.20, p. 108.

¹⁰⁷ *Vid.* N. ANDREWS, «Modern Civil Procedure in England», *Civil Procedure Law Review*, vol. 4 (2011), pp. 417 y ss., esp. pp. 421-422.

procesal de octubre de 2018 (*disclosure pilot scheme*), que tiene como pilar la adopción de un ámbito aun más pequeño para el *disclosure*.

III. CONCLUSIÓN

Los principales aspectos del sistema de obtención prejudicial de pruebas de las diferentes familias jurídicas expuestas —especialmente de la exhibición de documentos— llevan a la conclusión de que, a pesar de la trayectoria convergente que se promueve cada vez más en las últimas décadas, la causa primordial de sus diferencias debe buscarse en los distintos modelos de procedimiento que establece cada una¹⁰⁸. La obtención prejudicial de pruebas en el ámbito del Derecho anglosajón se sustituye por la idea de la obtención gradual del material probatorio y la paulatina maduración del caso en el ámbito del Derecho europeo continental¹⁰⁹ —ello con el establecimiento paralelo de mecanismos de intercambio prejudicial de información crucial (*discovery-like devices*)—. A este respecto, parece que sigue siendo oportuna la observación¹¹⁰ del profesor alemán Herbert Roth. El *pre-trial discovery* como núcleo de la percepción procesal americana no se ha introducido, al menos en su forma pura, ni en el Derecho procesal europeo (como el griego) ni en el español. Según el punto de vista procesal dominante en los principales ordenamientos jurídicos de la *common law*, la ejecución privada del Derecho, como se ha consolidado en Estados Unidos, transgrede los principios y garantías procesales continentales y se revela, al menos por el momento, incompatible con las diferentes competencias previstas constitucionalmente.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ANDREWS, N.: *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

¹⁰⁸ Vid. K. POLYZOGOPoulos, «The Renewal of the Greek Theory of Civil Procedural Law under the Influence of the Anglo-American Legal Concepts», en *Legal Studies*, vol. II, Athens, Sakkoulas, 2011, p. 82.

¹⁰⁹ Vid. K. KERAMEUS, «A Civilian Lawyer Looks at Common...», *op. cit.*, p. 8.

¹¹⁰ Vid. H. ROTH, «Private Realization of Law in Civil Procedure», *Civil Procedure Law Review*, vol. 5-6 (2016), pp. 465-474, esp. p. 474.

- *The Modern Civil Process: Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.
- «Modern Civil Procedure in England», *Civil Procedure Law Review*, vol. 4 (2011), pp. 417 y ss.
- APALAGAKI, Ch.: *The Right of Audiatur et altera pars in Civil Procedure*, 1989.
- ARVANITAKIS, P.: *Question of documentary evidence under the Code of Civil Procedure*, 1992.
- ASIMAKOPOULOU, E.: *The Modern Approach of the Adversary System*, Thessaloniki, Sakkoulas, 2017.
- AUBURN, J.: *Legal Professional Privilege: Law and Theory*, Oxford, Hart, 2000.
- BEYS, K.: *Civil Procedure*, Athens, Sakkoulas, 1975.
- «Prerequisites of Admissibility and Legal Sufficiency of the Exhibition of Commercial Records Action», *Dike*, vol. 33 (2002), pp. 667-698.
- «Inadmissibility of the Exhibition of Documents Action Due to the Vagueness of the Application», *Dike International* (2002), pp. 654-667.
- CLARK, D., y ANSAY, T.: *Introduction to the Law of the United States*, 2.^a ed. revisada, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2002.
- CRANSTON, R.: *How Law Works: The Machinery and Impact of Civil Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- CROSS, R., y TAPPER, C.: *Cross and Tapper on Evidence*, 11.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2007.
- DELIKOSTOPOULOS, I.: *Procedural Grounds of Appeal*, Athens-Thessaloniki, Sakkoulas, 2009.
- *The Search for Truth in Civil Proceedings*, Athens-Thessaloniki, Sakkoulas, 2016.
- DENNIS, I.: *The Law of Evidence*, London, Sweet & Maxwell, 2010.
- DIAMANTOPOULOS, G.: *The Counterclaim under grCCP*, 2003.
- DIMITROPOULOU, E.: «The Constitutional Guarantee of Evidence and the Exhibition of Objects», *Case-Law Archive*, vol. 4 (2007), pp. 419-430.
- ESCHENFELDER, E.: *Beweiserhebung im Ausland und ihre Verwertung im inländischen Zivilprozess, Zur Bedeutung des Us-amerikanischen discovery-Verfahrens für das deutsche Erkenntnisverfahren*, Berlin-Franfurt am Main, Peter Lang, 2002.
- FLETCHER-ROGERS, D.: *Pre-Action Discovery*, London, Sweet & Maxwell, 1991.
- FRIEDENTHAL, J.; KANE, M. K., y MILLER, A.: *Civil Procedure*, 3.^a ed., St. Paul (Minn.), West Group, 1999.
- GEIMER, R.: *Internationales Zivilprozessrecht*, 5.^a ed., Köln, Otto Schmidt, 2005.
- GIAKOUMIS, D.: «Exhibition of Documents According to CCP», *Dike*, vol. 27 (1996), pp. 510 y ss.
- HESS, B.: «Die anerkennung eines class action settlement in Deutschland», *Juristenzeitung* (2000), pp. 373-382.
- HOLLANDER, Ch.: *Documentary Evidence*, 9.^a ed., London, Sweet & Maxwell, 2006.

- JAMES, F.; HAZARD, G., y LEUBSDORF, J.: *Civil Procedure*, 4.^a ed., Boston, Little Brown, 1992.
- JOLOWICZ, J. A.: «Fundamental Guarantees in Civil Litigation: England», en M. CAPPELLETTI y D. TALLON (eds.), *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, Milano, Giuffrè, 1973.
- «Discovery of Documents in the Common Law and the Forced Production of Documents in Civil Law Systems», en *Essays in Honour of Konstantinos D. Kerameus*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- JUNKER, A.: «US-amerikanische “Discovery” als Herausforderung des Internationalen Zivilprozessrechts», en A. HELDRICH y T. KONO, *Herausforderungen des Internationalen Zivilprozessrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1994.
- KAISIS A.: *Illegally Obtained Evidence*, Thessaloniki, Sakkoulas, 1986.
- KERAMEUS, K.: «A Civilian Lawyer Looks at Common Law Procedure», en *Studia Juridica*, vol. III, Thessaloniki, Sakkoulas, 1995, p. 3 [también en *Louisiana Law Review*, vol. 47 (1987), p. 493].
- KERAMEUS, K.; KONDYLISS, D., y NIKAS, N.: *Interpretation of the Hellenic Code of Civil Procedure*, art. 450, vol. I, Athens-Thessaloniki, Sakkoulas, 2000.
- KLAMARIS, N.: «Questions of Legitimate Interest, Vagueness of Action and Exhibition of Documents in the Light of the Procedural – Constitutionally Guaranteed Right to Judicial Protection», *HellJ* (2003), pp. 598 y ss.
- KOMNIOS, K.: «Cross-Border Taking of Evidence in the European Union. Cooperation between the Courts of the Member States in the Taking of Evidence in Civil and Commercial Matters», *Dike* (2005), pp. 447 y ss.
- KOUTSOURADIS, A.: *El flujo de información en las relaciones jurídicas civiles*, Thessaloniki, Sakkoulas, 1998.
- KOZEL, J. R., y ROSENBERG, D.: «Solving the Nuisance-Value Settlement Problem: Mandatory Summary Judgment», *Virginia Law Review*, vol. 90 (2004), pp. 1849-1907.
- LORENZ, S.: «Die Neuregelung der pre-trial discovery im Us-Amerikanischen Zivilprozessrecht – Inspiration für den deutschen und europäischen Zivilprozessrecht?», *ZZP*, vol. 111 (1998), pp. 35-65.
- MAKRIDOU, K.: *Legal Advice Privilege*, Athens-Thessaloniki, Sakkoulas, 1989.
- *Vague Action and its Remedy Option*, Athens-Thessaloniki, Sakkoulas, 1989.
- MAKRIDOU, K.; APALAGAKI, Ch., y DIAMANTOPOULOS, G.: *Civil Procedure*, 2.^a ed., Athens-Thessaloniki, Sakkoulas, 2018.
- MANIOTIS, D.: *The Principle of Pre-Trial Proceedings*, 1994.
- *Principles of the Right to Furnish Proof in Civil Proceedings*, Athens-Thessaloniki, Sakkoulas, 2013.
- MANITAKIS, A.: «The Constitutionally Guaranteed Right to Furnish Proof and the Request of the Exhibition of Documents», *HellJ* (2003), pp. 365-372.
- MATTHEWS, P., y MALEK, H.: *Disclosure*, 3.^a ed., London, Sweet & Maxwell, 2007.

- MICHAILIDOU, C.: «Possibilities of Gathering Factual Evidence in the Pre-Trial Phase», *Dike* (2008), pp. 353 y ss.
- MPOTSARIS, K.: *The Duty of Truth in Accordance with Article 116 CCP*, 1998.
- NIKAS, N.: *Derecho procesal civil*, Athens-Thessaloniki, Sakkoulas, 2016.
- NIKOLOPOULOS, G.: *Law of Evidence*, 2.^a ed., Athens-Thessaloniki, Sakkoulas, 2011.
- PAISIDOU, N.: *Exhibition of Documents in Civil Proceedings*, Athens-Thessaloniki, Sakkoulas, 2006.
- «Exhibition of Documents in Accordance with Article 222d Penal Code», *HellJ* (2007).
- «The Historical Depth of the Institution of Exhibition of Documents», *Scientific Yearbook of Harmenopoulos* (2009), pp. 55-64.
- PAULUS, C. G.: «Discovery, Deutsches Recht und das Haager Beweisübereinkommen», *ZZP*, vol. 104 (1991).
- POLYZOGOPOULOS, K.: «The Institution of Pre-Trial Discovery under Us and English Law and the Possibilities of Extracting Evidentiary Information under the Greek Law», en *Legal Studies*, vol. I, Athens, Sakkoulas, 1996.
- «The Renewal of the Greek Theory of Civil Procedural Law under the Influence of the Anglo-American Legal Concepts», en *Legal Studies*, vol. II, Athens, Sakkoulas, 2011.
- *The Principle of Non-Satisfaction of the Right (art. 692 § 4)*, 2013.
- RAUSCHER, T., y VON HEIM, J., *Europäisches Zivilprozessrecht*, München, Sellier, 2006.
- REITZ, J. C.: «Grundlegende Unterscheide zwischen dem deutschen und dem US-Amerikanischen Zivilprozessrecht: Vorzüge, die sich ausschließen?», *ZZP*, vol. 104 (1991), pp. 381 y ss.
- ROTH, H.: «Private Realization of Law in Civil Procedure», *Civil Procedure Law Review*, vol. 5-6 (2016), pp. 465-474.
- SCHACK, H.: *Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht*, 3.^a ed., München, Beck, 2003.
- SCHLOSSER, P.: «Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne», *Juristenzeitung* (1991), pp. 599 y ss.
- STÜRNER, R.: *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1976.
- «The Principles of Transnational Civil Procedure. An Introduction to their Basic Conceptions», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 69 (2005), pp. 201-254.
- «La obtención de información probatoria en el proceso civil (*Gathering and Access to Evidence in Civil Procedure*)», *Revista de la Pontificia Universidad Católica de Valparaiso XXX*, núm. 30 (2008), pp. 243-262.
- VALMANTONIS, G.: «The Rule of Non-Abusive Exercise of Rights in the Field of Civil Procedural Law», *HellJ*, vol. 4 (2016), pp. 995 y ss.

- VELENTZAS, G.: «Exhibition of Bank Account Documents and Banking Secrecy», *Review of Banking, Securities and Stock Exchange Law*, vol. 3 (2004), pp. 651-659.
- YESSIOU-FALTSI, P.: *Evidence Law*, 3.^a ed., Thessaloniki, Sakkoulas, 1986.
- «Coercion of Evidence as a Consequence of the Right to Furnish Proof», *Dike* (1987), pp. 114 y ss.
- «The Right to Furnish Proof and Banking Secrecy», *HellJ* (2009), pp. 418-435.
- YESSIOU-FALTSI, P.; APALAGAKI, Ch.; ARVANITAKIS, P., y SOFIALIDES, A., *Civil Procedure from Legal Theory to Practice*, 2013.
- YOSHIDA, M.: *Die Informationsbeschaffung im Zivilprozess. Ein Vergleich zwischen dem deutschen, Us-amerikanischen und japanischen Recht*, Berlin-Frankfurt am Main, Peter Lang, 2001.
- ZUCKERMAN, A.: *Zuckerman on Civil Procedure, Principles of Practice*, 2.^a ed., London, Sweet & Maxwell, 2006.